



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Antônio Veloso Peleja Júnior

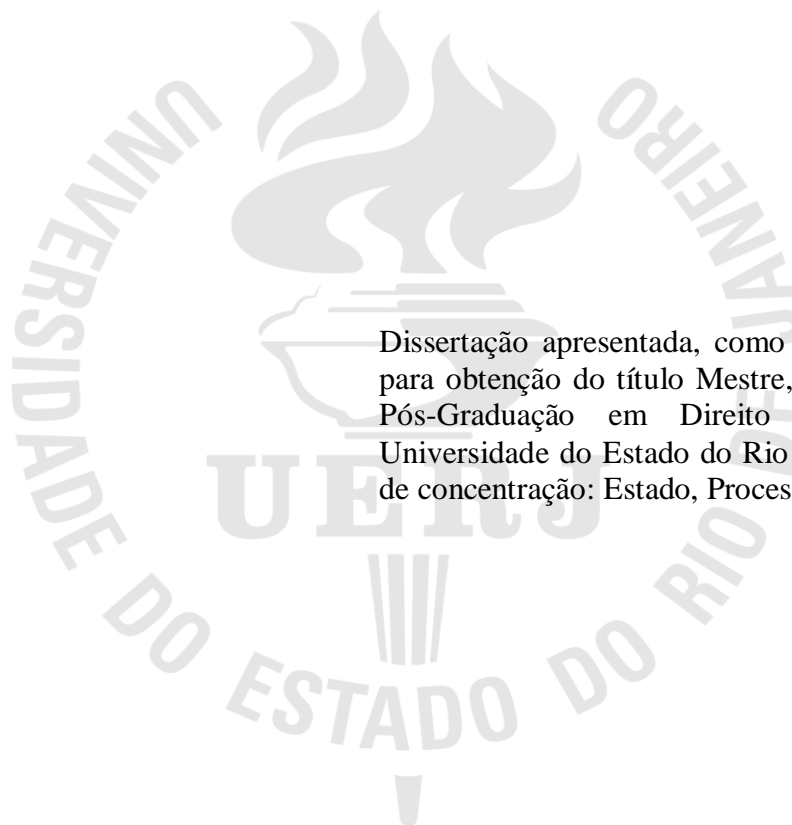
As sentenças aditivas na jurisdição constitucional

Rio de Janeiro

2013

Antônio Veloso Peleja Júnior

As sentenças aditivas na jurisdição constitucional



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

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fux

Rio de Janeiro

2013

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

P381

Peleja Júnior, Antônio Veloso.

As sentenças aditivas na jurisdição constitucional / Antônio Veloso
Peleja Júnior. – 2013.
201 f.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fux.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Sentenças (Direito processual) - Teses. 2. Controle da
constitucionalidade - Teses. 3. Direito constitucional – Teses. 4. Brasil.
Supremo Tribunal Federal. I. Fux, Luiz. II. Universidade do Estado do Rio de
Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.953

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

Assinatura

Data

Antônio Veloso Peleja Júnior

As sentenças aditivas na jurisdição constitucional

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

Aprovada em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luiz Fux (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof.^a Dra. Carolina Tupinambá
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. José Roberto dos Santos
Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro

2013

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha pequena família no Orbe Terrestre, a Cristiane, Laura, Pedro e Luíza que são o cerne, a estabilidade e o amor que me confortam.

AGRADECIMENTOS

Ao Ser Supremo, pois sem Ele nada é possível. A meu pai, *in memoriam*, presente em todos os dias da minha vida. À minha mãe, a nossa parte mais forte, que ainda luta bravamente contra as intempéries da vida, que em todos os dias nos oferece uma lição.

Estes dois anos foram os mais maravilhosos que eu poderia ter. A UERJ se destaca como poucas e é um orgulho conseguir terminar a caminhada em uma Instituição prestigiada academicamente e com docentes de elevado nível. Nas inúmeras viagens, o cansaço era secundário pela valiosa oportunidade que me fora concedida de aprender para ensinar. Não há como não agradecer à Instituição.

Nossos agradecimentos ao Orientador Professor Luiz Fux, rico em conhecimento e acessível no trato acadêmico, que a tantos incentiva com seus ensinamentos e caminho de dedicação, porque pesado é o fardo de conciliar duas carreiras que muito exigem: a magistratura e a acadêmica. É multiplicar-se em dois. Dizem que melhor professor não é o que mais sabe, mas o que melhor ensina. Saber muito e ensinar melhor são qualidades de poucos.

Agradecimentos aos professores que nos marcaram, Carolina Tupinambá, Leonardo Greco, José Ricardo Cunha, Marco Aurélio Marrafon e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, que se notabilizam pelos altos conhecimentos que compartilham com o alunato.

À colega Fabíola Samara Brito Correia, mestra pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, pelas discussões que enriquecem o debate acadêmico.

A amizade é uma coisa rara, por isso, fraternos abraços ao colega Humberto Santarosa de Oliveira, de personalidade singular e conhecimento jurídico ímpar.

RESUMO

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **As sentenças aditivas na jurisdição constitucional**. 2013. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

Como o título deixa ver, o trabalho tem como objeto as sentenças aditivas, alvos de uma análise crítica, à luz de pressupostos filosóficos, sociais, políticos e jurídicos. Para isso, fez-se uma visitação à doutrina, nacional e estrangeira, em torno do tema, além de proceder à coleta posicionamentos, emanados das cortes supremas de alguns países expoentes, acerca da matéria em foco. O Supremo Tribunal Federal não poderia ficar – como não ficou – fora desse universo de pesquisa. O primeiro capítulo trata dos tópicos relativos ao Estado e à Jurisdição, contemplando as relações entre eles para focalizar, com propriedade, a Jurisdição Constitucional. O segundo capítulo traz à discussão a criação judicial do direito e o ativismo judicial, temas correlatos e imprescindíveis ao estudo proposto, porque a sentença aditiva tem, entranhada, uma “dose” de ativismo judicial. Tem-se, pois, que o “criacionismo” judicial insere-se nesse contexto e, por isso, carece de uma abordagem descritiva e crítica. O terceiro capítulo versa sobre as cortes constitucionais e o Supremo Tribunal Federal, móveis principais das sentenças aditivas, e que devem ser bem conhecidos para facilitar a digressão do tema-base. O quarto capítulo aborda as decisões no controle de constitucionalidade das normas e seus efeitos, de fundamental importância porque se conectam diretamente com as aditivas. Finalmente, a quinta parte centra-se, no núcleo do tema-objeto da dissertação, contemplando minudências referentes ao assunto, bastante conflituoso – ressalte-se –, no limite que separa as atribuições de dois Poderes do Estado, o Judiciário e o Legislativo.

Palavras-chave: Sentenças Aditivas. Jurisdição Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Controle de Constitucionalidade. Separação de Poderes. Limites. Legitimidade.

ABSTRACT

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **The additive sentences on constitutional jurisdiction.** 2013. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

As it seen in the title, the objects of this study are the additive sentences, targets of a critical analysis in the light of philosophical, social, political and legal assumptions. For this, the observation of a national and international doctrine was required, on the theme, besides collecting the positions coming from the Supreme Courts of some exponent countries, on the matter in question. The Supreme Court could not be – and it was not – out of this research universe. The first chapter deals with topics relating to State and Jurisdiction, contemplating the relationships between them to focus the Constitutional Jurisdiction appropriately. The second chapter brings the judicial creation of law and judicial activism to discussion, themes which are related and essential to the proposed study, since the additive sentence has ingrained a “kind of” judicial activism. Thus, judicial creationism is inserted in this context and, therefore, it lacks a descriptive and critical approach. The third chapter deals with the constitutional courts and the Supreme Court, main pieces of the additive sentences, which have to be well-known to facilitate the digression of the main theme. The fourth chapter deals with the decisions on the control of constitutionality of the rules and their effects, having fundamental importance because they are directly connected to the additives. Finally, the fifth part focuses on the core subject-matter of the dissertation, contemplating minutiae pertaining to the quite controversial subject - it is worth mentioning – in the limits separating the tasks of two State Powers, the Judiciary and the Legislative.

Keywords: Additive Sentences. Constitutional Jurisdiction. Supreme Court. Control of Constitutionality. Separation of Powers. Limits. Legitimacy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac.	Acórdão
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADCON	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AO	Ação Ordinária
BA	Bahia
CC	Conflito de Competência
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CSM	Conselho Superior da Magistratura
EUA	Estados Unidos da América
MI	Mandado de Injunção
MG	Minas Gerais
MS	Mandado de Segurança
PEC	Projeto de Emenda Constitucional
QO	Questão de Ordem
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RJ	Rio de Janeiro
SC	Santa Catarina
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TCA	Tribunal Constitucional Alemão
TCA	Tribunal Constitucional Austríaco
TCI	Tribunal Constitucional Italiano
TCE	Tribunal Constitucional Espanhol
TRE	Tribunal Regional Eleitoral

TSE

Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	14
	ESTADO E JURISDIÇÃO	18
1	ESTADO DE DIREITO	19
1.1	A origem do termo	19
1.2	Constitucionalismo e Estado de Direito	19
2	CONSTITUIÇÃO E ORDENAMENTO JURÍDICO	22
2.1	Normas constitucionais operativas e programáticas:	
	a constituição dirigente	22
3	CONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO	24
3.1	Constitucionalismo	24
3.2	Constitucionalismo no Brasil	25
3.3	Do jusnaturalismo ao pós-positivismo	26
3.4	Neoconstitucionalismo	29
4	JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	31
4.1	A jurisdição	31
4.2	Jurisdição constitucional	32
	A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO E ATIVISMO	
	JUDICIAL	34
5	AS DUAS PRINCIPAIS FAMÍLIAS DO DIREITO	35
5.1	<i>Common law</i> e <i>civil law</i>	35
5.2	A origem da criação judicial do direito: o sistema <i>common law</i>	36
5.3	O sistema <i>civil law</i>	38
6	A GLOBALIZAÇÃO DAS DUAS FAMÍLIAS	39
7	ATIVISMO JUDICIAL	43
7.1	Concepções iniciais	43
7.2	A origem do termo	44
7.3	Fatores que propiciaram o surgimento do ativismo judicial	45

7.4	Fator jurídico que possibilitou o surgimento do ativismo judicial: o controle de constitucionalidade das normas do direito norte-americano	46
7.4.1	<u>O nascimento do controle difuso de constitucionalidade</u>	47
7.4.2	<u>Sir Edward Coke e o controle de constitucionalidade das normas</u>	48
7.4.3	<u>Marbury v. Madison</u>	51
8	CRIAÇÃO E INTERPRETAÇÃO	52
8.1	Interpretação judicial	52
8.2	Criação e interpretação da norma: compartimentos estanques?	54
	CORTES CONSTITUCIONAIS E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	58
9	AS CORTES CONSTITUCIONAIS	59
9.1	Conceito	59
9.2	Criação e desenvolvimento do modelo europeu de controle de constitucionalidade	59
9.3	Características e composição	60
10	O “LEGISLADOR NEGATIVO” E O “LEGISLADOR POSITIVO”	62
11	A RECONSTRUÇÃO DO DOGMA DA SEPARAÇÃO “ABSOLUTA” DOS PODERES	65
12	O STF E A SUPERAÇÃO DO DOGMA DO “LEGISLADOR NEGATIVO”	67
12.1	Os juízes, o judiciário e a necessidade de transformação	67
12.2	Posicionamentos do STF	69
12.3	A substituição na norma do judiciário pela do legislador	72
13	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA?	74
13.1	O Supremo Tribunal Federal	74
13.2	O Tribunal Constitucional	75
13.3	A exponencialização do papel de Corte Suprema no controle de constitucionalidade	76

	AS DECISÕES NO CONTROLE DE	
	CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS E SEUS EFEITOS	78
14	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	79
14.1	Noções acerca do controle de constitucionalidade	80
14.2	Controle de constitucionalidade: sistemas	81
14.3	Controle de constitucionalidade: modelos	81
14.4	A fiscalização abstrata de constitucionalidade	82
14.5	Sentenças simples e sentenças manipulativas	83
15	AS DECISÕES NO CONTROLE DE	
	CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS E SEUS	
	EFEITOS	85
15.1	Constitucionalidade, inconstitucionalidade e sanção	85
15.2	Lacunas, omissões e inconstitucionalidade absoluta parcial	86
15.2.1	<u>Distinções</u>	86
15.3	O suprimento das lacunas via formas de integração	89
15.4	Objeto do controle de constitucionalidade: disposição ou norma?	90
15.4.1	<u>Texto como objeto do controle de constitucionalidade</u>	92
15.4.2	<u>A norma como objeto do controle</u>	93
15.4.3	<u>O preceito como objeto do controle de constitucionalidade</u>	94
16	TÉCNICAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	96
16.1	A técnica nos diversos ordenamentos	96
16.2	Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	98
16.3	Técnicas do controle de constitucionalidade	99
16.3.1	<u>Declaração de nulidade parcial</u>	99
16.3.1.1	Declaração de nulidade parcial sem redução de texto	99
16.3.2	<u>Interpretação conforme a Constituição</u>	100
16.3.2.1	A diferença entre a declaração de inconstitucionalidade e a interpretação conforme	101
16.3.2.2	Interpretação conforme à Constituição: princípio de interpretação ou modalidade de decisão do controle de normas (declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto)?	102
16.3.2.3	Interpretação conforme e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto	103

16.3.2.4	Diferença básica entre a interpretação conforme e a declaração de nulidade sem redução de texto	104
16.3.2.5	Interpretação conforme em sentido estrito e sentenças manipulativas: diferenças	106
16.3.2.6	A interpretação conforme e as sentenças aditivas	107
16.3.2.7	Sentenças aditivas sob as vestes da interpretação conforme	108
16.3.3	<u>Princípio da exclusão da interpretação conforme <i>contra legem</i></u>	109
16.4	A declaração de constitucionalidade das leis e a “lei ainda constitucional”	110
	 AS SENTENÇAS ADITIVAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	112
17	NOÇÕES	113
18	CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS MODIFICATIVAS OU MANIPULATIVAS (OU DE CARÁTER INTERMÉDIO) NO DIREITO ITALIANO	114
19	SENTENÇAS ADITIVAS	116
19.1	Origem e móvel justificador da criação	116
19.2	Conceito e delineamentos	118
19.3	Motivos que ocasionaram o surgimento das sentenças aditivas	119
19.4	Nomenclatura	121
19.5	Natureza jurídica	122
19.6	Função e finalidade das sentenças aditivas	122
19.7	Pressupostos das sentenças aditivas	123
19.8	Componentes da sentença aditiva	123
19.9	Previsão legal	124
19.10	A legitimidade das sentenças aditivas	124
19.11	Classificação das sentenças aditivas	125
19.12	Sentenças aditivas que ocasionam despesa (ou oneratórias)	144
19.12.1	<u>Soluções para resolver o impasse</u>	145
19.12.1.1	Estabelecimento de uma dotação orçamentária	145
19.12.1.2	Suspensão da eficácia da decisão	146
19.13	Sentenças aditivas abstrata e difusa	149

19.14	Legitimidade	150
19.15	Efeito integrativo	151
19.16	Distinções devidas: aditivas de inconstitucionalidade parcial e aditivas de interpretação extensiva ou analógica	151
19.16.1	<u>Sentenças aditivas de inconstitucionalidade parcial: ponderações</u>	153
19.16.2	<u>Sentenças aditivas de interpretação extensiva ou analógica</u>	155
19.17	Fundamentos de admissibilidade da sentença aditiva	157
19.18	As sentenças modificativas e a força persuasiva (sistema português)	158
19.19	Limites às sentenças aditivas	159
19.20	Posicionamento favorável às sentenças aditivas	162
19.20.1	<u>Premissas favoráveis à adoção das sentenças aditivas e sua crítica</u>	163
19.21	Decisões aditivas de caráter ilegítimo: as sentenças aditivas de “revisão constitucional”	165
19.22	As sentenças aditivas <i>a rime obligate</i>	166
19.23	Posição intermediária de Blanco de Moraes: a adoção limitada das sentenças com efeitos aditivos	168
19.24	Sentenças aditivas consideradas legítimas e de acordo com a Constituição	169
19.24.1	<u>Sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias</u>	169
19.25	As sentenças aditivas no Brasil: a evolução da posição do STF	170
19.25.1	<u>Alguns casos na “literatura” jurisprudencial do STF</u>	171
19.26	Exemplos de sentença aditiva nas Cortes Estrangeiras	181
19.26.1	<u>Itália</u>	181
19.26.2	<u>Espanha</u>	185
19.26.3	<u>Portugal</u>	186
19.26.4	<u>Alemanha</u>	187
	CONCLUSÃO	191
	REFERÊNCIAS	194

INTRODUÇÃO

O fortalecimento das constituições, principalmente no pós-Segunda Guerra Mundial, mudou o tom de um cenário no qual o Judiciário atrelava-se estritamente à sua concepção julgadora e as Cortes Constitucionais à de “Legisladores Negativos”, na mais exata concepção kelseniana.

Hans Kelsen, ao formular a “Teoria do Legislador Negativo” deixou claro que se o legislador tinha a função de elaborar as leis, era necessária a criação de um órgão responsável para retirar do ordenamento jurídico as que não guardavam parametricidade com a Lei Maior. A finalidade foi uma maior “contenção” do Poder Legislativo, através da criação de uma Corte Constitucional responsável por analisar a constitucionalidade das normas, para evitar os abusos e decisões políticas que ultrapassassem os limites estabelecidos nas constituições.

O Estado Liberal, forjado na concepção liberalista de Adam Smith, concebia a “mão invisível do Mercado”. O Estado era não intervencionista, porém, a Revolução Industrial e o êxodo rural produziram acontecimentos como o inchaço populacional nos grandes centros e órfãos dos mínimos direitos trabalhistas e previdenciários. Nesse norte, surge o Estado Social.

O constitucionalismo foi o móvel da força normativa das constituições e, a partir da positivação de inúmeros direitos nas Cartas Maiores, o cidadão, em nível mundial, passou a lutar pela efetivação de seus direitos. Ante a inação estatal, o Judiciário passou a ser provocado. A situação era a de anomia para a garantia dos direitos já consagrados em magnas cartas.

Pululou, em progressão geométrica, o volume de causas dirigidas ao Judiciário, o que o atravancou pelo grande número, pela variedade qualitativa das causas e pela ausência de solução normativa para resolvê-las. Era necessária uma “revolução interna” nos órgãos da Justiça, porque a concepção de juiz meramente julgador, passivo e distante das partes não mais se coadunava com as próprias exigências sociais. A mutação exigia um juiz mais presente, uma parcialidade positiva e efetivas respostas aos questionamentos dos cidadãos perante as cortes de justiça.

Certo é que a morosidade é um problema mundial e não localizado no Brasil tampouco do sistema *civil law*. Em ambos os sistemas, *common law* e *civil law*, há morosidade e problemas em decorrência da ineficaz efetivação da justiça – justiça útil é a distribuída em tempo no qual seja eficaz. Barbosa Moreira já havia desmistificado a célere eficiência do

regime da *common law*¹. O fato é que o mundo corre atrás de um modelo mais adequado².

Neste panorama, o Judiciário fortaleceu-se, ante tantos questionamentos, mas se viu em xeque, no momento em que as amarras da estrita função julgadora não puderam satisfazer as necessidades decorrentes das resoluções de casos envolvendo conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas genéricas, além da passividade legislativa ante a possibilidade de “ônus eleitorais”, ao atuar nos chamados “casos difíceis” – de que o direito de greve dos servidores públicos é um bom exemplo.

O cidadão tinha direitos garantidos, mas não efetivados. É o que se denomina entrenchamento constitucional de direitos, que se traduz na impossibilidade do gozo desses em face da inação do Legislativo.

Em sociedades com alto nível de mutação das relações sociais e econômicas, o legislador pode permanecer inativo, diante dos impactos negativos, ou de ônus eleitorais de sua eventual atividade. Outras vezes, a inconstitucionalidade parcial de uma norma força a atuação da Corte para planificar o princípio da igualdade. Nesse enquadre, o Judiciário é premido a decidir, ainda que produza celeuma, ante a alegação de subtração de poderes e falta de legitimidade.

¹ Para aprofundar citamos: (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 239-251.)

² “Uma característica, porém, dificilmente deixará de ser apontada em qualquer descrição do panorama processual de nosso tempo: a emergência generalizada de movimentos de reforma. Pode-se dizer sem exagero que ganham vida em toda parte trabalhos de revisão das leis que regem o processo. A história dos últimos quinze ou vinte anos, neste campo como em tantos outros, é a história de contínuas mutações.

Pululam, na Europa, os exemplos. As legislações ibéricas experimentam modificações relevantes a partir dos anos 80. Na França, que adotara novo código em 1975, um diploma de 1991 dá feição também nova à execução, matéria de que aquele não cuidara. Acolhe o processo civil inglês inovações que o distanciam, de certo ponto de vista, do modelo clássico do adversary system. O codice di procedura civile italiano passa por alterações de monta, em obra que, por sinal, demorou bastante a concretizar-se por inteiro. A própria Áustria, que muitos suporiam, com boas razões, satisfeita de possuir, desde 1895, ordenamento processual tão apurado ao ângulo técnico quanto socialmente avançados modifica-o em ponto central, a disciplina da audiência preliminar. E bem se pode imaginar, na falta de dados precisos, o vulto das mudanças que se vêm operando no leste, após o vendaval que ali revirou as instituições e redesenhou tantas fronteiras nacionais.

Não é mais estável o clima no continente americano. Impressiona a lista dos códigos recentes: Panamá, 1984; Venezuela, 1985; Uruguai e Paraguai, 1988; Costa Rica, 1989; Peru, 1992. No Brasil, se não se substituiu o estatuto de 1973, procede-se, em todo caso, a ampla revisão de seu texto, enquanto outros diplomas - com realce para a própria Constituição da República (LGL\1988\3) de 1988 - resolvem o solo do processo civil e o recobrem de plantas novas. Tão intenso movimento legislativo reflete obviamente a pressão de transformações políticas, sociais, econômicas, que buscam exprimir-se nos vários setores do ordenamento jurídico. Nem sempre é secundário, na dinâmica desse processo, o papel mediador da doutrina mais sensível às renovadas necessidades e aspirações, das quais ela se faz intérprete junto às instâncias políticas: ninguém desconhecerá a relevância que vem assumindo, entre nós, a ação de juristas empenhados em sugerir ao legislador iniciativas reformistas e em oferecer-lhe subsídios concretos para a realização da tarefa. A ciência jurídica decerto não é o motor da história, nem poderia arrogar-se tal condição sem justificar pronta suspeita de paranóia; mas pode colaborar, e tem colaborado, para dar régua e compasso a mais de um movimento de repercussão profunda nos destinos da humanidade. Seria de estranhar que não tivesse aqui uma palavra importante a dizer”. (BARBOSA MOREIRA, 1995, p. 142).

As sentenças aditivas surgiram para evitar a invalidade total de uma norma com omissão relativa, declarando-a inconstitucional, mas de forma implícita, além de permitir que uma norma mais benéfica tenha aplicação, em nome do princípio da igualdade.

É forte, entretanto, o debate sobre a legitimidade judicial e o exercício do controle de constitucionalidade, motivo por que se pretende, ante tais indagações, dar uma resposta após uma reflexão crítica lastreada em estudos comparativos, principalmente da doutrina e dos posicionamentos das cortes constitucionais europeias. Aliás, estas, desde a década de 60, do século XX, já fazem uso das sentenças aditivas, o que se exponencializou nos anos 80 e, a partir dessa década, passou a ter uma atuação “menos agressiva” e mais ponderada, estabilizando-se.

O Supremo Tribunal Federal, nas técnicas de interpretação do controle de constitucionalidade, pouco nomina o termo, mas seu conceito está presente e, algumas vezes, é invocado de forma expressa.

Este é o cenário no qual se desenrola o tema deste trabalho. Seu objetivo é, pois, estudar as sentenças aditivas, tendo em vista o contexto nacional e o estrangeiro, à luz da doutrina, nacional e estrangeira, bem como à vista dos posicionamentos das cortes constitucionais.

Para isso, serão abordados, de forma compartimentada, temas correlatos, como o ativismo judicial, o controle de constitucionalidade, e as Cortes Supremas até se alcançar o tema principal: as sentenças aditivas.

Quanto ao ativismo judicial, procurar-se-á analisar a aceitação e a legitimidade do Judiciário nessa prática, que nasceu, primordialmente, do controle de constitucionalidade, assunto de abordagem necessária. As cortes supremas devem ser objeto de estudo, notadamente as europeias, porque constituem a matriz das sentenças aditivas.

Mesmo nos países-berço das aditivas, o tema é extremamente complexo, com fixação de entendimentos e mutações. Nota-se, em alguns países europeus, com forte em Portugal e Alemanha, a aversão ao manejo das decisões aditivas. Ao que parece, esse comportamento justifica-se, por se tratar de países parlamentaristas, nos quais a força do Legislativo é bastante grande, além de não ser o Judiciário um poder do Estado. O magistrado é, desse modo, o juiz-funcionário. Explica-se, assim, a assertiva refratária.

Entre os países do Novo Mundo, a forma de governo presidencialista e o Judiciário, como Poder do Estado, possibilitam enxergar a situação com outras lentes. No Brasil, de matriz presidencialista com origem norte-americana, é de suma importância o estudo do tema,

apesar dos embates, porque se alarga o campo de aplicação do instituto.

Pretende-se, pois, repassar uma visão crítica e analítica das decisões aditivas, de sorte que possibilite a afirmação de seu manejo possível, por parte do Poder Judiciário no Brasil, com vistas a demonstrar que essa opção pode servir muito bem aos anseios de uma sociedade praticamente órfã dos direitos prescritos em uma Constituição analítica e dirigente como a deste País.

ESTADO E JURISDIÇÃO

1 ESTADO DE DIREITO

1.1 A origem do termo

O Estado de Direito, segundo a doutrina francesa, assenta-se em dois significados: no primeiro é o Estado que age exclusivamente de forma jurídica, ou seja, opera mediante o Direito; no segundo, o Estado está submetido ao Direito e, por este, é limitado. Ambos os significados se completam – mais do que se excluem³.

État de droit é tradução literal do termo *Rechtsstaat*, dos juristas alemães Von Mohl e Stahl, elaborado mesmo antes que o Estado de Direito ocupasse um lugar nas discussões acerca da limitação estatal.

Os juristas anteriores a 1785 tinham como escopo, pela citada expressão, fundamentar a autoridade do monarca, em face das resistências que ele encontrava no exercício do poder⁴.

1.2 Constitucionalismo e Estado de Direito

Antes do constitucionalismo, não se podia falar em Estado de Direito, porque não havia limites ao arbítrio do monarca. O movimento constitucionalista nasce depois do surgimento do Estado Moderno, ocasião em que há a concentração da soberania nas mãos do aparelho estatal. Sua principal característica foi centralizar a produção normativa nas mãos dos entes estatais⁵.

Pós-revoluções inglesa, francesa e americana, nasce o Estado Liberal. Contemporâneo a tal fase, é o surgimento do positivismo pelo qual o Direito deveria ser despido de conteúdo valorativo. O escopo de Kelsen com a elaboração de sua obra “Teoria Pura do Direito” era livrar o pensamento jurídico das especulações axiológicas da Filosofia e da Sociologia. Para

³ (LAQUIEZE, 2006, p. 338.)

⁴

A problemática de um Estado limitado pelo direito não nasce, todavia, no século X. Ela já está presente, em resumo, na monarquia do Antigo Regime. Mas, enquanto na época moderna os juristas se utilizaram da teoria do Estado de direito para pôr limites ao Poder do Estado e, em particular, para limitar a onipotência parlamentar resultante da teoria da soberania nacional, os juristas anteriores a 1789 esforçaram-se, antes de tudo, por fundar juridicamente a onipotência do monarca - os direitos do rei – diante das resistências que este encontrava no exercício corrente do poder. (LAQUIEZE, 2006, p. 339).

⁵ (AGRA, 2005, p. 3.)

elaborá-la, seu criador afastou os fundamentos filosóficos e sociais, reduzindo o Direito a uma simples forma que aceita tal conteúdo. O Direito estava isolado das demais ciências, porque completo por si só⁶.

Após a segunda Grande Guerra, nasce o novo constitucionalismo, que coloca a constituição como o epicentro do modelo do Estado Constitucional de Direito, caracterizado pela subordinação da legalidade a uma constituição rígida e cujo texto impunha limites ao legislador e ao administrador. É o tempo da retomada da ordem de valores no ambiente jurídico. Alemanha e Itália foram os grandes expoentes nessa guinada histórica do movimento constitucionalista pós-Segunda Guerra Mundial.

A influência da Constituição cresceu e irradiou sua luz nas instituições estatais. A ideia de Constitucionalismo aproxima-se da de democracia, o que produziu novas formas de organização política – Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, *v.g.*⁷. A ideia subjacente ao termo constitucionalização é o efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se alastra, com força normativa por todo o sistema jurídico⁸.

Assim, é razoável o consenso de que o marco inicial da constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha, por meio da Lei Fundamental de Bohn, 1949, e da criação do Tribunal Constitucional Federal. Ao lado da Alemanha, a Itália, pela Constituição de 1947 e posterior instalação da Corte Constitucional, em 1956, exerceu forte influência sobre os demais países em termos de constitucionalização. A partir de então, difundiu-se o predomínio do Direito Constitucional nos países de tradição romano-germânica.

A noção de Estado de Direito corporifica a comunidade a serviço de todos, com a finalidade de garantir a liberdade e a segurança das pessoas, da propriedade, enfim, dos direitos humanos positivados como forma de limitação Estatal. Possibilita-se, ainda, o autodesenvolvimento dos indivíduos⁹. Além disso, remete-se à existência de uma entidade suprapessoal, com normas estabelecidas democraticamente, divisão das funções estatais – em executiva, legislativa e judiciária –, garantindo-se, assim, a busca e a efetivação dos direitos humanos. Deve o Estado de Direito caracterizar-se por uma ordem jurídica, sob o primado do

⁶ (DALLARI, 2007, p. 87.)

⁷ (BARROSO, 2007, p. 1.)

⁸ *Ibidem*, p. 12.

⁹ BÖCKENFÖRDE; WOLFGANG, 2000, p. 20 apud MENDES; MÁRTIRES COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 33.

Direito, na qual haja um sistema de normas democraticamente estabelecidas que assegure as exigências fundamentais.

Trata-se de uma conquista alcançada que se alicerça no império da lei, como expressão da vontade geral, na divisão de poderes (funções), na legalidade da administração e nos direitos e liberdades fundamentais¹⁰.

¹⁰ (MENDES; MÁRTIRES COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 36-37.)

2 CONSTITUIÇÃO E ORDENAMENTO JURÍDICO

A norma fundamental é a base de validade de um sistema jurídico. É a norma-mãe que deve ser o vetor das normas inferiores que com ela devem guardar simetria para que seja formado um sistema uno e perfeito.

O vocábulo constituição (do latim *constituito*) como significado de ordenamento político do Estado existe de há muito. Aristóteles, na obra *Athenaton Politéia*, distinguia as leis ordinárias do Estado das que estabeleciam seus alicerces¹¹.

A partir do momento em que houve a necessidade de se expressar uma vontade estatal dispersa, em uma vontade única, fez-se imprescindível a idealização de uma constituição, concepção atrelada à de norma fundamental.

De acordo com Kelsen, norma fundamental é aquela que constitui a unidade e a validade das normas¹².

As leis velhas permanecem válidas e, do ponto de vista jurídico, são leis novas e repousam sua base de validade no novo ordenamento jurídico¹³.

2.1 Normas constitucionais operativas e programáticas: a constituição dirigente

Normas constitucionais operativas são aquelas dotadas de eficácia imediata ou não dependentes de condições posteriores para sua implementação. Já as programáticas são normas sem eficácia imediata, que dependem para sua concretização de providências posteriores fora ou além do texto constitucional¹⁴. Entretanto, há imposições dirigidas ao legislador que o impelem a agir, ainda que com liberdade de ponderação do tempo e dos meios de execução¹⁵.

Em determinadas circunstâncias, há um dever geral de produção normativa, pois “a Constituição espera que os órgãos a que atribui competência legislativa atuem realizando tarefas e fins que estabelece”¹⁶.

¹¹ (AGRA, 2005., p. 2.)

¹² (MENDES; MÁRTIRES COELHO; GONET BRANCO, 2007, p.1.)

¹³ Ibidem, p.3.

¹⁴ Ibidem, p. 20.

¹⁵ (MONTELOBO, 2009 , p. 170.)

¹⁶ Ibidem, p. 172.

A Constituição Dirigente está ligada diretamente à criação, pelo texto constitucional, de mandados ou imposições dirigidos ao legislador, obrigando-o a emanar normas jurídicas dotadas de determinado conteúdo geral e revestida de determinada forma¹⁷. Ela possui um conjunto de normas fundamentais, que são verdadeiras imposições constitucionais de execução permanente e contínua¹⁸. Ademais, as imposições legiferantes são uma parte constitutiva do domínio constitucional aberto, que é “pressuposto da eficácia de uma lei fundamental, deduzindo-se que a conformação incompleta da constituição normativa é um apelo ‘expresso’ ou ‘implícito’ à completude legislativa”¹⁹.

Desse modo, há a existência do dever de legislar, situações nas quais o legislador não pode optar entre executar e não executar os comandos normativos para suprimir a omissão legislativa²⁰.

¹⁷ “Argumentar-se-á também que, contrariamente às exigências de uma política racional de pequenos passos (piecemeal engineering) e de uma teoria aproximativa da justiça (ALBERT, HAYEK), a constituição dirigente, ao erigir o legislador em *Zukunftsmensch* (G. HUSSERL), se defronta com as dificuldades típicas das antecipações de mudança social através do direito.

A crença de que o legislador (a constituição) pode, através de antecipação espiritual, conformar a evolução da sociedade e formular os fins que devem pautar esta evolução, assenta num optimismo voluntarista, idealisticamente associológico e acientífico.

A objeção é pertinente se com ela se quer exprimir a necessidade de a “projeção de valores” e a regulação prospectiva da sociedade não poderem abdicar das condições sociais da “constituição real”. Como hoje se deve dizer, a legislação prospectiva (no nosso caso: a constituição dirigente) tem de ter em conta as diferenças sociológicas e ideológicas entre direito e sociedade. Quer dizer: a constituição dirigente não se pode divorciar da “diferença ideológica” entre os preceitos jurídicos que apontam para uma alteração do status quo social e a “consciência social” que aprova esse statual quo e reconhece ao direito apenas a função de direito-situação”.

(CANOTILHO, 2001, p. 456-457 e 224).

¹⁸ Imposições constitucionais são normas que impõem, através de ordens, instruções e diretivas, a realização de tarefas e a prossecução de fins.

¹⁹ (CANOTILHO, 2001, p. 207 e 306-307.)

²⁰ *Ibidem*, p. 332-333.

3 CONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO

3.1 Constitucionalismo

O constitucionalismo, em seu nascedouro, é decorrência direta do liberalismo, servindo como instrumento para a incipiente burguesia garantir seu predomínio político, social e econômico²¹, o que significa devam as condutas sociais ser determinadas por normas.

O surgimento da Constituição ocorreu como ferramenta para sepultar o absolutismo reinante. As primeiras constituições, frutos do Estado Liberal, garantiram direitos civis e políticos. Entretanto, eram essencialmente formais e não asseguravam os mínimos direitos sociais.

Com o advento do Estado Social, as constituições são concebidas por sua propriedade finalística: concretizar os direitos fundamentais e servir de instrumento para a realização do *Welfare State*²².

O constitucionalismo democrático alia o Estado de Direito à soberania popular. É uma conquista paulatina que se faz dia a dia, e não como um edifício pronto e acabado. Sob o aspecto histórico, ele foi construído e ainda se constrói. As revoluções francesa e americana tiveram forte influência, mas tinham nortes diferentes. A americana, v.g., sofreu influência do contratualismo liberal de Locke (pacto social de paz e liberdade entre os homens) e buscava limitar o Estado e suas intervenções. Já a Francesa propagou ideais democráticos, aboliu os privilégios das classes dominantes, levou a burguesia ao poder e foi essencial à reafirmação dos direitos humanos.

Em comum, ambas possuem o fato da afirmação de que os homens são, por natureza, livres, independentes e possuem direitos inalienáveis que limitam o poder do Estado. O fundamento da legitimidade política centrava-se no esquema contratualista – acordo dos homens para formar um governo e garantir os direitos²³.

Desse modo, a constituição é um documento jurídico dotado de supremacia e força normativa, passível de aplicação direta pelo Judiciário, conforme se assentou, posteriormente,

²¹ “Enquanto os reis tinham seu poder legitimado por argumentos teocráticos, a argumentação do poder da burguesia baseou-se na Constituição, alicerçada filosoficamente no racionalismo, e politicamente na teoria da soberania da nação, seguida da popular”. (AGRA, 2005, p. 2).

²² (AGRA, 2005, p. 5.)

²³ (RENAULT, 2001, p. 17 -42.).

com a possibilidade de controle de constitucionalidade – cuja origem remonta ao caso *Marbury v. Madison* (*judicial review*).

A força normativa da constituição projeta-se sobre o ordenamento jurídico, e surge o que se denomina constitucionalização do Direito.

3.2 Constitucionalismo no Brasil

O modelo dos Estados Unidos, que se estruturava no federalismo, no presidencialismo e Judiciário componente da estrutura tripartite de poder, passou a ser seguido por outros países, dentre eles o Brasil²⁴.

O constitucionalismo americano estribava-se, ainda, na supremacia da constituição, em detrimento da supremacia do Parlamento, no controle da constitucionalidade, na supremacia judicial e na ativa proteção dos direitos fundamentais²⁵.

O eixo do poder inverte-se, das mãos do rei para as mãos do povo. Por intermédio da constituição, o Estado fica submetido à vontade popular e ao princípio da legalidade²⁶. Outro marco é a divisão dos poderes com fulcro nos freios e contrapesos (*check's and balances*), que se traduz em um meio de repartição e de moderação do poder estatal e, via de consequência, à proteção da liberdade contratual²⁷.

O Judiciário passou a ter em suas mãos a poderosa ferramenta de verificar a compatibilidade das normas com a constituição. Os juízes tornaram-se os guardiões da Lei Maior. Entretanto, o modelo americano é duramente questionado no plano interno, quer pelos atores da direita que defendem a autocontenção judicial, quer daqueles da esquerda, que criticam a supremacia judicial e defendem o constitucionalismo popular²⁸.

No âmbito interno, o constitucionalismo no Brasil fortaleceu-se com a Constituição de 1988, período da redemocratização. Após décadas de ausência de democracia e de violação de comezinhos direitos fundamentais – direito à vida, à integridade física, à liberdade de imprensa – retoma-se a democracia com uma Constituição Cidadã e eleições diretas para Presidente da República.

²⁴ RODRIGUES, 1991a, p. 13.

²⁵ (BARROSO, [s.d], p. 1.)

²⁶ (LUIZ, 2013, p. 129.)

²⁷ Ibidem, p. 129.

²⁸ (BARROSO, op. cit., p. 3-4.)

A Constituição foi recheada de princípios e direitos fundamentais – direitos de várias dimensões. Quanto aos direitos sociais, há forte atuação do Judiciário para efetivá-los ante à inação parlamentar.

O fenômeno do constitucionalismo induz à leitura dos demais ramos do direito sob as lentes do Direito Constitucional. Na seara do Direito Público – Direito Processual, Administrativo, Eleitoral, Previdenciário – ou mesmo no Direito Privado – Direito Civil, Empresarial –, a Constituição impõe sua carga axiológica com eficácia irradiante.

A Carta Magna tem todas as características do constitucionalismo moderno, como a supremacia da constituição, a soberania popular e os direitos fundamentais. Demais disso, há o governo limitado pela separação dos poderes, a independência do Judiciário e a responsabilidade política dos governantes²⁹.

3.3 Do jusnaturalismo ao pós-positivismo

O pós-positivismo surge como uma terceira via entre o positivismo e o jusnaturalismo. É um marco filosófico do novo Direito Constitucional. Ele contesta o isolacionismo do Direito e a separação da moral – característica do positivismo –, pois são elementos que se intercambiam³⁰.

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca da objetividade científica, o positivismo equiparou-se o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começaram a retornar ao Direito.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas³¹.

São escopos dessa nova fase a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação

²⁹ (MENDES; MÁRTIRES COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 184.)

³⁰ (BARROSO, [s.d], p. 8-9.)

³¹ (BARROSO, 2007)

jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Filosofia³².

Ao jusnaturalismo sucedeu-se o positivismo e, após, adveio o pós-positivismo. No Pós-Segunda Guerra, a Constituição ganha força normativa, com caráter vinculativo e obrigatório, ou seja, imperatividade.

Konrad Hesse, na obra “Força Normativa da Constituição”, sua aula inaugural na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959, contrapõe-se às reflexões de Ferdinand Lassale, no intuito de demonstrar que o desfecho do embate entre a Constituição e os fatores reais do poder não há de torná-la mais débil. De acordo com Hesse, a constituição não significa apenas um pedaço de papel, como definido por Lassale.

Existem pressupostos realizáveis ... que, mesmo em caso de eventual confronto, permitem assegurar a sua força normativa. A conversão das questões jurídicas ... em questões de poder... somente há de ocorrer se esses pressupostos não puderem ser satisfeitos.

...

Sem desprezar o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, confere Hesse peculiar realce à chamada vontade da Constituição (Wille zur Verfassung). A Constituição, ensina Hesse, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)³³.

A constituição ganha supremacia, e os direitos fundamentais foram positivados para que ganhassem proteção do Judiciário contra o processo político majoritário³⁴.

Nascem os Tribunais Constitucionais, com primazia na Alemanha (1949) e na Itália, via Constituição de 1947, cuja Corte Constitucional foi instalada no ano de 1956. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se alastrou por toda a Europa Continental. Aliás, na Europa somente o Reino Unido, Holanda e Luxemburgo mantêm o padrão de Supremacia Parlamentar, sem adoção de qualquer *judicial review*.

³² Continuando: “A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas, que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia”. (BARROSO, 2007, p. 4.)

³³ (HESSE, 1991, p. 5.)

³⁴ (BARROSO, 2007, p. 6.)

É fato inconteste que a criação e a afirmação institucional dos tribunais constitucionais modificaram o cenário da interrelação entre os poderes. A referência faz-se aqui, tanto à tripartição de Poderes, no sistema presidencialista, quanto àquela repartição nos regimes parlamentaristas. Alude-se, ainda, àqueles países nos quais não há uma corte constitucional, em destaque dos demais poderes, como o Brasil e como aqueles que possuem um tribunal constitucional a cavaleiro dos demais poderes do Estado, como é o caso da Itália.

Entretanto, a criação desse novo tipo de atividade estatal, com o escopo de garantia constitucional, trouxe problemas inatos ao rearranjo institucional da nova força, em contrapartida às clássicas já existentes³⁵.

A tradicional separação das funções estatais não mais se adequa ao novo cenário forjado na atuação clássica da função jurisdicional. A “nova atividade” – que, de ordinário, é destacada dos demais poderes do Estado (tribunal constitucional) – exprime uma função corretiva que se sobrepõe às demais.

E isto porque possui a faculdade de invalidar actos normativos imputados à função de revisão constitucional (quando esta gera regras violadoras de limites materiais de revisão); à função legislativa ordinária (e em alguns sistemas, aos próprios actos singulares segregados pela função política *stricto sensu*); à função administrativa; e à própria função jurisdicional simples.

E pode mesmo sobrepor-se a poderes externos, como é o caso das normas de Direito Comunitário derivado, julgadas inválidas por ofensa à Constituição, realidade que, no universo dos direitos fundamentais, ocorre com as jurisdições alemã, italiana e francesa.

Tratando-se de uma jurisdição política sintomaticamente composta por titulares não eleitos por sufrágio democrático, ela detém virtualmente, pese esse facto, a última palavra em face dos restantes Poderes, em relação à solução de conflitos que envolvam a aplicação normativa do estatuto superior do Estado e da Sociedade, que é a Constituição.

Semelhante poder de autoridade levanta necessariamente a questão delicada da sua legitimidade e dos seus limites³⁶.

Além da crítica às sentenças manipulativas, segundo a qual elas alargam a competência do tribunal constitucional em nítida atuação política, há a fidelização do tribunal aos seus próprios parâmetros interpretativos, o que influi no processo de formação das normas³⁷.

³⁵ (MORAIS, 2006, p. 385.)

³⁶ *Ibidem*. p. 386.

³⁷ “A interpretação autorizada da Constituição desenvolvida pela Jurisdição Constitucional, mesmo em sistema onde não impere o *stare decisis*, ou mesmo nas ordens jurídicas como a portuguesa em que as decisões interpretativas não dispõem de força obrigatória geral, não deixa de sedimentar um raciocínio argumentativo, no espectro do qual a mesma jurisdição não resiste em convocar decisões anteriores, como precedente referencial a aplicar a situações semelhantes, pese o facto de ao mesmo precedente não se encontrar vinculada.

Surge, assim, a “jurisprudência constitucional consolidada”, com base causal de actuações futuras do legislador.

Percebe-se uma aproximação com o sistema da *common law*, notadamente com a produção da Corte Suprema Norte-Americana, tendo em mira a jurisprudência produzida pelos tribunais constitucionais. O exagero de tal situação é criticado por Blanco de Moraes:

Algun servilismo universitário relativamente à orientação oracular da jurisprudência gerou certas modas distorcidas no ensino da Ciência Jurídica, sobretudo quando algumas regências das escolas alemãs e italianas entendem que “o Direito Constitucional é aquele que os juizes dizem que é”.

E pior ainda, emergem outras posições ainda mais extremadas em favor da sacralização dos Tribunais Constitucionais, que consideram que o que interessa numa Constituição são menos as normas, e mais os valores pluralistas que a mesma contém, pelo que haveria, sempre e em qualquer caso, mais necessidade de um Tribunal Constitucional do que de uma Constituição.

O crescente relevo do papel da jurisprudência constitucional na dilucidação de princípios, valores, conceitos indeterminados e noras constitucionais de malha crescentemente ampla não deixou, como é óbvio, de criar os perigos inerentes a um excesso de activismo judicialista e a um conseqüente magistério invertebrado do Direito Constitucional ofuscado pelo “diktat”, nem sempre coerente desse mesmo ativismo³⁸.

As ferozes críticas persistem e ponderam que se coloca em xeque o ensino do Direito e a própria legitimidade da jurisdição das cortes constitucionais, em relação à interpretação constitucional. Lança-se a ideia de um “despotismo” axiológico que converte os juizes em criadores e garantes de uma “Constituição incerta”, “que ombreia a par de uma Constituição positiva, degradada na sua normatividade”³⁹.

3.4 Neoconstitucionalismo

No campo do pós-positivismo, situa-se o neoconstitucionalismo como uma das peças-chave pelas quais se busca consolidar a superação do positivismo. Seu móvel é uma nova teoria na interpretação da Constituição. De acordo com Miguel Carbonell, são três os elementos que formam o neoconstitucionalismo: o texto constitucional, a prática jurisprudencial e o desenvolvimento teórico.

A ‘avaliação jurisprudencial’ em organismos especializados dos governos e parlamentos passa a constituir, no tempo presente, um imperativo de ‘boa técnica legislativa’, fórmula translúcida que acaba por se traduzir, de facto, numa submissão do poder legislativo ao poder orientativo e por vezes injuntivo que resulta da jurisprudência constitucional.

Isto porque, embora titular abstracto de uma expressiva liberdade de conformação, o legislador não deseja repetir, com alterações irrelevantes, um comando jurídico passado que tenha sido objecto de declaração de inconstitucionalidade ou de produzir uma decisão que tenha sido, em situações análogas, estimada como hipoteticamente inconstitucional, numa interpretação conforme à Constituição”.

(MORAIS, 2006, p. 388).

³⁸ (MORAIS, 2006, p. 389.)

³⁹ Ibidem. p. 390.

O neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais, surgidos no pós-Segunda-Guerra que, a par de separar os poderes e limitar as competências do Poder Público, positiva diversas garantias fundamentais, como novos limites para a atuação desse poder⁴⁰.

Essas novas constituições provocaram a mutação da atuação dos tribunais constitucionais. Surgem um novo paradigma teórico e técnicas interpretativas que buscam assegurar a concretização do texto constitucional. Ganham importância os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e a normatização dos direitos fundamentais.

⁴⁰ (ABBOUD, 2011, p. 47.)

4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

4.1 A jurisdição

Nos primórdios vigia a lei do mais forte. O meio de tutela jurídica era a autodefesa ou autotutela. O Estado ainda não havia surgido e monopolizado o poder-dever de dizer a justiça, de forma que, ou os contendores encontravam uma solução consensual, ou havia o choque entre eles⁴¹. A autodefesa ou defesa privada é o meio primitivo, por excelência, de resolver os impasses. Leo Rosemberg pondera que tal solução é imperfeita, porque a razão nem sempre estará com o mais forte que, inevitavelmente, vencerá a disputa⁴².

Com o surgimento do Estado houve a monopolização do poder-dever de dizer justiça, ou seja, somente ao Estado incumbia a tarefa de decidir os litígios que ocorriam na sociedade. A autotutela se tornou uma exceção⁴³.

Nesse contexto, define-se jurisdição como o poder-dever de o Estado fazer justiça, solucionar, por intermédio do Estado-juiz, o conflito de interesse qualificado por uma pretensão resistida⁴⁴. O termo origina-se de *juris dictio*, dizer o direito. É uma atividade pública – manifestação do *poder estatal* – e, em regra, exclusiva⁴⁵, e pela qual o Estado substitui a atividade das pessoas interessadas e propicia a pacificação social mediante a

⁴¹ (CALAMANDREI, 1999, p. 180-181.)

⁴² A autodefesa é o meio primário de tutela jurídica, historicamente o mais antigo e o único nos tempos primitivos, mas é muito imperfeito, porque nem sempre o direito cogente é o mais forte. Com frequência permite que se imponha a força ao direito e fracassa quando deve alcançar algo mais que a simples realização de pretensões de prestação. Por isso todos os Estados, após terem fortalecido a sua autoridade de certo medo e terem logrado uma cultura determinada, têm limitado devido e necessariamente a autodefesa para a manutenção da paz interior, chegando até proibi-la, com poucas exceções; e a violação desta proibição é sancionada com a perda do direito, o dever de reparação e uma pena. (...) Se o Estado pode proibir a autodefesa, deve outorgar tutela jurídica às partes por meio de seus órgãos, e o faz pelo processo civil. O Estado cumpre assim uma das suas mais importantes tarefas, uma tarefa cultural no verdadeiro sentido da palavra”. (ROSEMBERG, 2005, p. 11.).

⁴³ A afirmação tem que ser bem ponderada. Principalmente, com foco no Brasil, cabe pontuar o surgimento de métodos judiciais e/ou parajudiciais como conciliação, mediação e arbitragem com a finalidade de celerizar a entrega da prestação jurisdicional.

⁴⁴ Pretensão é a exigência da subordinação de um interesse de outrem ao próximo. Já litígio ou lide “é um conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro. Ou, mais sinteticamente, lide é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”. (SANTOS, 2008, p. 9).

⁴⁵ Faz-se ressalva à mediação e à arbitragem, com o que inevitável a modificação da clássica definição da jurisdição.

atuação do direito em casos concretos⁴⁶.

Como atividade ligada aos juízes, ela possui três características primordiais: a imparcialidade⁴⁷, a substitutividade e a definitividade⁴⁸.

4.2 Jurisdição constitucional

A jurisdição constitucional⁴⁹ está atrelada ao surgimento do regime democrático.

O termo é plurívoco. Sua função principal é a de fazer obedecer a supremacia constitucional, resguardando-se a parametricidade das leis menores com a *Lex Mater*, com o que se resguarda a força normativa da constituição.

O controle de constitucionalidade⁵⁰ é inato à jurisdição constitucional, entretanto, é uma de suas funções, e a confusão entre ambos constitui um equívoco, porque a proteção, a garantia e a efetivação dos direitos fundamentais bem como o funcionamento, como instância judiciária, são outras funções (da jurisdição constitucional)⁵¹.

Importa retratar que a função clássica da jurisdição constitucional, atrelada à concepção de Kelsen, do tribunal constitucional como “legislador negativo”, ficou

⁴⁶ (DINAMARCO, 2000, p. 115.).

⁴⁷ A imparcialidade indica um juiz distante do interesse das partes, mas não isolado em seu trono. Um juiz presente apto a amainar a desigualdade processual das partes, enfim, um juiz com proatividade ou parcialidade positiva para buscar uma solução verdadeiramente justa à causa. A substitutividade indica a substituição das partes pelo juiz na solução da causa. A definitividade indica a imutabilidade das decisões oriundas do Judiciário.

⁴⁸ O “senão” fica por conta das cautelares, que, segundo a corrente majoritária, não possui autonomia material, mas fica atrelada à decisão a ser proferida na causa principal, fato que tem ligação umbilical com a definitividade.

⁴⁹ Outras acepções: *Giustizia costituzionale* (Itália), *constitution adjudication* (norte-americanos), *jurisdiccion de la constitución* (Espanhóis) ou *verfassungsgerichtsbarkeit* (alemães).

⁵⁰ Não se pode confundir jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade, que é uma espécie daquele. A doutrina da supremacia constitucional é da essência da *judicial review*, que tem a função de assegurar a supremacia da Constituição. Portanto, a jurisdição é mais abrangente que o controle de constitucionalidade (...)

... a jurisdição constitucional não se esgota no controle de constitucionalidade, havendo ainda outras funções de igual relevância. Ela exerce o imprescindível papel de garantir a unidade política da federação, impedindo que entes políticos entrem em litígio, o que acarreta instabilidade entre as esferas de poder. Na defesa da Constituição, avulta a função de órgão responsável pela cooperação entre as entidades políticas solucionando os eventuais litígios ocasionados e determinando a esfera de competência de cada um dos componentes da federação”. (AGRA, 2005, p. 21.).

⁵¹ Observa-se que é o caso dos países que não possuem uma exclusiva Corte Constitucional ou Tribunal Constitucional, como o Brasil, em que o STF concentra todas as funções – recursais e de Corte Constitucional.

ultrapassada⁵².

Com o surgimento do Estado Social de Direito, nasce outra função que é a concretização das normas constitucionais. O que o Estado Liberal não previu, o Estado Social fê-lo, mas falhou nas promessas. Inúmeros direitos sociais previstos nas cartas constitucionais editadas sob a égide do Estado Social – particularmente a partir de 1917, movimento que se fortaleceu após a Segunda Grande Guerra – viraram letra-mortas nas constituições. Neste momento, abre-se o flanco do Legislativo e fortalece-se o Judiciário. As demandas sociais cada vez maiores e a falência do Estado legislativo favorecem uma atuação maior do Judiciário.

Em suma, a jurisdição constitucional tem por funções servir de instrumento de defesa da constituição, garantir seu respeito por parte dos entes estatais e da sociedade e aumentar a sua densidade normativa⁵³.

O processo constitucional, ambiente no qual se desenvolve o controle de constitucionalidade, ganha relevo, pois surgem novas técnicas e novos institutos que qualificam as ações abstratas de constitucionalidade, como as sentenças aditivas.

⁵²

Todavia, a divisão tradicional de atribuição dos três poderes não atende mais aos interesses hodiernos da sociedade, notadamente quando a jurisdição constitucional tem que forçar os demais poderes a implementar as diretrizes contidas na Constituição. O princípio da divisão dos poderes, por si só, não apresenta densidade suficiente para amparar a legitimidade das atividades dessa jurisdição. Ele é um princípio muito abstrato, que depende de injunções sociopolítico-econômicas para configurar seus contornos. A defesa da supralegalidade dos mandamentos constitucionais adquire maior densidade quando é amparada nos direitos fundamentais que oferecem paradigmas muito mais sólidos que um princípio abstrato como esse mencionado. (AGRA, 2005, p. 30).

⁵³ (AGRA, 2005, p. 33.)

A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO E ATIVISMO JUDICIAL

5 AS DUAS PRINCIPAIS FAMÍLIAS DO DIREITO

5.1 *Common law e civil law*

A *common law* e a *civil law* são as duas principais famílias do direito e constituem o verso e o reverso de uma tradição jurídica ocidental⁵⁴. Há outros sistemas como o muçulmano e o socialista que não têm maiores reflexos no padrão ocidental.

Tradicionalmente, pelo termo *common law*, compreendem-se regras não escritas, oriundas da lenta sedimentação através dos séculos, por obra dos juízes ingleses, que se expandiram para outros países: Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia. Ele é, de essência jurisprudencial (*case law*), opondo-se ao sistema romano-germânico ou continental, fulcrado em leis abstratas, emanadas da atividade do Poder Legislativo.⁵⁵

Classicamente, diz-se que o sistema *civil law*, ou romano-germânico, não é fundado nos costumes, baseia-se na lei escrita e nas codificações. Apesar das distorções cotidianas, verificam-se, contudo, traços comuns, incorporados em face das necessidades advindas do aperfeiçoamento do sistema para produzir uma justiça mais célere. Tanto os Estados Unidos, como a Inglaterra – notadamente a partir do século XX –, vêm adotando a legislação escrita, abstratamente elaborada pelo Poder Legislativo.

⁵⁴

A tradição jurídica consiste, verdadeiramente, em um conjunto de práticas, costumes e hábitos profundamente arraigados em uma comunidade, historicamente condicionados, a respeito da natureza do direito, do papel do direito na sociedade e na política, a respeito da organização e da operação adequada de um sistema legal, bem como a respeito da forma que deveria criar-se, aperfeiçoar-se, aplicar-se e ensinar-se o direito. Assim, a tradição jurídica relaciona o sistema jurídico (conjunto de regras normativas) com a cultura, ela insere o sistema legal dentro e a partir da perspectiva cultural. (STRECK; ABOUD, 2013, p. 17.)

Leonardo Greco cita Mirjan Damaska - croata pesquisador da Universidade de Yale, Estados Unidos, na obra *The faces of Justice and State Authority* - que fez importantes estudos comparativos entre as duas grandes famílias já citadas, pontua que:

O sistema da **civil law** é o sistema da tradição romano-germânica, o qual é adotado nos países do continente europeu, especialmente na Itália, na França, na Alemanha, na Espanha e em Portugal, assim como em toda a América Latina colonizada por portugueses e espanhóis. O sistema **common law** é o sistema do direito inglês, norte-americano, canadense, australiano etc., implantado principalmente em países oriundos das antigas colônias britânicas. (GRECO, 2011, p. 01.)

⁵⁵. (SÈROUSSI, 2006, p. 13.). Ainda o mesmo autor: “O direito inglês é, em essência, jurisprudencial (**case law**). As regras do direito da Inglaterra e do País de Gales estão sempre em condições de fornecer de imediato a solução idônea de um litígio.

Ao se ater unicamente às circunstâncias de cada espécie, os juízos vão pesquisar, apoiando-se em decisões anteriores parecidas ou conexas com o caso em litígio, ‘a’ **legal rule**, que deve ser mantida”. (op. cit., p. 25).

Acerca do tema, Roland Sèroussi afirma que ambas as famílias estão se aproximando. O grande receio, contudo, é se haverá uma colaboração em face das desconfianças provenientes da ignorância mútua⁵⁶.

No *civil law* avulta-se o Legislativo, e a lei tem uma posição proeminente, ao passo que, na *common law*, ele atua de forma mais restrita.

Ressalta-se que não é de bom tom qualificar o *common law*, exclusivamente como direito não codificado, de base jurisprudencial, porque boa parte das regras de direito que se aplicam na Inglaterra e nos Estados Unidos é proveniente das casas legislativas ou do poder administrativo.

Ao contrário do que se possa conceber, nem mesmo no *common law* permite-se ao magistrado negar o cumprimento da lei. Esta é fonte secundária e tem atuação mais restrita, mas deve ser observada, salvo se houver critérios plausíveis, justificáveis e razoáveis para que isso não se dê.

No *civil law*, a jurisprudência não é fonte do direito no sentido formal, por isso as regras interpretativas e os frutos da analogia, ou de outro procedimento, são *ratio decidendi* sem eficácia vinculante. Já no *common law*, a jurisprudência é uma das fontes do direito no sentido formal.

5.2 A origem da criação judicial do direito: o sistema *common law*

Uma das características históricas mais marcantes do sistema da *common law* é o fato de a lei ser produto do trabalho dos juízes (*judge made law*), ou seja, boa “parte da *common law* não é produto do Parlamento, mas sim do trabalho de séculos dos juízes aplicando regras consuetudinárias estabelecidas, aplicando-se regras a casos novos, na medida em que foram surgindo”⁵⁷.

Os juristas ingleses (*lawyers*) dão pouca importância e interessam-se pouco pela

⁵⁶.

A **common law** legislou em algumas áreas precisas na forma de leis escritas, mas sem cair no excesso legislativo germânico (...) No entanto, por vários meios o direito continental não está longe assim da *common law*. A rivalidade histórica das duas famílias jurídicas dá aqui e ali lugar a aproximações ou até espaços de complementaridade (...) Falta saber se as forças convergentes dos dois sistemas de direito triunfarão sobre as desconfianças, provenientes da ignorância mútua (...). (SÈROUSSI, 2006, p. 13-15.).

⁵⁷. STRECK, 1988, p. 46. E continua o autor: “O princípio que espalda a doutrina dos precedentes consiste em que, em cada caso, o juiz deve aplicar o princípio legal existente, isto é, deve seguir o exemplo ou precedente das decisões anteriores (*stare decisis*)”.

doutrina. “O direito inglês é, antes de tudo, um direito jurisprudencial, erigido, por conseguinte, sobre a jurisprudência (*decisions of the Courts*) elaborada nos tribunais de Westminster (*common law*) e pelo tribunal da chancelaria (*equity*)”.⁵⁸

Benjamin Cardozo, juiz da Corte Suprema Norte-americana (1932), pondera que a *common law* dá uma força diretiva para causas futuras de natureza igual ou semelhante. Tal família “não segue uma trajetória por parte de verdades preestabelecidas, de validade universal e inflexível, para chegar a conclusões derivadas pela dedução”. Seu método é indutivo e extrai suas generalizações de proposições particulares. É um método experimental dos juízes de descobrir o direito⁵⁹.

O sistema da *common law* observa a regra dos precedentes obrigatórios (*Doctrine of binding precedent*), também conhecida por *stare decisis* ou *case law* (direito jurisprudencial).

Entretanto, as leis têm uma força cada vez maior no referido sistema, pois a Inglaterra e os Estados Unidos notabilizam-se pela expansão da atividade legiferante.

Segundo Jean Cruet, os diversos segmentos da evolução jurídica não prescindiram, para o seu salutar desenvolvimento, da prática judicial. Isto se deu mesmo em Roma, com a figura do Pretor, em face da lentidão do legislador e a evolução dos costumes.⁶⁰

No Brasil, principalmente após a Constituição de 1988, há uma avalanche de aspirações e exigências sociais por parte dos cidadãos e, principalmente, dos novos atores sociais. A par disso, o processo legislativo tornou-se vagaroso e letárgico, “particularmente lento, obstruído e pesado, forçando, por consequência, o aumento do grau de criatividade da função judiciária”⁶¹.

Registra-se que o ativismo, visto como fenômeno de exploração jurisdicional dessas possibilidades de um novo direito, não é um privilégio dos sistemas de *common law*, mas abrange quase todos os países que tenham optado pelo constitucionalismo no modelo ocidental⁶². Para que detenha legitimidade, a interpretação deve estar em consonância com a Constituição Federal, que deve ser o horizonte do sentido que servirá para a conformação da hermenêutica.

⁵⁸ (SÈROUSSI, 2006., p. 27.)

⁵⁹ (CARDOZO, 2004, p. 10-11.)

⁶⁰ CRUET, 1956, p. 23-70 apud NOBRE JUNIOR, 2010.

⁶¹ CAPPELLETTI (1999a, p. 131-132). E continua o autor citando Martin Shapiro (*Law and Politics in the Supreme Court...*, p. 24-32).

⁶² (VALLE, 2009, p. 26-27.)

5.3 O sistema *civil law*

No sistema da *civil law*, vigora o *direito escrito*. A lei é a fonte primordial do direito, possibilitando-se, todavia, o trabalho interpretativo com o fito de se descobrir o real sentido da lei. Demais disso, na omissão da norma, utilizam-se os procedimentos integrativos.⁶³

Tradicionalmente, a jurisprudência nos países da família do Direito Romano-germânico, “abstém-se (ou deveria abster-se) de criar regras de direito”, porque “enquanto o legislador estabelece comandos com validade *erga omnes*, a jurisprudência, produto de decisões (normas individuais) dos juízes e tribunais, tem (apenas) o caráter de produzir efeitos *inter partes*”⁶⁴.

Certo é que a atividade jurisprudencial no sistema do *civil law* auxilia a aplicação da lei, restrita ao caso concreto – *inter partes* –, mas há decisões com efeitos vinculantes, como no Brasil: ADI, ADCON, súmula vinculante. A sedimentação do modelo advém do direito romano, passa pela influência dos bárbaros – v.g., ordálias ou juízos de Deus – e pelo Direito Canônico.

De ordinário, a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o Direito pelo legislador. Já nos EUA e Inglaterra “a jurisprudência continua a ocupar o posto de principal fonte, ressalvado o impacto do crescimento da legislação em ambos os ordenamentos”⁶⁵.

As coisas mudaram, entretanto. O sistema *civil law*, notadamente após a criação de tribunais constitucionais e da falência do Executivo e do Legislativo para efetivar direitos constitucionais, notadamente sociais, passam esses tribunais a exercer atividade criadora das normas.

⁶³. Analogia, costumes e princípios gerais do direito, consoante art. 126 do Código de Processo Civil e art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

⁶⁴. (STRECK, 1988, p. 70.)

A importância que se atribui às decisões do Poder Judiciário, quer dizer, da jurisprudência *lato sensu*, é o forte elemento diferenciador dos dois maiores sistemas jurídicos vigentes. Dito de outro modo, o papel da jurisprudência somente pode ser precisado em relação direta com a lei escrita. A contribuição da jurisprudência sempre será, por isso, diferente da que é trazida pelo legislador. Com efeito, enquanto o legislador estabelece comandos com validade *erga omnes*, a jurisprudência, produto de decisões (normas individuais) dos juízes e tribunais, tem (apenas) o caráter de produzir efeito *inter partes*. (STRECK, 1988)

⁶⁵. (RAMOS, 2010, p. 105.)

6 A GLOBALIZAÇÃO DAS DUAS FAMÍLIAS

Para Amartya Sen, a globalização não é nova e nem necessariamente ocidental, tampouco é uma maldição. A globalização não é um fenômeno ocidental, mesmo porque grandes influências houve e há do oriente. Por volta do ano 1000, a alta tecnologia do mundo (papel, tipografia, pólvora, bússola), era amplamente usada na China e desconhecida em qualquer outro lugar⁶⁶.

Na seara do direito comparado, há algum tempo alertava Dinamarco que a ciência processual civil brasileira deve tomar consciência das realidades circundantes, representadas pelos institutos e conceitos dos sistemas processuais de outros países, para buscar soluções adequadas aos problemas da nossa Justiça⁶⁷. Neste sentido, laborou o autor:

Tais fatores de pressão tornam imperiosas as comparações jurídicas que sempre foram úteis ao aprimoramento institucional do direito de um país e agora revelam-se verdadeira **necessidade** e tornam-se indispensáveis sob pena de se caminhar às cegas e correr desnecessários riscos de fracasso e de injustiças. Tome-se por ponto de partida que a **regra de ouro** de toda a comparação jurídica é a utilidade que ela

⁶⁶ (SEN; KLIKSBERT, 2010, p. 18.)

⁶⁷ Dinamarco (1998) continua ao pontuar o interesse na análise da comparação jurídica e da pluralidade de ordenamentos:

Da existência de ordenamentos jurídicos diversos, da convivência entre nações soberanas e das razões para mirar os bons e maus exemplos colhidos além-fronteiras decorre o interesse pela comparação jurídica. Como ciência, e não ramo do direito positivo, o direito comparado tem por objeto 'uma pluralidade de ordenamentos jurídicos atualmente em vigor' e por finalidade 'não tanto os ordenamentos tomados para exame em todos os seus detalhes quanto o confronto entre eles e a conseqüente análise das diferenças e das analogias de estrutura e de disciplina perceptíveis'. Não obstante suas raízes muito antigas, a reflexão sistemática sobre a comparação jurídica só surgiu em tempos relativamente recentes, a saber, quando, no século XIX, os pensadores passaram a reagir contra os ímpetus nacionalistas em suas projeções sobre o direito, então em voga e revelados na edição das grandes codificações. São marcos significativos desse movimento a instituição da disciplina direito comparado no Collège de France (em 1831) e a fundação da Société de législation comparée, em Paris, em 1869. Mas, segundo uma voz muito autorizada na doutrina contemporânea, este século XX foi o que, 'pelos crescentes repercussões de todos os acontecimentos em nível internacional, tornou-se o século da comparação jurídica' (Walter J. Habscheid). Ao método que se denomina direito comparado reconhecem-se três utilidades fundamentais, a saber:

- a) enriquece as pesquisas históricas e sociológicas relativas ao direito (embora seja ele próprio uma disciplina jurídica e não histórica, sociológica, filosófica, antropológica etc.);
- b) contribui para o melhor conhecimento e aprimoramento do direito nacional;
- c) facilita a compreensão dos povos estrangeiros e melhor regime das relações internacionais.

O direito comparado não pretende a universalização do direito positivo, mas o conhecimento do que se passa alhures para a escolha de caminhos convenientes e seguros na produção e interpretação do direito local. (DINAMARCO, 1998, p. 46.)

deve ter para a melhor compreensão e operacionalização de pelo menos um dos sistemas jurídicos comparados. A partir daí, chega-se à percepção de que os estudos de direito comparado necessários de modo assim urgente no processo civil brasileiro devem endereçar-se aos ordenamentos jurídicos em que as novas realidades de interesse atual já tenham sido mais vivenciadas e àqueles com cujos países o Brasil vai estreitando relações comerciais e com os quais é indispensável incrementar meios de cooperação jurisdicional. Daí o interesse por certos institutos da **common law**, especialmente as suas *class actions* no contexto da ordem jurídico-processual norte-americana, pela estrutura e pelos mecanismos judiciários e processuais dos países da América Latina, máxime daqueles integrantes do Mercosul, e pela ordem processual dos países europeus, dos quais nos vêm alguns institutos aqui assimilados ou cogitados em tempos recentes⁶⁸.

Observa-se, do estudo das duas grandes famílias do direito, um interrelacionamento cíclico entre elas e sua proliferação nos diversos países do mundo. Nos primórdios da *civil law*, já havia preocupações com os precedentes⁶⁹.

Atualmente, países da tradicional *common law* adotam expedientes da *civil law*, como a Inglaterra e Estados Unidos, nos quais houve aumento considerável da produção de leis escritas: no primeiro, a adoção de um Código de Processo Civil escrito (1998)⁷⁰, já no segundo, de uma norma processual federal (1978).

De outra sorte, ficando como paradigma o Brasil, a padronização é inconteste, como nas súmulas vinculantes, jurisprudência dominante e, mais recentemente, na previsão de precedentes no Projeto 166, CPC (Senado). Busca-se previsibilidade em prol da planificação do princípio da igualdade e da segurança jurídica.

As novas demandas de massa – relação consumerista –, a atuação jungida à área política – internações em hospitais, fornecimentos de medicação, *v.g.* – e a multiplicidade de causas, impõem soluções judiciais consentâneas, mais rápidas e efetivas, o que justifica a necessidade de aperfeiçoamento do sistema, voltado para, dentre outros *locus*, o *common law*.

Apesar do esforço, deve-se observar que não existem soluções simples para problemas complexos ou, conforme Barbosa Moreira, não há “fórmula mágica” (ou “abracadabra”). Os problemas são diversificados e as causas têm origens diversas, motivo por que devemos achar uma solução adequada para o nosso próprio problema⁷¹.

⁶⁸ (DINAMARCO, 1998.)

⁶⁹ Assim, consoante Calistrato: “De fato, o nosso imperador Severo respondeu que, nas ambigüidades originadas das leis, deve ter força de lei o costume ou a autoridade das coisas constantemente julgadas de modo uniforme” (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 62.)

⁷⁰ Conforme José Carlos Barbosa Moreira *O Rules of Civil Procedure* substituiu a fragmentária disciplina anterior afastando-se de longa usana nacional, regulando a matéria em termos sistemáticos e compreensivos. (BARBOSA MOREIRA, 2001, p. 179.)

⁷¹ “Não poucos críticos da situação atual deixam entusiasmar-se por um determinado remédio que lhes parece capaz de debelar todos os males. Só têm os olhos para a suposta panaceia. Desdobram-se, a propósito de tudo e

Assim, não devemos supervalorizar os modelos estrangeiros. O citado autor explicita o tema com maestria singular e destrói alguns mitos o próprio sistema *common law*⁷². São indispensáveis os estudos das experiências levadas a cabo fora das fronteiras nacionais para o benefício recíproco, motivo por que “aproveitar” as experiências estrangeiras benéficas voltadas à nossa realidade⁷³. Isto não permite negar a benéfica influência do intercâmbio entre as duas famílias, conforme adverte Barbosa Moreira:

A rigor, o processo civil brasileiro não se situa propriamente “entre” dois mundos: pertence a um deles, ainda que possa, e eventualmente deva, beneficiar-se dos produtos do outro.

De resto, se me permitem uma observação – ou antes, uma ressalva final, parece portuno registrar que, em perspectiva mais abrangente, há sinais visíveis de encurtamento da distância entre processo de **common law** e processo de **civil law**. Marco importante de tal evolução, do lado de lá da linha divisória, é o ainda recente surgimento, na Inglaterra, de um código de processo civil (**Civil Procedure Rules**), que aproxima em mais de um ponto o sistema processual inglês do modelo predominante na Europa continental.⁷⁴

Apesar da importância dos modelos “internalizados” eles não estão imunes às críticas. Com foco na padronização exercida pelas Cortes Superiores, Barbosa Moreira adverte quanto à jurisprudência, cuja flexibilidade é necessária para o ajustamento à realidade cambiante do mundo exterior, de vez que as mutações sociais são captadas pelos juízes inferiores, de forma mais imediata e somente de forma mediata pelos tribunais. Deste modo:

Bloquear, de forma direta ou indireta, na produção dos órgãos situados na base da pirâmide judiciária, os eventuais desvios das teses firmadas em grau superior

até sem propósito algum, em exortações ao uso da receita. Há casos de autêntica obsessão.

(...)

Na realidade, basta ver como são diversificadas as causas do insatisfatório desempenho da máquina judiciária, em função da variedade do contexto institucional, econômico, social, cultura em que ela é chamada a trabalhar, para perceber quão ilusória é a esperança de quem aposta todas as fichas num só número...” (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 06.).

⁷² Para aprofundar citamos: (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 239-251.)

⁷³ “A ninguém é lícito duvidar, nos dias que correm, da importância dos estudos comparativos, indispensáveis, entre outros fins, para que os ordenamentos jurídicos possam beneficiar-se reciprocamente das experiências levadas a cabo fora das fronteiras nacionais. Na esfera processual, os últimos decênios assistem à exploração intensa desse filão, para o que vem concorrendo a multiplicação de congressos internacionais, onde se expõem e se discutem relatórios de variadíssimas fontes acerca dos mais atuais e relevantes temas.

Uma coisa, porém, é a atenção crescente ao direito comparado, movimento a que o autor desta palestra dificilmente poderia se tachado de alheio. Outra, bem distinta, é o deslumbramento ingênuo que impele à imitação acrítica de modelos estrangeiros. Nossa legislação processual exhibe traços de muitas influências: vimos importando produtos de origens bastante diversificadas. O Código de Processo Civil, por exemplo, tem impressas no texto marcas portuguesas, italianas, alemãs e até de uma lei menos conhecida, mas bem vista nos círculos especializados por seu apuro técnico: o **código di procedura civile** do Estado do Vaticano, editado pelo Papa Pio XII em 1946 – manancial em que o legislador de 1973 se abeberou com frequência que a muitos não deixará de surpreender”. (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 07-08.)

⁷⁴ (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 52.)

significa, em certos casos, barrar precocemente um movimento, talvez salutar, de renovação da jurisprudência. A chamada ‘súmula vinculante’, em si, não se afigura muito perigosa por esse ângulo, graças às prudentes limitações que a Emenda nº 45 estabeleceu ao introduzir o art. 103-A no texto constitucional. O mesmo não se poderá dizer, entretanto, da denominada ‘súmula impeditiva de recurso’, em qualquer dos formatos cogitados, nem de outras inovações já consagradas em leis, ou previstas em projetos de reforma do estatuto processual, que nos ameaçam com uma espécie, nada promissora, de ‘imobilismo’ jurisprudencial. Os mecanismos previstos para a revisão dos paradigmas, ao nosso ver, não exorcizam suficientemente o risco, dada a notória relutância dos tribunais em recuar de posições consolidadas.⁷⁵

Pondera que se deve saber em que medida é realmente desejável a fixação por um órgão superior de um entendimento a ser adotado de form uniforme pelos outros órgãos judiciais na aplicação do texto legal⁷⁶.

⁷⁵ (BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 52.)

⁷⁶

De certas normas todos reconhecem com facilidade que devem ser aplicadas do mesmo modo em todo o território nacional; entre elas, sem dúvida, em linha de princípio, as normas constitucionais. Já com relação a outras pode mostrar-se mais aconselhável dar espaço a porção menor ou maior de flexibilidade interpretativa, capaz de levar em conta variáveis regionais ou locais, a cuja luz também se justifique uma variação nas soluções. É o que sucede, por exemplo, com disposições legais que se valham de conceitos jurídicos indeterminados – como ‘bons costumes’, ‘conduta desonrosa’, ‘elevado valor’ e outros cuja concretização se sujeite à influência de fatores culturais dificilmente redutíveis à iuniformidade, sobretudo em país com as dimensões e as desigualdade do nosso. (BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 52.)

7 ATIVISMO JUDICIAL

7.1 Concepções iniciais

O ativismo judicial é um tema bastante polêmico em diversos países, independentemente das famílias de direito adotadas – *civil law* ou *common law*. Neste último, em face da tradição da criação da norma pelos juízes, ele é menos impactante. Já nos países da *civil law*, nos quais, de ordinário, as normas são produzidas pelos legisladores, o assunto tornou-se um dos principais no debate jurídico.

Um grave dissenso ocorre quando o Judiciário exerce funções atípicas: Legislativo e Executivo sentem-se “invadidos”, em decorrência do exercício de suas funções por outro Poder. A concepção refratária recorre à linha da tradicional tripartição de poderes, na qual cada um deles exerce uma função precípua, salvo exceções expressamente grafadas no ordenamento jurídico. O posicionamento favorável funda-se na argumentação da necessidade da efetivação e da interpretação das normas constitucionais para o alcance de sua finalidade.

No curso da Idade Contemporânea foi sempre assim. Nos Estados Unidos com Roosevelt e a aprovação do *New Deal*, não obstante o incipiente ativismo da Corte Suprema Norte-Americana⁷⁷; no Brasil recente, com inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal e dos juízes monocráticos, no trato de questões diversas – pesquisas com células-tronco, aborto de anencéfalos, união civil homossexual e redistribuição de reservas indígenas, *v.g.*, não tem sido diferente.

O ativismo judicial está inserto em uma polêmica secular e se entrelaça com a democracia e a legitimidade. A Constituição Federal de 1988 prega, no seu artigo segundo, uma atuação harmônica entre os Poderes, na clássica tripartição aperfeiçoada por Montesquieu. Exceções são previstas expressamente em nome do que se convencionou de

⁷⁷ Ao abordar a possibilidade de “contrastes” entre a Corte e o Presidente, em matéria de orientação política, adverte Barbosa Moreira que o episódio que esteve a ponto de gerar grave crise institucional ocorreu nos anos 30 “quando doze decisões da Corte declararam inconstitucionais medidas legislativas integrantes do chamado **New Deal**. Exasperado, o Presidente Roosevelt tomou, em 1937, a iniciativa de reformar a legislação atinente à própria Corte, para investir-se do poder de nomear novos Justices, além dos nove, naturalmente com a esperança de modificar a tendência dominante, até então aversa às mais acentuadas intererências do Estado no domínio econômico. O projeto, que suscitou a acirrada controvérsia, não foi adiante; mas – coincidência ou não – a partir daí mudou radicalmente a atitude da Corte: ela assou a aprovar todas as leis relacionadas com o *New Deal*, inclusive algumas muito semelhantes a anteriores, que haviam sido fulminadas como inconstitucionais. Provocou a reviravolta comentários irônicos, do tipo da frase, muito repetida, ‘**a switch in time saved nine**’”. (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 241.)

checks and balances, a doutrina dos freios e contrapesos. A ultrapassagem não prevista da linha divisória de um poder na esfera de atribuições do outro provoca tensões.

7.2 A origem do termo

A expressão ativismo judicial apareceu em um artigo da revista *Fortune* (“*The Supreme Court: 1947*”⁷⁸), e foi cunhado pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr., com o objetivo de traçar o perfil jurídico dos juízes da Suprema Corte Norte-Americana, fundado no estudo de seus votos. No exercício desse trabalho, ele identificou três ordens de juízes: ativistas judiciais, tutores da autolimitação e um grupo de centro⁷⁹.

Nos Estados Unidos, a expressão é utilizada sob um viés crítico, para pontuar as decisões dos juízes que vão de encontro à jurisprudência dominante ou mesmo aqueles que têm postura que vai além dos postulados firmados pelos *founding fathers*. Neste sentido, destaca-se a Corte de Warren, por suas decisões que mudaram os rumos da sociedade norte-americana – dessegregação racial, reordenação de distritos eleitorais e assistência judiciária aos pobres no processo penal.

De acordo com Keenan Kmiec⁸⁰, a expressão, além da acepção dos debates relacionados à política judiciária, traz outras significações, dentre as quais: a) prática de desafiar atos de constitucionalidade defensável, emanados de outros poderes; b) estratégia de não aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar “da sala de sessões”; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultado pré-determinado.

O termo ganhou o mundo. No Brasil, quando se menciona o termo juízes ativistas, vêm à tona aqueles que criam o direito via interpretação, os que ingressam na seara política em uma judicialização às vezes excessiva – como nas decisões de internação em UTIs⁸¹, pagamento de medicamentos de alto custo, construção e reforma de escolas ou de delegacias (nesses casos, é mais correto mencionar a judicialização da política). Por fim, ocorre também na atuação da Suprema Corte nas decisões em ações diretas abstratas e de controle difuso, que

⁷⁸ SCHLESINGER JR., Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. **Fortune**, New York, v. 35, n. 1, 1947.

⁷⁹ (VALLE, 2009, p. 18-19.)

⁸⁰ *Ibidem*. p. 21.

⁸¹ Unidades de tratamento intensivo.

“inovam” ou criam normas, ainda que com a finalidade de garantir e efetivar os direitos fundamentais.

7.3 Fatores que propiciaram o surgimento do ativismo judicial

A derrocada do Estado Liberal e as promessas feitas, e não cumpridas, pelo Estado Social forçaram o surgimento do ativismo judicial. Como papel e dinheiro são coisas diversas, algo deu errado. É que, apesar da positivação dos direitos sociais, alguns Estados ficaram em déficit na sua efetivação.

Após a positivação, cresceu a exigência da sociedade pela eficácia social dos direitos garantidos pelo legislador. No Brasil, surgiram novos atores sociais (sociedade civil, organizações não governamentais, *v.g.*) que veem no Judiciário, ante a inação dos outros dois Poderes, o lugar essencial para a afirmação dos direitos sociais e superação dos “vazios de efetividade” e eficácia⁸².

Surge uma função nova para o Estado-juiz: a efetivação dos direitos fundamentais ante a pressão social. Seu papel, outrora entrelaçado à atividade meramente julgadora – *bouche de la loi*, passou a ser diferenciado via “invasão” na seara política para a concretização dos direitos.

Essa tarefa requer do órgão julgador uma posição hermenêutica heterodoxa, politizada e com grande sensibilidade social⁸³. Nasce um novo juiz, o juiz do Século XXI, do qual se exige o domínio de outras áreas do conhecimento como antropologia, sociologia, informática e administração com foco na gestão. Ele é avesso ao etnocentrismo – visão de mundo na qual o próprio grupo é tomado como centro de tudo, e os outros grupos são analisados a partir de do sistema valores de quem julga ou avalia⁸⁴.

O juiz do século XXI é mais construtor e pacificador. Ele não pode ser aquele simples árbitro sem compromisso com a sociedade e despreocupado com o futuro.

As sociedades se modificam, e as mutações fáticas daí decorrentes redundam em questionamentos judiciais que hão de ser resolvidos por um Judiciário capacitado, apto e com coragem de enfrentar os novos desafios, que impõem a ruptura com conceitos

⁸² (FARIA, 2005, p. 32.)

⁸³ Ibidem. p. 11.

⁸⁴ “O Etnocentrismo consiste na rotulação do outro a partir de nossos valores, o que rende ensejo ao menosprezo do outro e à divinização do que é nosso, nossas concepções e ideia de mundo”. (CAVALIERI FILHO; ALBINO, 2007, p. 216.).

sacralizados por doutrinas aptas e construídas em momento consentâneo com as situações que atravessavam.

Os tempos são outros. Na sociedade pós-industrial, o Direito é um catalizador das mudanças econômicas, sociais e políticas e exige uma revolução dogmática⁸⁵. Não se admite mais o juiz ultrapassado, asséptico, que, quando se dispõe a julgar, atua como eunuco político, econômico e social, totalmente desinteressado do mundo fora do tribunal⁸⁶.

No Estado Pós-Social, a hermenêutica caminha no sentido da “legitimação das aspirações sociais”, o que forçou o nascimento de uma nova concepção de juiz, mais atrelado ao processo político que exige do julgador posturas muitas vezes incompatíveis com o rigor formalista.

Tudo isso formou um terreno propício para o nascimento do ativismo judicial. Contudo, devem ser limitados os espaços de discricionariedade do juiz – caso contrário, corre-se o risco pelo qual muitos deles têm deturpado o ativismo judicial.

No âmbito jurídico, o ativismo judicial e o controle de constitucionalidade andam de mãos dadas. Foi a partir da emancipação do Poder Judiciário como o grande *controler* das normas produzidas pelo Legislativo e dos atos do Executivo, que se observou uma atuação mais forte e emancipada por parte dos juízes.

7.4 Fator jurídico que possibilitou o surgimento do ativismo judicial: o controle de constitucionalidade das normas do direito norte-americano

Como consta acima, o ativismo judicial e o controle da constitucionalidade são temas conexos e caminham *pari passu* com a emancipação do Poder Judiciário como o grande *controler* das normas produzidas pelo Legislativo e dos atos do Executivo, com atuação mais forte e emancipada por parte dos juízes.

Esse *handcap* conferido aos juízes para controlarem atos emanados de outros poderes contribuiu para investi-los no exercício de uma função atípica e *ativa*. Tal reconhecimento é um primeiro passo rumo ao ativismo.

⁸⁵ “A mudança de paradigmas exige do juiz novas qualidades, além das tradicionais que são o conhecimento do direito e da probidade intelectual. É preciso que o magistrado seja corajoso na construção das novas soluções em matérias não previstas pelo legislador. E, ao mesmo tempo, também deve ser prudente. A prudência, pela sua etimologia, se identifica com a sabedoria, que era o sentido da palavra em latim. Assim, a prudência não é a timidez, mas a ponderação feita pelos sábios, que se coaduna e se concilia com a coragem cívica do construtor do direito. Finalmente, é preciso que faça um esforço para entender a economia nacional e mundial do nosso século”. (WALD apud SILVA; CARNEIRO, 2010.).

⁸⁶ (ZAFFARONI, 1995, p. 137.)

De acordo com Hamilton, Madison e Jay, a vontade do povo é superior à vontade da legislatura, e a missão dos juízes é, dentre outras, manter esta última dentro dos limites atribuídos à sua autoridade.

Alexander Hamilton postava-se de forma favorável ao controle da constitucionalidade posto que o Legislativo não poderia ser o árbitro da própria conveniência.

Delineou-se a possibilidade de controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário que, dos três poderes, era o braço menos poderoso porque não possuía nem exército (espada), nem dinheiro (tesouro). Portanto, aos juízes pertence o encargo de determinar o significado da Constituição e da lei que provenha do corpo legislativo, o que não os torna superiores em relação ao Poder Legislativo⁸⁷.

O *judicial review* encontra-se, sobretudo, nas ex-colônias inglesas como o Canadá, Austrália e Índia. Há ainda sistemas análogos no Direito suíço, norueguês, japonês, dinamarquês e sueco. Pelo termo, entende-se a possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle da constitucionalidade das normas, retirando do mundo jurídico as que não se coadunarem com uma relação de parametricidade com o Texto Magno⁸⁸.

7.4.1 O nascimento do controle difuso de constitucionalidade

Com frequência, cita-se o caso *Marbury versus Madison* como a origem, o nascimento, do controle difuso de constitucionalidade. Deve-se a James A. C. Grant, constitucionalista americano, a difusão dessa ideia⁸⁹. Contudo, tal tese não é historicamente correta, porque a supremacia da Constituição, em relação às leis ordinárias já existia e originou-se, “em outros e mais antigos sistemas jurídicos”⁹⁰.

Ainda na Antiguidade, com Platão e Aristóteles, já se formulava a doutrina da *supremacia da lei*, que se fundava na concepção da imutabilidade das leis, segundo os

⁸⁷ (WRIGHT apud MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 126.)

⁸⁸ “...O reconhecimento do acesso directo dos juízes à constituição a fim de controlarem a constitucionalidade das leis é um outro momento relevantíssimo para a génese da justiça constitucional. Considerando-se que a interpretação das leis era uma tarefa específica dos juízes e que dentre essas leis se incluía a lei constitucional como ‘lei superior; (Corwin), estava aberto o caminho para a ideia de judicial review. Em caso de conflito entre duas leis a aplicar a um caso concreto, o juiz deve preferir a lei superior (= lei constitucional) e rejeitar, desapplicando-a, a lei inferior.” (CANOTILHO, 2003, p. 887.).

⁸⁹ (CAPPELLETTI, 1999b, p. 48-51.)

⁹⁰ *Ibidem*. p. 48-49.

interesses mutáveis dos homens (Platão), diante do caráter divino da norma, superior e imutável⁹¹.

7.4.2 Sir Edward Coke e o controle de constitucionalidade das normas

Pode-se dizer que o sistema norte-americano teve por matriz a fonte inglesa, com Edward Coke. Por ironia do destino, os ingleses desenvolveram um sistema que serviu de paradigma aos americanos e retrocederam, tornando à supremacia do Parlamento.

Em 1610, na Inglaterra, no conhecido Dr. Bonham's Case, já se havia admitido a possibilidade do controle dos atos do Parlamento pelos juízes⁹².

O *Chief Justice* Edward Coke nasceu na Inglaterra, em 1552, durante o reinado de Eduardo VI Tudor, e formou-se em Direito na Universidade de Cambridge⁹³. O caso mais notório em relação ao controle de constitucionalidade foi o *Bonham's case*.

Thomas Bonham era um médico que havia estudado medicina por 11 anos na Universidade de Cambridge e resolveu estabelecer-se em Londres em meados de 1600. Entretanto, por força de um decreto de 1518, do Rei Henrique VIII, o *Royal College of Physicians of London*, órgão ao qual incumbia a expedição da licença, a negou ao *Doctor Thomas Bonham*, multou-o e impediu-lhe o exercício da profissão. Ressalta-se que o órgão combatia o mau exercício da medicina. *Thomas Bonham*, contudo, não deixou de clinicar, motivo por que foi novamente multado e preso por sete dias. Ante a intercessão de seu advogado foi solto, por prisão indevida, sob o argumento de que o órgão (Associação Real de Médicos de Londres) não tinha incumbência para a prisão, porque somente um Tribunal poderia fazê-lo.

Na decisão, *Edward Coke* acolheu o argumento de *Thomas Bonham* que questionou a autoridade da Associação Real de Medicina de Londres, porque se havia formado regularmente na Universidade de *Cambridge* e que, portanto, não precisava da autorização

⁹¹. (CAPPELLETTI, 1999b, p. 48-49.)

⁹² (MORO, 2004, p. 20.)

⁹³

Atuou como Promotor (**prosecutor**) e um caso em especial lhe deu notoriedade o caso Gunpowder Plot, uma tentativa frustrada de assassinato do Rei James I em 1605. Os mentores do assassinato, marcado para 05 de novembro daquele ano, foram descobertos, presos, julgados e condenados à morte. O promotor do caso foi Sir Edward Coke, que recebeu como “prêmio” do Rei James I uma indicação como *Chief Justice of the Court of Common Pleas*, Tribunal que julgava os casos íveis mais importantes da época. (NOGUEIRA, 2010, p. 308).

da referida Associação para poder clinicar. Demais disso, estava cumprindo um decreto de Henrique VIII, ratificado pela Rainha Maria I, em 1554, sucessora⁹⁴.

Pondera Coke, na decisão, que o Conselho de Medicina de Londres tinha autoridade para combater a má prática da medicina, entretanto, não poderia punir o mero exercício da medicina. Consignou abusos cometidos pelo Conselho: era certo que o órgão poderia multar, mas não poderia decretar a prisão pelo não pagamento da multa, porque o destinatário era o próprio Conselho Real e, ademais, a prisão deveria ter sido imediatamente levada ao conhecimento do Presidente e aos Censores do Conselho, sob pena de a prisão ficar ao alvedrio dos membros⁹⁵.

A decisão de Coke afrontou a autoridade real e, por isso, foi chamado pelo rei para explicá-la e mudá-la. Contudo, somente o fez em parte, o que custou sua demissão por afronta à autoridade do soberano.

É óbvio que à época não se mencionava controle de constitucionalidade, ou revisão judicial, mas parece claro que, não obstante a inexistência de um nome específico para dar ensejo à certidão de nascimento do instituto, sua concepção já havia ocorrido. Ficou claro o controle judicial sobre os atos administrativos e os atos do Parlamento.

A questão não é pacífica, como observa Gustavo Nogueira, pois Lawrence Joseph Perrone “sustenta que Coke parece ter apelado para alguma forma de lei fundamental ou natural, mas conclui que não se trata de uma tentativa de limitação da soberania do Parlamento, mas sim de um simples exercício de interpretação legal”. No entender do referido autor, “a construção de Coke em nada lembra o *judicial review*, feito por John Marshall no caso *Marbury v Madison*”⁹⁶.

Entretanto, Allen D. Boyer, jurista norte-americano, em sentido contrário, pondera que, para Coke, o bom senso dos juízes estava acima do bom senso dos legisladores. Ademais, a moderna doutrina do *Judicial review* tem suas origens na opinião de Coke, retratada no *Bonham's case*. Grande parte da força dessa doutrina refere-se às circunstâncias nas quais ela se deu, porque, agindo como Presidente da Corte de Justiça, Coke pôs abaixo uma lei que ele reputou insuportável e sustentou tal decisão contra violenta oposição.

Somente a partir desse fato – e pondera-se que houve outros fatos do mesmo naipe, atribuídos a Coke – foi que surgiu *Marbury v. Madison* e dois princípios centrais do Direito

⁹⁴ (NOGUEIRA, 2010, p. 309.)

⁹⁵ Ibidem. p. 309.

⁹⁶ Ibidem. p. 311.

Constitucional: o primeiro deles é que os juízes são os árbitros máximos sobre o que é constitucional; o segundo, como corolário do primeiro, é que os juízes são independentes dos outros ramos do Governo.

Coke formulou os princípios da *judicial review* e ele defende essa proposição, fornecendo o paradigma da independência dos juízes⁹⁷. Outros juristas são favoráveis à assertiva de que Coke lançou as sementes do *judicial review*, como Daniel J. Hulsebosch⁹⁸.

Sob esta ótica, petrificou-se a possibilidade do controle de ato egresso de outro Poder pelos juízes.

Segundo a doutrina de Coke, era incumbência dos juízes controlar e afirmar a *repugnancy or unreasonableness*, garantindo a supremacia da *common law* contra os arbítrios do soberano, de um lado, e do Parlamento, do outro.

Todavia, com a revolução de 1688 (Revolução Gloriosa), os ingleses abandonaram o sistema de Coke, momento em que foi proclamada a doutrina contrária, a da Supremacia do Parlamento, até hoje válida. Não obstante, frutificou a doutrina na América, através da criação da *judicial review* norte-americana, sistema que compõe a doutrina dos freios e contrapesos dos Poderes.⁹⁹

Tais ensinamentos se transmudaram em modelo que séculos depois foi adotado pelos Estados Unidos e por outros países da América, Europa e demais continentes, rendendo ensejo à formação do moderno sistema de controle judicial da legitimidade constitucional das leis.

Aliás, nos Estados Unidos, anteriormente à decisão célebre, houve precedentes acerca do controle de constitucionalidade. Com efeito, “a Justiça do Estado de New Jersey, em 1780, declarou nula uma lei por contrariar a Constituição do Estado”. Acresça-se a isso que, “desde 1782, os juízes da Virgínia julgavam-se competentes para dizer a respeito da constitucionalidade das leis. Em 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou uma lei pelo fato de ela colidir com os artigos da Confederação”¹⁰⁰.

Marshall foi original na lógica imbatível de sua decisão. Entretanto, a substância da ideia já era conhecida, conforme os precedentes acima.

⁹⁷ (NOGUEIRA, 2010, p. 311, no original em inglês e tradução do autor.).

⁹⁸ Ibidem. p. 311.

⁹⁹ “A doutrina de Lord Coke, entendida como instrumento de luta, quer contra o absolutismo do Rei, quer contra o do Parlamento, predominou na Inglaterra por alguns decênios (47) e, não só na Inglaterra, mas também nas colônias inglesas da América, onde foi, de fato, em muitas ocasiões, acolhida pelos tribunais (48)”. (CAPPELLETTI, 1999b, p. 59-60.)

¹⁰⁰. (POLLETTI, 1985, p. 32. apud CUNHA JÚNIOR, 2006, p. 63.)

7.4.3 Marbury v. Madison

O caso *Marbury v. Madison* tinha por pano de fundo uma disputa política. Os federalistas, vencidos nas eleições presidenciais, estavam desejosos por se instalarem majoritariamente nos tribunais, motivo por que, nos últimos dias de mandato de John Adams, e às vésperas da posse de Thomas Jefferson – vencedor nas eleições –, efetuaram diversas nomeações de juízes, conhecidos, por isso, como juízes da meia-noite (*midnight judges*)¹⁰¹.

Marbury, um desses juízes indicados pelos federalistas, foi nomeado em 1801; mas, com a assunção do Presidente Madison, o Secretário de Governo negou-se a empossá-lo, razão pela qual o juiz impetrou um *mandamus* contra a ordem ilegal.

O Governo sugeriu um *impeachment* contra os juízes “se ousassem a aplicar os princípios da *common law* à Constituição” e instigou os jornais da época¹⁰².

Havia dois planos normativos conflitantes que disciplinavam a questão e entravam em choque: a Lei Judiciária de 1789, que autorizava o Tribunal a expedir mandados para remediar os atos ilegais do Poder Executivo, e a própria Constituição, que no artigo III, seção 2, disciplinava a competência originária da Corte, que são restritas e somente podem ser aumentadas por emendas à constituição.

John Marshall, Presidente da Corte¹⁰³, estava pressionado ante a iminência do *impeachment*, mas encontrou um resultado satisfatório, ao entender que não caberia o *mandamus* originariamente à Corte Suprema, consoante dispunha a Lei Judiciária infraconstitucional, porque a competência era estritamente delineada pela Constituição. Declarou, então, a inconstitucionalidade da referida lei.

Agindo assim, dissimulou um recuo inevitável, porque a procedência do *mandamus* equivaleria ao *impeachment*. Todavia, com a declaração da inconstitucionalidade da norma, deixou patente um ato de afirmação contra o partido no Poder.

¹⁰¹ PELEJA JÚNIOR, 2011, p. 38-43.

¹⁰² PALU, 1999, p. 115.

¹⁰³ Marshall permaneceu por 34 (trinta) e quatro anos como Presidente da Corte. Nos Estados Unidos o Presidente da República é quem indica o Presidente da Suprema Corte que pode permanecer no cargo indefinidamente, sem limite de idade. Não há a rotatividade oriunda do mandato temporal como no Brasil (o Presidente do STF permanece no cargo por dois anos em um sistema de rodízio que prima pela antiguidade).

8 CRIAÇÃO E INTERPRETAÇÃO

O juiz como criador do direito não é novidade. Jeremy Bentham ponderava que “embora o juiz, como se diz nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade o *criador do direito*”¹⁰⁴, porque a atividade interpretativa, da qual lança mão o juiz, a isso o induz. Ora, por mais simples e precisa a linguagem legislativa, há lacunas, ambiguidades e incertezas, a serem colmatadas pelo juiz¹⁰⁵.

Os limites entre a interpretação e a criação do direito são imprecisos e institutos próximos. O juiz, na análise do caso concreto, ora exerce um, ora outro. O dogma montesquiano está ultrapassado pelas exigências dos Estados Sociais e pela vaguidade das normas.

8.1 Interpretação judicial

Interpretação é uma atividade por intermédio da qual o intérprete busca o conteúdo, o alcance e o sentido de uma norma jurídica para que possa ser aplicada a um caso concreto¹⁰⁶.

As situações da vida podem modificar o significado das regras do Direito, a partir do momento de sua aplicação ao caso concreto¹⁰⁷. O processo de produção da ordem jurídica positiva é amplo e “vai desde o ato constituinte, através da constituição das leis, dos regulamentos, etc., até a norma individualizada na sentença judicial ou na decisão administrativa, sem solução de continuidade”¹⁰⁸. Tem-se, neste sentido, que “... a norma jurídica não é o pressuposto, mas o resultado da interpretação”¹⁰⁹.

¹⁰⁴ (CAPPELLETTI, 1999a, p. 17-18.)

¹⁰⁵ Ibidem. p. 17-18.

¹⁰⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA. Virgílio Afonso da (Coord.). **Interpretação Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 154.

¹⁰⁷ “Mas não é apenas, genericamente, sob esse aspecto, da modificação do sentido das normas, das mutações normativas, que os fatos sociais atuam sobre os modelos jurídicos. Rigorosamente, e com maior profundidade, pode-se dizer que as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, porque o sentido e o alcance dos enunciados normativos só se revelam, em plenitude, no momento da sua aplicação, aos casos concretos” (LARENZ, Karl, Metodologia da ciência do direito. In: SILVA. Virgílio Afonso da (Coord.). **Interpretação Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 23.)

¹⁰⁸ (SILVA, 2007. p. 25.)

¹⁰⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución. p. 254. In: SILVA. Virgílio Afonso da (Coord.). **Interpretação Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 23.

A atividade jurisdicional, por estar em contato maior com a realidade dos fatos cambiantes, é mais profícua que a atividade legislativa para criar a norma adequada à tutela dos casos concretos¹¹⁰.

Na análise do caso concreto, pode-se dizer que o juiz é coagido a criar e “os Tribunais, mais do que o legislador, estão aptos a seguir passo a passo as alterações da sociedade e estabelecer conexões até então despercebidas”¹¹¹.

Em contraposição ao juiz montesquiniano, “boca da lei”¹¹², surge a figura do juiz como legislador suplente, “a cujo labor se deve a construção do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional”¹¹³. Desse modo, incumbe ao aplicador do direito encontrar as primeiras respostas para os novos problemas sociais¹¹⁴. Foi o que se deu, por exemplo, na guarda compartilhada, que já era aplicada pelos juízes brasileiros, quando foi “normatizada” pelo legislador, ou no caso “Mira Estrela”, que rendeu ensejo à Resolução n. 21.702/2004, TSE – Tribunal Superior Eleitoral, que, posteriormente ensejou a modificação da Constituição Federal via Emenda Constitucional nº 58/2009, que alterou o artigo 29-A, Constituição Federal.

A norma jurídica perde a validade quando deixa de ser eficaz. Por isso, através do trabalho hermenêutico de ajustamento entre normas e fatos, viabiliza-se

a ordenação jurídico-normativa da vida social, porque é no ato e no momento da individualização da norma que o juiz desempenha o papel de agente redutor de

¹¹⁰ “O legislador, certamente, pode avançar mais com um só dos seus passos do que os juízes com os passos representados por muitas decisões ou sentenças; porém, os períodos de inatividade, inércia e irresolução do primeiro não lhe permitem, quase nunca, sinalizar novos caminhos à evolução jurídica, em comparação com o incessante progresso representado pela atividade dos profissionais do direito e, sobretudo, dos juízes. Ademais, o legislador só decide atuar quando o objetivo que se propõe já está traçado por uma série de necessidades acumuladas. O legislador nos dá a sensação de um míope equipado com uma arma poderosa”. (COELHO, 2007, p. 26.).

¹¹¹ (RIGAUX, apud COELHO, 2007.)

¹¹². Na verdade, o teor da frase é o seguinte: “Os juízes não devem ser mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor da lei”.

¹¹³ (COELHO, 2007, p. 26).

¹¹⁴ “Por tudo isso, torna-se evidente que incumbe essencialmente ao aplicador do direito – e não ao legislador – encontrar as primeiras respostas para os novos problemas sociais, uma tarefa da qual só poderá desincumbir-se a tempo e modo se for capaz de olhar para o futuro e trilhar caminhos ainda não demarcados; se tiver a coragem de enfrentar a opinião dominante, ao invés de se resignar a seguir a jurisprudência estabelecida; se, finalmente, se dispuser a assumir o ônus redobrado de combater as idéias cristalizadas, até porque, via de regra, longe de traduzirem verdadeiros consensos, essas faltas unanimidades não passam de preconceitos coletivos, fruto dos argumentos de autoridade, que sabidamente esterilizam o pensamento e impedem os vãos mais arrojados.

Encaradas sob essa ótica, as transformações sociais deixam de ser consideradas fenômenos externos e alheios à vida dos modelos jurídicos, ou mesmo corrosivas revoltas dos fatos contra os códigos, para se converterem, positivamente, em fatores de atualização e regeneração da sua força normativa” (COELHO, 2007, p. 26).

inevitável distância entre a generalidade dos preceitos jurídicos e a singularidade dos casos a decidir¹¹⁵.

Pondera-se que a interpretação há de ser extraída do seio da norma, dos princípios e da Constituição, evitando-subjetivismos. Nesse contexto, o respeito à autonomia do texto é indispensável à objetividade e à controlabilidade da interpretação¹¹⁶. O risco da interpretação dotada com subjetividade e voluntarismo é ocasionar decisões ilegítimas e socialmente ineficazes¹¹⁷.

8.2 Criação e interpretação da norma: compartimentos estanques?

A partir da criação da norma, há a influência da realidade social na atividade interpretativa e a dissociação entre a *voluntas legis* e a *voluntas legislatoris*.

Certo é que a aplicação do direito pressupõe a interpretação da norma. Difícil é traçar uma linha distintiva entre a interpretação e a criação do direito, principalmente quando se depreende que o Estado Moderno forçou a expansão dos domínios da lei e, por consequência, do direito judiciário, do que se subentende “obviamente a negação da clara antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juízes”¹¹⁸.

Do ponto de vista substancial, a atividade criadora dos juízes não é diversa da atividade legislativa, ambas constituindo processo de criação do direito. Ao exercer interpretação, o juiz, por vezes, ingressa no campo de criação do direito, assumindo função mais ativa, mas ressalta-se que ele deve pautar-se pelos ditames constitucionais.

O conceito de interpretação da norma está ínsito no de criação, eles se interpenetram. São institutos próximos e o juiz ora exerce um ora outro. Os juízes são criadores do direito, *law makers*, porque são chamados a interpretar e para isso tem que esclarecer, integrar, plasmar e transformar. Contudo, isto não quer dizer que sejam legisladores. Como pondera Chaïm Perelman:

é de notoriedade pública que a precisão ou a vagueza de textos legais distribui de forma variável os poderes do legislativo e do judiciário. Cada vez que aumentam as possibilidades de interpretação, quando os próprios textos são vagos e se deixa ao

¹¹⁵ (COELHO, 2007, p. 27-28.)

¹¹⁶ Ibidem. p. 44.

¹¹⁷ “...não é dado ao intérprete-aplicador desconsiderar o marco normativo imposto pela norma de nível superior, da qual deve extrair, por derivação, a decisão para o caso concreto.” (COELHO, 2007, p. 44-45.)

¹¹⁸. “Encontra implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade”. (CAPPELLETTI, 1999a, p. 20).

juiz o direito de resolver conflitos que se apresentam, os poderes daqueles que devem encontrar a solução jurídica do caso particular aumentam o mesmo tanto¹¹⁹.

A principal crítica à atividade judicial criadora é a de que ela equivale a uma interferência do Judiciário nos demais Poderes, em uma função atípica, porque falta ao Judiciário, cujos membros não são eleitos, a legitimidade democrática¹²⁰.

O ativismo judicial e a produção (criação) das leis pelos juízes tem o inconveniente de criar uma “desviação da estrada principal do processo legislativo”. A crítica mais forte é a de caráter antidemocrático e usurpador de poderes¹²¹.

Referindo-se ao problema da legitimação democrática do direito jurisprudencial, Lord Devlin comenta que ela é inaceitável porque antidemocrática¹²². G. Winterton comenta que a “tentativa de elevar o judiciário, que não é eleito, sobre o legislativo, que o é, pelo contrário, é antidemocrática”¹²³. Ingressa-se aqui em uma célebre polêmica acerca da legitimidade do Judiciário para a “produção” de normas.

Mauro Cappelletti discorda de tal entendimento, porque o controle das normas pelo Judiciário não equivale à sua superioridade sobre o Legislativo, mas uma faceta do sistema de freios e contrapesos¹²⁴. Neste sentido, um Judiciário ativo favorece a concretização dos direitos sociais.

Aduz o italiano que as noções de liderança legislativa e executiva não mais se traduzem em democracia, porque há muitos casos nos quais as decisões do governo não refletem o sentimento da maioria. Etiquetas como “voz da maioria” já não fazem mais sentido no mundo político real¹²⁵.

Comenta, ainda que, face à rotatividade, o Judiciário não é despido de representatividade¹²⁶. Nesse sentido, objetiva-se que, no Brasil, em um período de quatro anos

¹¹⁹. (PERELMAN, 2005, p. 402.)

¹²⁰ nota 35, supra, p. 10. Formulação análoga, mas muito discutível encontra-se ultimamente, por exemplo, em G. Winterton, Parliamentary Supremacy and the Judiciary, em *Law Quarterly Rev.* 97 (1981), pág. 265 e segs., págs. 266-267, em que o autor escreve que a “tentativa de elevar o judiciário, que não é eleito, sobre o legislativo, que o é, pelo contrário, é antidemocrática”. (CAPPELLETTI, 1999a, p. 93. nota de rodapé).

¹²¹ (CAPPELLETTI, 1999a, p. 93.)

¹²² Lord Devlin, 1974, Chorley Lecture. (CAPPELLETTI, 1999a, p. 93.)

¹²³ Parliamentary Supremacy and the Judiciary, *Law Quarterly Rev.*, 97 (1981), p. 265, e ss., p. 266-267. (CAPPELLETTI, 1999a, p.93.)

¹²⁴ (CAPPELLETTI, 1999a, p. 93, nota de rodapé)..

¹²⁵ (SHAPIRO, 1996, p. 24 e nota 204, p. 24-25 apud CAPPELLETTI, 1999a, p. 95-96.)

¹²⁶ (CAPPELLETTI, 1999a, p. 95-96.)

(2009-2013) verificou-se grande rotatividade de ministros na Suprema Corte, ou seja, 04 (quatro) em um total de 11 (onze) ministros.

O Judiciário é um local de acesso aos grupos minoritários e, se assim não fosse, eles permaneceriam marginalizados¹²⁷. Ademais, juízes, em sua atividade, estão em contato com os problemas concretos, ao contrário do legislador que formula normas abstratas que tendem a se tornar obsoletas com o tempo. Os magistrados têm sua atividade conectada à realidade social.

Por último, deve o Judiciário frear o ímpeto da maioria, quando ela se choça com a minoria. Assim, em casos pontuais, deve manejar a contramajoritariedade porque a “noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária”¹²⁸.

Para que detenha legitimidade, a interpretação deve estar em consonância com a Constituição Federal, que deve ser o horizonte do sentido de que servirá para a conformação da hermenêutica.

Dito isso, e superada a aparente dicotomia entre criação e interpretação do direito, é de se identificar que o verdadeiro problema, consoante esclarece Mauro Cappelletti, reside: a) no grau de criatividade; b) nos modos; c) limites; e d) aceitabilidade da criação do direito por parte dos juízes¹²⁹.

A atividade criativa judicial é norteada por uma discricionariedade regrada, que não se confunde com arbitrariedade. Apesar de o juiz ser inevitavelmente criador do direito, não o é de forma livre e sem peias: há limites nos quais esbarra sua criatividade. Contudo, tais limites não são o fator distintivo entre a atividade legislativa e a atividade judiciária¹³⁰.

¹²⁷ (CAPPELLETTI, 1999a, p. 100.)

¹²⁸ (CAPPELLETTI, 1999a, p. 106-107.)

¹²⁹ (CAPPELLETTI, 1999a, p. 21.)

¹³⁰. “Mas uma vez reiterado tal esclarecimento, entendo necessário reafirmar igualmente, que os limites substanciais, diversamente dos formais ou processuais, dos quais nos ocuparemos adiante, não têm a virtude de caracterizar a ‘natureza’ do processo jurisdicional. Em particular, não podem representar o elemento distintivo da jurisdição em face da legislação ou da administração. De um lado, a atividade administrativa pode ser, e normalmente é, vinculada aos mesmos limites substanciais que se impõem ao juiz. De outro lado, quando o juiz é livre para basear as próprias decisões em preceitos vagos e não escritos de equidade, sua atividade não pode ser diferenciada da do legislador, no que concerne aos seus limites substanciais. E até a atividade do juiz vinculado à leis, aos precedentes, ou a ambos, dificilmente pode ser diferenciada, do ponto de vista de seus limites substanciais, da do legislador, cujo poder de criação do direito esteja sujeito aos vínculos ditados por uma constituição escrita e pelas decisões da Justiça Constitucional. Deste ponto de vista, a única diferença possível entre jurisdição e legislação não é, portanto, de natureza, mas sobretudo de frequência ou quantidade, ou seja, de grau, consistindo na maior quantidade e no caráter usualmente mais detalhado e específico das leis ordinárias e dos precedentes judiciais ordinários, em relação às normas constitucionais - usualmente contidas em textos sucintos e formuladas em termos mais vagos - como da mesma forma relativamente às decisões da Justiça Constitucional. Daí decorre que o legislador se depara com limites substanciais usualmente menos frequentes e menos precisos que aqueles com os quais, em regra, se depara o juiz: do ponto de vista substancial, ora em

Tais limites, ou restrições, variam conforme a época e a sociedade. Reitera-se que discricionariedade não se traduz em uma arbitrariedade. O juiz, criador do direito, não é completamente livre de vínculos. Há limites processuais e substanciais. Os limites incluem “vez por outra, precedentes judiciais, opiniões de juristas, ordenanças de monarcas, decisões de assembleias, leis de parlamentos, códigos etc.”¹³¹.

Não obstante, o posicionamento contrário acerca do ativismo judicial, principalmente por parte do legislador, não se trata de usurpar funções, mas de contribuir o juiz como artífice da engenharia social para uma sociedade moderna, justa e igualitária. Tal contribuição, todavia, há de ser com ponderação e comedimentos, e não como uma panaceia, um remédio para todos os males, cuja dose em excesso se transforma em veneno.

A sociedade brasileira já atingiu a maturidade suficiente para aceitar a discussão e a contribuição efetivamente positiva de tal proceder. Aliás, é preciso lembrar com Ihering que o Direito existe em função da sociedade e não a sociedade em função dele¹³².

exame, a criatividade do legislador pode ser, em suma quantitativamente mas não qualitativamente diversa do juiz. E não está dito que a legislação cesse de ser tal simplesmente porque deve se conformar, a sua vez, com vínculos bastante precisos, constitucionais ou de Justiça Constitucional, não menos claros e detalhados, por sua vez, dos que de modo mais freqüente se impõem aos juizes, não apenas para delimitar negativamente, mas também, em larga medida, para determinar positivamente o conteúdo da própria lei.

Do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a ‘natureza’ dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. Ambos constituem processos de **criação do direito**”. ((CAPPELLETTI, 1999a, p. 26-27).

¹³¹ (CAPPELLETTI, 1999a, p. 24.)

¹³² (GRAU, 2003, p. 147.)

CORTES CONSTITUCIONAIS E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

9 AS CORTES CONSTITUCIONAIS

9.1 Conceito

Cortes constitucionais ou tribunais constitucionais são os tribunais presentes em grande parte do mundo – cuja gênese é europeia –, e seu escopo é o de exercer a função da jurisdição constitucional concentrada.

De acordo com Louis Favoreu, a corte constitucional é uma jurisdição criada para conhecer, especial e exclusivamente, o contencioso constitucional, situado fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos¹³³.

9.2 Criação e desenvolvimento do modelo europeu de controle de constitucionalidade

Kelsen foi a fonte da criação do modelo europeu de cortes constitucionais. A implantação preponderante se deu no segundo Pós-Guerra, nos países sob o jugo de regimes ditatoriais, como Itália e Alemanha. A finalidade foi a maior “contenção” do Poder Legislativo, através da criação de um órgão responsável para analisar a constitucionalidade das normas, evitar os abusos e as decisões políticas que ultrapassassem os limites estabelecidos nas Constituições¹³⁴.

Na Europa, as principais Cortes Constitucionais são a da Áustria, Alemanha, Itália, França, Espanha, Portugal e Bélgica. O modelo de controle de constitucionalidade que elas seguem é o europeu, de controle concentrado preventivo e repressivo, de ordinário¹³⁵.

A primeira Corte Constitucional europeia foi a da Tchecoslováquia (20.02.1920), seguida da austríaca (1º.10.1920).

Na América Latina, há um modelo concentrado e difuso, considerado um modelo sul-americano. No Peru há um autêntico Tribunal Constitucional, ao passo que, no Chile, apesar de denominado Corte Constitucional, tem-se uma figura mais próxima de corte suprema¹³⁶.

¹³³ (FAVOREU, 2004, p. 15.)

¹³⁴ “Assim como na Áustria, as Cortes da Itália, Alemanha, França, Portugal, Espanha, Bélgica também só foram restabelecidas após 1948, algumas só apresentando sua forma atual após a década de 70, Já na Europa do Leste – exceto na Polônia –, as Cortes Constitucionais só foram instaladas após 1989, com a queda do regime soviético”. (FAVOREU, 2004, p. 10).

¹³⁵ (FAVOREU, 2004, p. 9.)

¹³⁶ Ibidem. p. 10.

Um dos escopos das cortes constitucionais é regulamentar a esfera política, para que esta jamais possa voltar a cometer as atrocidades dos regimes nazifacistas¹³⁷. É se destacar que a evolução histórico-social exigiu mais das cortes. De uma função inicial de controlar as condutas excessivas dos poderes Legislativo e Executivo, passou a própria sociedade a exigir delas uma conduta comissiva, no sentido de efetivar princípios constitucionais e direitos da população órfã e desassistida, ante a imensa gama de direitos positivados e não cumpridos.

9.3 Características e composição

Javier Perez Royo comenta que, na maior parte dos países com tradição democrática na Europa, como Inglaterra, Suíça e países nórdicos em geral, não existe um sistema de controle de constitucionalidade, porque eles têm longa tradição democrática e deixam ao Legislativo a função de interpretar a Constituição. Já nos países nos quais o Parlamento legitimou a formação de regimes ditatoriais, resolveu-se entregar a interpretação da Constituição a um órgão diferente dos demais poderes constituídos, surgindo assim os tribunais constitucionais¹³⁸. Trata-se de um instrumento de fiscalização da vontade da maioria da população.

Os tribunais constitucionais têm a função de equilíbrio da dinâmica institucional dos poderes e são estruturados de forma independente deles, como órgão constitucional. A independência dos membros é garantia de bom desempenho de suas funções, mesmo em face da indicação política, de acordo com o sistema de escolha dos respectivos membros – normalmente indicação do Legislativo ou do Executivo¹³⁹.

¹³⁷ AGRA, 2005. p. 55.

¹³⁸ Ibidem. p. 56-57.

¹³⁹ “Em razão de esses tribunais desempenharem um relevante papel institucional, constituindo-se em intérpretes máximos da Constituição, a independência funcional que caracteriza sua atuação não pode ser considerada absoluta. Uma das formas de impedir a formação de uma casta que se torne alheia aos problemas sociais é democratizar a escolha de seus membros, de forma que os poderes estabelecidos possam dela participar, o que legitima a sua composição. Portanto, a independência referida é funcional, já que na formação de sua composição vigora o princípio da coordenação, em que os outros órgãos escolhem os membros do tribunal constitucional, inter-relacionando esse órgão com os demais componentes da seara estatal. Ele é dependente no momento de sua composição, mas independente do desenvolvimento de sua atuação, devendo anular as normas que afrontem a Carta Magna.

Os Tribunais Constitucionais, com a peculiaridade de seu sistema de controle de constitucionalidade concentrado, não pertencem ao Poder Judiciário, nem muito menos ao Executivo; é um órgão que foge da conceituação típica dos três poderes. Seus magistrados não fazem parte do Judiciário, nem sua regulamentação constitucional é realizada conjuntamente com ele. O que não quer dizer que seus membros não possuam todas as prerrogativas que detêm os outros poderes e que seus juízes não tenham o mesmo status, a mesma imunidade e os mesmos privilégios dos membros do parlamento”. (AGRA, 2005, p. 57).

De regra, as cortes constitucionais são implantadas em Estados parlamentaristas. A forma de composição do tribunal constitucional é por escolha política do Executivo ou do Legislativo. A seleção é do Executivo, de ordinário, sob o aval do Legislativo, que deve aprová-la, o que funciona até mesmo para aumentar a legitimidade dos membros.

Walber de Moura Agra pondera que a escolha dos membros pelos poderes estabelecidos e o mandato funcionam como barreira para que os tribunais constitucionais funcionem como um *superpoder*¹⁴⁰.

A pluralidade é uma nota distintiva e significa que a composição deve ser o máximo plural possível, ou seja, a escolha deve contar com uma variedade de segmentos sociais, como juízes, professores universitários, promotores. De ordinário, fixa-se o mandato para o exercício das funções, de nove a quatorze anos. A reeleição, de regra, é proibida, como ocorre na Alemanha, Itália, Portugal e Espanha. A finalidade é evitar que os juízes sujeitem-se à vontade política para a renovação dos mandatos¹⁴¹. As cortes europeias têm de 9 (nove) a 15 (quinze) membros.

Nos países com corte constitucional, de regra, os juízes ordinários não podem declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, tampouco controlar a constitucionalidade exercida pelos juízes do tribunal constitucional.

¹⁴⁰ (AGRA, 2005, p. 60-61.)

¹⁴¹ (AGRA, 2005, p. 59.)

10 O “LEGISLADOR NEGATIVO” E O “LEGISLADOR POSITIVO”

O nascimento da justiça constitucional como “legislador especializado” remonta à Kelsen que, em 1920, qualificou o controle de constitucionalidade como legislação negativa. Segundo ele, a corte constitucional, como guardiã da constituição, atua como *legislador negativo*, retirando do cenário jurídico normas que não se coadunam com a Lei Maior, que se situava na “base” normativa¹⁴².

O mestre de Viena centrava-se na dicotomia produção da norma (elaboração) e anulação das leis. O legislador produz a norma e a corte constitucional elimina aquelas inconstitucionais, ou seja, em sentido inverso à produção jurídica legislativa. De suas lições, ao pontuar a diferença entre um tribunal constitucional e um tribunal “comum”, afirma que:

Do ponto de vista teórico, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o actus **contrarius** correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando – como formulei anteriormente – como **legislador negativo**. Porém entre o tipo de função de tal tribunal constitucional e o dos tribunais normais insere-se, com seu poder de controle de leis e decretos, uma forma intermediária muito digna de nota. Pois um tribunal que não aplica no caso concreto uma lei por sua inconstitucionalidade ou um decreto por sua legalidade, elimina uma norma geral e assim atua também como **legislador negativo** (no sentido material da palavra **lex** – lei). Apenas observe-se que a anulação da norma geral é limitada a um caso, não se dando – como na decisão de um tribunal constitucional – de modo total, ou seja, para todos os casos possíveis¹⁴³.

Entretanto, não se pode dizer que Kelsen tinha primazia sobre a ideia porque ela não foi formulada originalmente por ele. Jeremy Bentham, em 1776, no trabalho *A fragment of government*, já havia desenhado a concepção, embora afastando do Judiciário o poder de “rejeitar leis”¹⁴⁴:

No calor do debate talvez devam ser ditas algumas coisas sobre a proposta de transferir a suprema autoridade do Poder Legislativo para o Judiciário. Mas nesse caso cairíamos no exagero oposto. Pois há grande diferença entre a parte positiva e a parte negativa da legislação. Há também grande diferença entre a rejeição justificada de uma lei e sua rejeição sem justificativa. O poder de rejeitar leis mesmo com justificativa é um grande poder, muito grande para juízes. Mas é muito diferente e

¹⁴² (FUX, 2013, p. 175.)

¹⁴³ (KELSEN, 2003, p. 263-264.)

¹⁴⁴ (FUX, 2013, p. 176.)

muito inferior ao poder de criar leis¹⁴⁵.

A inovação introduzida por Kelsen foi utilizar o dogma do “legislador negativo” como fator-limitador da atuação do Judiciário: não pode ultrapassar tal fronteira, sob pena de ferir a separação de poderes, daí a qualificação de “legislador negativo”¹⁴⁶. Na sua concepção, a revogação de uma norma fazia parte da atividade legislativa, ante o estabelecimento de uma nova norma, geral e abstrata, contrária à anterior revogada¹⁴⁷.

No tema, pondera-se que, segundo Dimoulis e Lunardi, Kelsen não quis definir a declaração de inconstitucionalidade como um ato de legislação negativa, mas, sim, um aspecto político e prático, no sentido de que o julgador deve respeitar a seara do legislador. Deve exercer uma função limitadora e impedir a vigência da norma inconstitucional:

Ao se referir ao juiz constitucional como legislador Kelsen não quis retomar a teoria da separação material das funções-poderes, teoria que sempre condenou. Não definiu a declaração de inconstitucionalidade como ato de legislação negativa para indicar a natureza funcional do ato jurídico da declaração de inconstitucionalidade. Kelsen deu ao termo “legislador negativo” um significado **político e prático**, sugerindo que o julgador deve limitar sua interferência no domínio do legislador, deixando de modificar normas vigentes. Pensou que o Judiciário deve exercer uma função de **freio**, impedindo a vigência da lei inconstitucional, tal como ocorre com o veto do Presidente da República.

(...)

Ora, se Kelsen pensou nisso, o termo “legislador negativo” é infeliz. A sua proposta teórica e prática não se relaciona com o conteúdo material (legislativo ou não) do controle judicial de constitucionalidade. Usa um termo impróprio desejando limitar o juiz constitucional que não deveria modificar o conteúdo de normas jurídicas, para não impor sua visão subjetiva sobre o constitucionalmente requerido¹⁴⁸.

A invalidação da norma por inconstitucionalidade deve se dar com moderação, sob pena da configuração de um “Governo de Juizes”, em face da usurpação da competência dos Poderes Legislativo e Executivo pelo Judiciário¹⁴⁹.

Apesar da observação acima, desde a concepção do modelo concentrado-abstrato de constitucionalidade, as cortes constitucionais que o adotaram têm a função nítida de retirar do mundo jurídico normas que não estejam em consonância com o paradigma da constituição.

A carta-mãe irradia as suas diretrizes e seu padrão de validade, sob o manto dos quais as normas infraconstitucionais têm que se ajustar, sob pena de serem extirpadas do mundo jurídico. Como ressalta Canotilho, a constituição é a fonte da produção normativa (*norma*

¹⁴⁵ (BENTHAM, 1776 apud DIMOULIS; LUNARDI; GASPARETT, 2010, p. 168.)

¹⁴⁶ (FUX, 2013, p. 176.)

¹⁴⁷ (DIMOULIS; LUNARDI; GASPARETT, 2010, p. 168.)

¹⁴⁸ DIMOULIS; LUNARDI; GASPARETT, 2010, p. 174.)

¹⁴⁹ (BOCZAR, 2010.)

normarum), porque tem um valor normativo-hierárquico superior (superlegalidade material), que faz dela um parâmetro para os demais atos. Possui ainda a superlegalidade formal, ou seja, é norma primária da produção jurídica¹⁵⁰.

Visando à corte suprema a manutenção das normas, em face da presunção de constitucionalidade, inverte-se seu papel: de “legislador negativo” passa a “legislador positivo”. Na interpretação conforme, ante duas interpretações possíveis da mesma norma, tem ela que escolher uma e evitar a declaração de inconstitucionalidade¹⁵¹.

¹⁵⁰ (CANOTILHO, 2003, p. 884.)

¹⁵¹ (MARTINS, 2008, p. 25.)

11 A RECONSTRUÇÃO DO DOGMA DA SEPARAÇÃO “ABSOLUTA” DOS PODERES

Na concepção tradicional, a separação dos poderes é construção antiga. Platão já idealizava a separação das funções estatais, nas cidades-estados gregas. Aristóteles, na obra “A Política”, idealiza a concepção tripartida, contudo, não com a característica da independência entre si, mas como “atividades de governo”¹⁵².

John Locke, também preconizara a separação das funções estatais, exercidas de forma independente. Entretanto, pregava a proeminência do Legislativo em relação aos demais poderes¹⁵³.

A concepção do juiz liberal – expressão utilizada como paródia ao “liberalismo de Adam Smith” – lastreia-se no “juiz conforme a lei” ou “boca da lei”, no qual este é um mero aplicador da norma, com pouca ou nenhuma atividade interpretativa – uma vez que esta cabe ao legislador. Trata-se do juiz entronado e distante das partes.

Como tudo evolui, houve uma progressão escalonada em três momentos. Nos dois primeiros, o juiz “bouche de la loi”, da Revolução Francesa, deu lugar ao juiz “legislador negativo” de Kelsen, segundo o qual à corte constitucional incumbe a apreciação da validade das normas, no papel de fiscal da constituição e, acaso estejam em dissonância com o ápice da escala piramidal-vertical de validade elaborada pelo mestre de Viena, devem ser expungidas do ordenamento jurídico, via atividade de controle de constitucionalidade, realizado pela corte constitucional.

O passar do tempo, entretanto, provocará outra reviravolta no modelo estatal e no modelo judicial. A Revolução Industrial ocasionou êxodo urbano, inchaço populacional nos centros urbanos e uma massa de trabalhadores sem direitos previdenciários ou trabalhistas. Tais fatores levaram à falência o Estado Liberal. Exigia-se um modelo de um Estado menos absenteísta e mais presente na vida do cidadão.

Surge o Estado Social, ou do Bem Estar Social, com atuação mais intensa na vida do cidadão. Garantiram-se inúmeros direitos sociais: trabalhistas, previdenciários, v.g.. Nascem

¹⁵² (TEMER, 1993, p. 113.)

¹⁵³ Segundo Locke, as funções estatais eram entregues a órgãos independentes, mas com preponderância do Poder Legislativo. Segundo ele, são órgãos estatais: a) *poder federativo*, ao qual cabia tudo o que dissesse respeito às relações exteriores do Estado; b) *poder legislativo*, editor de leis com o principal objetivo de especificar a forma pela qual o Estado protegeria seus integrantes; c) *poder executivo*, que executava o disposto na lei, no interior do Estado. (TEMER, 1993, p. 113-114).

as constituições “sociais”, das quais a de Weimar, da Alemanha (1919), é a emblemática, mas antes dela outras surgiram com as mesmas características como a Mexicana (1917) e a Russa (1918). Tais constituições caracterizaram-se por serem mais analíticas e positivarem direitos.

Esses fatores determinam a necessidade de mudança de paradigmas. No terceiro momento, surge um juiz menos isolado e mais proativo, necessário para a garantia dos direitos gravados nas cartas magnas. Estruturas como a separação dos poderes, a inércia, a imparcialidade absoluta e o dogma do legislador negativo necessitaram ser revisitados, sob pena de permanecerem todos meramente formais, justificados como simples figuras emblemáticas. O dogma do “legislador negativo” de Kelsen, nesse contexto, também ficou ultrapassado.

Desde o fim do século passado, reconheceu-se que estava ultrapassado o princípio da separação rígida de poderes e tanto os tribunais como a doutrina foram admitindo, progressivamente, que os textos legais deviam sofrer o tratamento construtivo do magistrado, cabendo-lhe a difícil tarefa de adaptar as normas e os princípios às novas condições fáticas não previstas inicialmente pelo legislador¹⁵⁴.

A situação retratada acima é a mesma do Brasil pós-constituição de 1988. No âmbito interno, a justiça constitucional exponencializou-se e sofreu uma mutação qualificativa, com forte influência do direito americano, italiano e tedesco: nasceram institutos para fazer face à missão de concretização dos valores, princípios e direitos das cartas constitucionais¹⁵⁵: interpretação conforme, nulidade parcial com e sem redução de texto, sentenças aditivas, *v.g.*

Embora não seja adequado mencionar um governo de juízes, a evolução da sociedade ditou ao Judiciário a necessária criação de novas técnicas aptas a resolver novos conflitos¹⁵⁶.

¹⁵⁴ (WALD, 2010. p. 40.)

¹⁵⁵ (FUX, 2013, p. 174.)

¹⁵⁶ (WALD, 2010. p. 41.)

12 O STF E A SUPERAÇÃO DO DOGMA DO “LEGISLADOR NEGATIVO”

12.1 Os juízes, o judiciário e a necessidade de transformação

O mundo em transformação não mais admite um Judiciário estático, ultrapassado e obsoleto. A redemocratização e o novo papel do Judiciário, redesenhado pós-Constituição de 1988, exigiram uma reestruturação de normas, tecnologias, equipamentos e, principalmente, de cabeças¹⁵⁷.

Assim, a partir da Emenda Constitucional n. 45, consolidou-se um movimento para dar às decisões judiciais a necessária eficiência, numa sociedade na qual o tempo dos tribunais não pode ser descasado do ritmo dos negócios e das necessidades coletivas e individuais. O Poder Judiciário aproximou-se, cada vez mais, da Sociedade Civil, para garantir os julgamentos em prazos razoáveis. Compreendeu-se que, sendo o século XXI caracterizado pela velocidade, pela mudança e pela urgência de soluções, os magistrados deveriam conciliar as suas visões tradicionais com os imperativos do mundo no qual possamos viver¹⁵⁸.

À época em que o Judiciário, com forte na Suprema Corte, restringia-se à tutela dos direitos individuais e à atuação no cenário administrativo-tributário, penal-processual penal, o fazia com maestria. Contudo, a passagem do Estado Liberal para o Social e, deste, para o Democrático de Direito, exigiu um novo modelo de Judiciário: menos corte recursal e mais corte constitucional, uma feição mais proativa e constitutiva. O confronto com o Legislativo e o Executivo tornou-se inevitável.

A multiplicidade de direitos, a escassez de orçamentos e as ações movidas contra o Poder Público forçaram o Judiciário ao ingresso em seara alheia, através de função atípica: antes, de força contida e tímida, fortaleceu-se em progressão geométrica o ativismo judicial, que passou a ser o assunto do dia na pauta dos operadores do direito. No Brasil também não foi diferente e nasceram novos termos (em verdade importados de outros modelos, em sua maioria): interpretação conforme, nulidade parcial sem redução de texto, ativismo judicial, *amicus curiae*, *overruling*. Enfim, exponencializou-se o papel da Corte Suprema¹⁵⁹ e o artigo 27 da Lei 9868/99 é um claro exemplo da mutação das atividades do STF.

A mera possibilidade, reconhecida ao Tribunal Constitucional, de modular (dosar) a eficácia temporal de suas decisões (de reconhecimento da inconstitucionalidade), determinando o destino de leis já aprovadas, significa superar uma atuação

¹⁵⁷ (FUX, 2013, p. 177.)

¹⁵⁸ (WALD, 2010.)

¹⁵⁹ (FUX, 2013, p. 177.)

tipicamente legislativo-negativa. A faculdade conferida ao Tribunal de restringir os efeitos da decisão, ao poder se basear em considerações de interesse público, transmuda-se em função de caráter acentuadamente político (ANDRADE, 1995, p. 79), embora isto não seja suficiente para revelar uma conotação legislativa.

A eficácia (força) prospectiva permite resolver relações jurídicas de maneira abstrata, tal como o legislador, porque inova a ordem jurídica em relação ao regime anterior, que permanece em seus efeitos já produzidos. Para Enterría, essa jurisprudência com força apenas prospectiva “pone al Tribunal Constitucional casi em el papel del legislador, que innova el Derecho pro futuro” (GARCIA DE ENTERRÍA, 1983, p. 181).

Isto significou, na doutrina constitucional, verdadeiro rompimento com o dogma da nulidade da lei e retroatividade dos efeitos dessa declaração, tese tradicionalmente aceita (CAPPELLETTI, 1971, p. 90)¹⁶⁰.

Desse modo, a realidade impôs a reconstrução de conceitos e a superação de outros. Não se trata de um mero capricho acadêmico,

mas uma imposição decorrente da evolução ocorrida na realidade (inclusive normativo-constitucional, mas também jurisprudencial) da Justiça Constitucional. Impõe-se a tarefa doutrinária de aprimorar conceitos, institutos e a própria teoria subjacente à atuação cada vez mais sensível da Justiça Constitucional. A manutenção de uma teoria de separação rigorosa entre “poderes” servirá apenas para mascarar uma realidade totalmente diversa, formando-se uma teoria desajustada e incompleta em sua função de oferecer respostas adequadas às dificuldades emergentes do modelo¹⁶¹.

O Judiciário deve ter uma postura mais ativa na concretização dos direitos fundamentais, não obstante as alegações de usurpação de poderes, uso desmedido do ativismo, discricionariedade judicial – aquela induz a subjetivismos –, desrespeito à vontade do legislador, quando esta vai ao encontro da vontade da maioria, ataques dos outros Poderes. Os ataques ocorrem em face de suas novas funções, exercidas em decorrência do constitucionalismo moderno.

O juiz liberal deve ceder espaço ao juiz concretizador da vontade constitucional. O legislador negativo deve dar lugar ao legislador positivo. O mito de Kelsen, tão adequado à situação fático-histórica do período deve abrir passagem ao “legislador positivo”. Contudo, mesmo neste caso, há de haver limites e ponderações, para que não haja a usurpação de poderes. A reconstrução de figuras seculares não pode ser revolucionária, mas tem que ser pensada e repensada. Os operadores devem ter a qualificação que se exige para tal tarefa reconstrutiva, sob pena de tornarem o remédio um veneno e de pecarem por excesso¹⁶².

¹⁶⁰ (TAVARES, 2010, p. 119.)

¹⁶¹ (TAVARES, 2010, p. 124.)

¹⁶² (FUX, 2013, p. 177.)

É necessária boa compreensão das novas técnicas, porque não se trata de uma atuação totalmente livre na seara da Justiça Constitucional, transformando-se o jurídico em política¹⁶³.

José Alfredo de Oliveira Baracho dá a ideia da necessidade de se encontrar uma “justa medida” de forma a dar à jurisdição constitucional a sua importância devida e a não criar um desprestígio para o legislador.

Destacam-se, também, as sentenças manipulativas, redutoras, aditivas e substitutivas. As análises em torno das sentenças constitucionais são de grande importância para uma reformulação da jurisprudência constitucional, inclusive, no que diz respeito ao conceito de omissão constitucional, para que possamos dar à jurisdição constitucional o papel que deverá ter nos dias atuais, sem que opere um desprestígio para o Poder Legislativo. Convém conciliar a natureza das sentenças constitucionais e a importância de seu significado, que para alguns compõem uma espécie de “direito vivo”, que acompanha as transformações do Direito Constitucional contemporâneo¹⁶⁴.

12.2 Posicionamentos do STF

Em posicionamento relativamente recente, entendia o STF que a sua atuação deveria se dar como legislador negativo, sob o argumento de que o controle da constitucionalidade não atribui ao Poder Judiciário a atuação como legislador positivo. Sua função é meramente a de preservar a integridade jurídica da ordem constitucional vigente. A ação direta é um instrumento formal viabilizador do controle abstrato na defesa objetiva da Constituição e de preservação da ordem normativa nela consubstanciada; tal atuação, no controle abstrato, significava sua atuação como verdadeiro legislador negativo¹⁶⁵. Com efeito, excerto do RE 370.590/RJ ilustra a questão:

Como se sabe, o controle normativo abstrato qualifica-se como instrumento de preservação da integridade jurídica da ordem constitucional vigente. A ação direta, enquanto instrumento formal viabilizador do controle abstrato, traduz um dos mecanismos mais expressivos de defesa objetiva da Constituição e de preservação da ordem normativa nela consubstanciada. A ação direta, por isso mesmo, representa meio de ativação da jurisdição constitucional concentrada, que enseja, ao Supremo Tribunal Federal, o desempenho de típica função política ou de governo, no processo de verificação, em abstrato, da compatibilidade vertical de normas estatais contestadas em face da Constituição da República. O controle concentrado de constitucionalidade, por isso mesmo, transforma o Supremo Tribunal Federal em

¹⁶³

É preciso assimilar esta premissa para bem compreender essas técnicas, sem que isto importe em reconhecer uma área de atuação totalmente livre para a Justiça Constitucional, quer dizer, ainda que se pretenda falar de “legislador positivo”, não se deve pretender, com isso, tomar a função como exclusivamente política, de mero juízo de conveniência e oportunidade nas decisões assim proferidas. (TAVARES, 2010, p. 120).

¹⁶⁴ (BARACHO, 2008, p. 317.)

¹⁶⁵ (FUX, 2013, p. 178.)

verdadeiro legislador negativo. (Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2.062/DF, de 11/03/2004).

Essa é já tradicional jurisprudência do Supremo (v.g., Representação n. 1.451-7-DF (RTJ 127/789-808): “A jurisprudência desta corte é firme no entendimento de que, por via de declaração de inconstitucionalidade de parte da lei, não pode ela alterar o sentido inequívoco desta, o que implicaria, em última análise, criar lei nova, por diversa, em seu sentido, da existente. Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo, não, porém, como legislador positivo”¹⁶⁶).

Um dos pontos fundamentais destacados pelos originalistas, ou pelos cultores da teoria declaratória, é o de que ao STF falta legitimidade para praticar a atividade legislativa, reservada aos que exercem cargos eletivos – escolhidos como verdadeiros representantes do povo¹⁶⁷.

Entretanto, já se disse que houve uma mudança no viés, ocasionada por vários fatores, como a positivação de direitos não garantidos, a explosão de demandas e a ausência de normas.

Ao analisar a criação jurisprudencial do direito, Lenio Streck pondera que “a morte tradicional da tese da separação de poderes implica, a toda evidência, o abandono da tese do juiz como o ‘exegeta-boca-da-lei’ e dos tribunais constitucionais como legisladores negativos”¹⁶⁸.

A inércia do legislador ocasiona um vácuo legislativo. Em casos difíceis (*hard cases*), o legislador se abstém de julgar, como, v.g., nos casos da greve dos servidores públicos, Mira Estrela, fidelidade partidária, aborto de anencéfalos e reconhecimento de união estável de homossexuais. Em tais casos, o Judiciário, e com mais proeminência, a Suprema Corte, é chamada a se manifestar, e tem que fazê-lo, sob pena do *non liquet*. Ao contrário da Corte Norte-Americana, que se pode abster de julgar, quando entende que a sociedade ainda não está amadurecida para a decisão, a Brasileira tem que decidir¹⁶⁹.

Entrincheiramento constitucional de direitos é a utilização da estratégia de transferência de poderes, por parte do Legislativo e do Executivo, ao Judiciário, indiretamente, para a resolução de temas controvertidos que, se analisados por eles, reduziriam seus bônus eleitorais ou políticos¹⁷⁰. Os ônus eleitorais justificam situações de letargia em questões sociais polêmicas, em alguns casos de até vinte anos, como o direito de

¹⁶⁶ Recurso Extraordinário n. 370.590/RJ, de 21/09/2005.

¹⁶⁷ (MARTINS, 2008, p. 25.)

¹⁶⁸ (STRECK, 2004, p. 596-597.)

¹⁶⁹ (FUX, 2013, p. 178.)

¹⁷⁰ *Ibidem*. p. 178.

greve dos servidores públicos, recentemente “regulamentado” pelo STF, a reforma política dentre outros já citados.

A judicialização de questões sociais polêmicas pode reduzir os custos (eleitorais ou de apoio político) de uma decisão controvertida ou, ainda, obstaculizar a abertura de um debate sobre políticas públicas ou reformas políticas à participação da sociedade, por exemplo¹⁷¹.

Principalmente após a segunda geração dos direitos fundamentais, a exigência social se dimensionou exigindo, em contrapartida, um aumento da produção legislativa. Legislativo e Executivo – este via medidas provisórias utilizadas de forma distorcida e exagerada, como uma panaceia para todos os males – se revezam em tal atividade¹⁷².

Por consequência, a hipertrofia legiferante, apesar de não resolver os problemas da sociedade brasileira, acaba por sobrecarregar a atuação da Corte Constitucional, porque se torna frequente o número de diplomas eivados de inconstitucionalidade, e não menos frequente o acesso à Corte Excelsa, tanto na via abstrata – ocasião em que o STF atua tanto na função de corte constitucional –, quanto na via difusa – quando atua como corte recursal¹⁷³ de maneira mais direta, mas também pode expandir a inconstitucionalidade/constitucionalidade declarada no âmbito dos recursos extraordinários via abstrativização do controle difuso.

A expansão da jurisdição constitucional para outras áreas a fortalece. Acresça-se a isso os conceitos indeterminados e a excessiva imprecisão impregnada no texto da Constituição que eleva “o grau de liberdade e de criatividade dos órgãos incumbidos de fazer cumprir seus ditames”.¹⁷⁴ Demais disso, a crescente participação de novos atores sociais e políticos vai construindo um ambiente de legitimação política assemelhado ao processo legislativo.

A expansão institucional da jurisdição constitucional e a sua conseqüente politização são realidades incontestáveis dos sistemas políticos atuais. A autoridade de suas decisões perante os demais poderes e a sociedade atrai por essa razão, a apreensão de organizações não governamentais, partidos políticos, sindicatos e especialistas no sentido de tomarem parte nos processos que ocorrem perante os órgãos de jurisdição constitucional. O direito processual adotado vem, assim, admitindo cada vez mais a participação dos atores sociais e políticos dos mais diversos matizes nas questões suscitadas em sede de controle de constitucionalidade. Aos poucos, constrói-se um ambiente de legitimação política de algum modo semelhante ao processo legislativo. Politizam-se as práticas e os procedimentos. A abertura do processo constitucional atual é, segundo Häberle, exatamente onde o Parlamento falhou¹⁷⁵.

¹⁷¹ (VALLE, 2009, p. 35.)

¹⁷² (FUX, 2013, p. 179.)

¹⁷³ Ibidem. p. 179.

¹⁷⁴ (LEAL, 2006, p. 78-79.)

¹⁷⁵ Ibidem. p. 100-101.

Em face de tal situação, atua o Supremo Tribunal Federal, na função supressora da lacuna normativa, com o fito de ceifar a inconstitucionalidade. Ele é praticamente impulsionado a isso, pela inação dos poderes Legislativo e Executivo e pela provocação via controle difuso ou concentrado. Ademais, a última possibilidade de o cidadão ver a proteção efetiva dos seus direitos é pela atuação do Judiciário, que é o último bastião do cidadão¹⁷⁶.

Exemplos do mencionado acima são: a *fidelidade partidária*¹⁷⁷, a súmula vinculante n. 10 que dispõe sobre a utilização de algemas¹⁷⁸, bem como a de n. 13, que veda o nepotismo no âmbito dos três Poderes.¹⁷⁹ No caso da fidelidade partidária, trata-se da abstrativização do controle difuso, pois via controle difuso (julgamento do RE 197.917, que versava sobre o número de vereadores em Mira Estrela, cidade do interior de São Paulo) espalhou-se a decisão aos quatro cantos do País, culminando com a edição de Resolução do TSE para disciplinar o tema que, posteriormente, também foi declarada constitucional pelo STF.

12.3 A substituição na norma do judiciário pela do legislador

A atuação da Corte Constitucional no mister positivo tem boas consequências, como forçar o Poder Legislativo à edição de norma, em relação à qual havia o vácuo legislativo, como o que se deu no caso Mira Estrela, que forçou o legislador a inserir o artigo 29-A, na CRFB/88.

O ativismo do STF não obsta ao Poder Legislativo a edição de norma, com o escopo de substituir a atuação da Corte Constitucional no papel de legislador positivo. Acaso estiver em consonância com o entendimento da Corte Suprema, *v. g.* as súmulas vinculantes n. 10 e 13 acabariam por “perder o objeto”. Dessa maneira, se a atuação do Legislativo estiver – via edição de lei - em consonância com a da Corte Constitucional, a situação de atuação atípica

¹⁷⁶ (FUX, 2013, p. 180.)

¹⁷⁷. via Resolução nº 22.610¹⁷⁷, de 25.10.2007, do Tribunal Superior Eleitoral. Mandado de Segurança ns. 26.602, 26.603 e 26.604 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3999, pendente de julgamento, todos do Supremo Tribunal Federal.

¹⁷⁸. Súmula vinculante n. 10. “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

¹⁷⁹. Súmula vinculante n. 13. “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”.

do Poder Judiciário cessa, e o ato judicial atípico é substituído pela edição do ato normativo – função típica do Poder Legislativo.

Entende-se aqui que o legislador deve ficar obrigado à decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade da norma, e a atuação que vá de encontro a ela configura a recalcitrância legislativa. Nesse aspecto, discorda-se aqui de Blanco de Moraes que considera que o efeito vinculante não obriga o legislador, que pode produzir leis que reiterem normas já julgadas inconstitucionais no sentido interpretativo selado pelo efeito vinculante¹⁸⁰.

A recalcitrância legislativa ocorre por força do Poder Legislativo, ao refutar a atuação de seu intérprete máximo. Tem o condão de ofender o princípio da supremacia da Constituição e, por correlato, o Estado de Direito, porque cabe à Corte Constitucional Brasileira a função de dar a última palavra acerca da Constituição.

Se isso ocorrer, e o Poder Legislativo editar ato que vá de encontro à decisão do Pretório Excelso, “conserva-se o estado normativo de inconstitucionalidade mediante a edição de novo instrumento legislativo”. Apesar disso, a declaração da invalidade do diploma depende da arguição da inconstitucionalidade da norma¹⁸¹.

¹⁸⁰ (MORAIS, 2011, p. 287.)

¹⁸¹. “Contrariar a interpretação firmada por tais órgãos é, em última análise, descumprir a Constituição, pois a eles cabe, por indelegável atribuição constitucional, dar a última palavra sobre a constitucionalidade das leis e dos demais atos dos poderes públicos em geral. Inverte a lógica constitucional pretender suportar interpretação diversa da conferida pelo ‘intérprete máximo da Constituição...’

A instituição de canais de diálogo entre a jurisdição constitucional e os demais órgãos e poderes estatais, de modo a permitir a necessária oxigenação da jurisprudência constitucional, não é justificativa plausível para que se dê lugar a um estado de controvérsia política permanente, minando o prestígio da jurisdição constitucional e da Constituição, bem como a segurança e a estabilidade indispensáveis às relações interpessoais e, principalmente, interpoderes”. (LEAL, 2006, p. 104.).

13 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA?

13.1 O Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal foi criado em 1890, logo após a Proclamação da República, via Decreto 510, 22.06.1890. Contudo, foi o Decreto 848, de 11.10.1890, que transformou o Supremo Tribunal de Justiça, na nomenclatura que tem atualmente: Supremo Tribunal Federal.

Nasceu inspirado na Suprema Corte Norte-Americana, por influência de Rui Barbosa, com o controle difuso de constitucionalidade das leis (art. 59, § 1º, “b”, Constituição de 1891), composto de 15 (quinze ministros).

Entretanto, seria não fazer jus à história, deixar de remontar ao Imperador Pedro II, a perspicácia de visualizar a influência da Constituição Norte-Americana no Brasil. No mínimo, deve-se reconhecer que a tendência era comum entre os estudiosos à época. Acresça-se a isso, que buscava “modernizar” a Carta Magna, já antevendo os dias ruins que poderiam vir. Objetivava o Imperador transferir as funções do Poder Moderador à nova Corte Brasileira a ser criada:

Em julho de 1889, indo Salvador de Mendonça, acompanhado de Lafayette Rodrigues Pereira, despedir-se de D. Pedro II, a fim de cumprir missão oficial nos Estados Unidos, ouviu do Imperador as seguintes palavras: “Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição Norte-Americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem toda a atenção a este ponto”.

Quatro meses depois o Imperador era deposto, mas essa sua idéia parecia estar na consciência de outros. Proclamada a República, a Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891, copiando em grande parte o sistema americano de governo, copiou também em certos pontos a Corte Suprema dos Estados Unidos e outorgou expressamente ao Supremo Tribunal Federal o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis. Este poder fora, na República do Norte, conquistado para a Corte Suprema através da interpretação judicial, a partir do célebre caso *Marbury v. Madison* (1803)¹⁸².

Foi um grande passo, pois a Constituição Imperial de 1824, inspirada na Revolução Francesa, legava ao Legislativo a tarefa de controle de constitucionalidade das leis. A

¹⁸² (RODRIGUES, 1991b, p. 1.)

propósito, na exposição de motivos do Decreto 848, de 11.10.1890, assim ponderou Campos Sales, Ministro da Justiça:

A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela parecer conforme ou contrária à lei orgânica... Aí está posta a profunda diversidade de índole, que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regímen decaído, e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto, na elevada esfera de sua atividade, para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos do cidadão... Ao influxo da sua real soberania se desfazem os erros legislativos, e são entregues à severidade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo¹⁸³.

Nasce o controle de constitucionalidade no Brasil, nos moldes do controle difuso americano. Posteriormente, a Constituição de 1934 previu a inconstitucionalidade interventiva, gérmen do controle abstrato de constitucionalidade.

Notadamente a Constituição de 1988, ao criar o Superior Tribunal de Justiça, guardou a proeminência do STF, com funções de Corte Constitucional, fato que se reforçou com a criação da ação declaratória de constitucionalidade via Emenda Constitucional 03/93, uma nova ação de controle de constitucionalidade. O controle abstrato de constitucionalidade foi reforçado em detrimento do controle concreto-difuso.

As cortes constitucionais têm por função a manutenção da higidez constitucional, da integridade da constituição de um país.

13.2 O Tribunal Constitucional

Um tribunal constitucional, cuja missão precípua é invalidar as leis que não guardem parametricidade com a constituição, não se confunde com um tribunal de última instância, porque o tribunal constitucional é um poder autônomo: deve ser independente dos demais poderes do Estado e dissociado da magistratura ordinária. Entretanto, nada impede que uma corte suprema exerça as funções de um tribunal constitucional.

Segundo Favoreu, não há confundir uma corte constitucional com uma corte suprema, porque, apesar de ambas terem jurisdições constitucionais, a primeira deve ter por função exclusiva o contencioso constitucional e estar figurada fora do esquema tripartite de poderes, ou seja, à parte dos poderes constituídos. Assim, enquanto a corte suprema ocupa o ápice de

¹⁸³ (RODRIGUES, 1991b, p. 2.)

um edifício jurisdicional, a segunda está localizada fora de todo o aparelho jurisdicional¹⁸⁴.

Entretanto, na distinção entre ambas, Hans Kelsen observou que o exercício por parte primeiro de funções jurisdicionais, “além do controle da constitucionalidade das leis, não descaracteriza o modelo. Nesse desiderato, pode ser oportuno, eventualmente, fazer do Tribunal Constitucional uma alta corte de justiça”¹⁸⁵. Na verdade o que é importante “para a configuração do modelo de tribunal constitucional é que o controle de constitucionalidade das leis constitua competência exclusiva da Corte, ainda que a esta sejam incumbidas outras funções de natureza distinta”¹⁸⁶.

Não obstante, há posicionamento que discorda de que o Supremo Tribunal Federal seja classificado como tribunal constitucional, em face de suas características, notadamente porque exerce funções da jurisdição ordinária¹⁸⁷. De acordo com essa concepção, o fato de o tribunal constitucional exercer outras funções, como de órgão recursal, o descaracteriza, mesmo que mantenha como função precípua a do controle de constitucionalidade das normas¹⁸⁸.

13.3 A exponencialização do papel de Corte Suprema no controle de constitucionalidade

O Supremo Tribunal Federal é um misto de corte recursal e constitucional. A par de exercer o controle abstrato de constitucionalidade, também aprecia os recursos extraordinários, além de outras atribuições constitucionais (art. 102, CRFB/88).

Analisando melhor o tema, pelo fato de o sistema brasileiro admitir o controle difuso de constitucionalidade, não se pode dizer que a Suprema Corte seja uma legítima Corte Constitucional, na exata acepção do termo – órgão autônomo e distinto dos demais poderes do Estado.

O sistema brasileiro é um misto de controle americano-difuso e europeu-concentrado.

¹⁸⁴ (FAVOREU, 2004, p. 15-29.)

¹⁸⁵ (LEAL, 2006, p. 60-62.)

¹⁸⁶ (LEAL, 2006, p. 60-62.)

¹⁸⁷ (AGRA, 2005, p. 65.)

¹⁸⁸ “Não raro, Tribunais Constitucionais, além do controle abstrato da constitucionalidade das leis, admitem apreciar atos concretos, tais como regulamentos administrativos e decisões judiciais proferidas pelos demais órgãos judicantes ... A ampliação do objeto de controle a ser efetuado pelo Tribunal apanhando, inclusive, atos normativos de caráter secundário, não tem o condão de alterar o modelo adotado. A tarefa precípua do Tribunal Constitucional – e que o caracteriza enquanto tal – centra-se no controle da regularidade constitucional das leis e atos normativos a ela equiparados.” (LEAL, 2006, p. 60-62.).

Entretanto, devemos observar o fato de que o STF tem primazia¹⁸⁹ sobre o controle de constitucionalidade de normas em nível abstrato, inclusive com as características *erga omnes*, efeito vinculante –, o que aproxima a Corte Suprema Brasileira de um tribunal constitucional, mas com características próprias.

Todavia, na hipótese de proceder a uma análise e verificar os requisitos, ver-se-á que não se pode nominá-lo como um tribunal constitucional, porque ele não tem a atribuição exclusiva de controle de constitucionalidade, além do que é vinculado ao Poder Judiciário. Dentre as características dos tribunais constitucionais, está o fato de exercerem justamente, de forma exclusiva, o controle de constitucionalidade em nível abstrato, além de serem órgãos à parte dos demais órgãos estatais, o que explica por que o padrão brasileiro não é o europeu, mas aproxima-se do norte-americano, de estrutura presidencialista e tripartite de governo.

¹⁸⁹ Observa-se que os tribunais estaduais brasileiros também exercem o controle de constitucionalidade em nível abstrato no que se refere à legislação estadual e municipal, tendo por parâmetro a Constituição Estadual.

**AS DECISÕES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS E
SEUS EFEITOS**

14 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O objeto deste estudo constitui-se das sentenças aditivas. Entende-se prudente não ingressar de inopino nesse ramo da jurisdição constitucional sem tecer considerações – *en passant* – acerca do controle de constitucionalidade.

Notadamente as sentenças¹⁹⁰ proferidas na jurisdição constitucional abstrata, ou seja, pelos Tribunais Constitucionais ou Supremas Cortes, seguem o padrão europeu ou austríaco, com algumas variantes.

Sabemos que no Brasil temos ambos os controles o difuso-concreto e o abstrato-concentrado. Não obstante a importância do controle difuso, principalmente face à chamada “objetivização do controle difuso”, destaca-se o controle abstrato com suas ações – Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

É importante consignar que a ideia de processo constitucional está umbilicalmente ligada à de democracia. Conforme observa Luiz Fux, o Poder Judiciário deve decidir, sempre que possível, em conformidade com as vozes sociais, conferindo legitimação democrática às suas decisões, “notadamente nos processos objetivos nos quais são debatidas e resolvidas questões atinentes aos valores de uma sociedade, como, por exemplo, a descriminalização do aborto de feto anencefálico e a marcha da maconha”¹⁹¹.

Neste sentido, o Ministro Fux, quando da análise da ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade¹⁹², pondera acerca do constitucionalismo democrático: o *backlash* que,

¹⁹⁰ Antes de tudo, é necessário pontuar o que é sentença, posto que os atos exarados pelas Cortes Supremas, *stricto sensu*, não podem assim ser denominados.

Sentença é um ato estatal jurisdicional – pressupõe a existência de órgãos de jurisdição. Tecnicamente é o ato principal proferido pelo juiz, com foco no processo de conhecimento. É sem resolução do mérito, quando não analisa o cerne do pedido. Já o é de mérito quando isso o faz. Já acórdão são os julgados proferidos pelos órgãos colegiados.

Por sua vez, decisão é um ato judicial que resolve uma questão incidente e causa gravame a uma das partes, ponto nodal que a diferencia dos despachos.

Consigna-se que, para o efeito do presente estudo, serão utilizados, de forma indistinta, mas com o mesmo significado, os termos sentença ou decisão, com o significado equivalente ao ato judicial dos órgãos colegiados – no caso dos Tribunais Constitucionais ou Ordinários – ou mesmo o ato dos juízes monocráticos. Isto porque o foco central da controvérsia é a jurisdição constitucional, em uma de suas vertentes: o controle judicial de constitucionalidade das normas.

¹⁹¹ (FUX, 2013, p. 12.).

¹⁹² JULGAMENTO da ADC 29, voto do Ministro Luiz Fux, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADC_29ADC_30ADI_4578.pdf> Acesso

conforme Robert Post e Reva Siegel, traduz “um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos”¹⁹³. Na concepção do constitucionalismo democrático, que se lastreia no *sentimento constitucional* (Pablo Lucas Verdú), a Corte Constitucional deve estar atenta à divergência e à contestação que exurgem do contexto social quanto às suas decisões.

No ângulo do processo constitucional, a democracia pressupõe uma participação popular por meio do processo¹⁹⁴, o que justifica as audiências públicas realizadas pelo STF, com o fito de influenciar nas decisões a serem tomadas pela Suprema Corte.

Abaixo, pontuaremos as questões mais interessantes que se relacionam com o tema principal, sentenças aditivas.

14.1 Noções acerca do controle de constitucionalidade

Como se viu alhures, surgiu nos Estados Unidos a expressão *judicial review*, pela qual se entende que o poder de realizar o controle de constitucionalidade dos atos estatais está a cargo do Judiciário, que seria o guardião da vontade do povo, manifestada na Constituição. Assim, condensa o *judicial review* a possibilidade de o Poder Judiciário afastar atos normativos que afrontam a lei maior.

Ressalta-se que tal poder dos juízes e tribunais abrange apenas casos ou controvérsias, ou seja, os casos concretos, do que se depreende a característica primordial do sistema americano de constitucionalidade: o controle concreto¹⁹⁵.

Para contrabalancear este poder do Judiciário, Hamilton invoca o *impeachment* dos juízes, evitando-se “usurpações judiciais da autoridade legislativa, em razão do *judicial review*¹⁹⁶”. O *impeachment* está a cargo do Poder Legislativo Federal, Senado Federal, e possibilita o julgamento e a destituição dos juízes (federais) por desvio de conduta, porque, nos Estados Unidos, desde 1805, vige a teoria da irresponsabilidade dos juízes, temperada pela cláusula *during good behaviour*, ou seja, são “irresponsáveis”, enquanto permanecerem com bom comportamento.

em: mar. 2013.

¹⁹³ (POST;SIEGEL, 2007.)

¹⁹⁴ (FUX, 2013, p. 13.)

¹⁹⁵. (LEAL, 2006, p. 34-35.)

¹⁹⁶. (LEAL, 2006, p. 24.)

Assim, delineou-se, no Direito Norte-Americano, a possibilidade de controle da constitucionalidade das leis e de atos do Poder Executivo pelo Poder Judiciário. Seria, então, uma função moderadora dos órgãos de jurisdição constitucional.

14.2 Controle de constitucionalidade: sistemas

No que se refere ao órgão de controle da constitucionalidade, são três os sistemas. O político, ou francês, em que o controle é exercido por um órgão diverso do poder judicial, o Conselho Constitucional, que o faz em três momentos diversos: a) quando da discussão da lei no Parlamento (Comissão de Constituição e Justiça); b) depois de votada a lei, mas antes da promulgação (veto presidencial); c) após a promulgação da lei. Infere-se, portanto, que o controle pode ser preventivo ou repressivo. Após, tem-se o controle judicial, que é exercido pelo Poder Judiciário. Finalmente, o controle misto, que envolve ambos os retroanalisados.

O que justifica o controle político é o entendimento de que a interferência de órgão estranho para a análise da atividade do Poder Legislativo “deslegitimaria” a fonte produtora da norma, implicando uma interveniência indevida de um poder em outro¹⁹⁷, entendimento que guarda pertinência com os que não toleram uma postura mais ativa do Poder Judiciário. Usualmente, o controle político de constitucionalidade é preventivo, ou seja, ocorre antes que a lei entre em vigor. Exemplos típicos de controle político se dão na França e Itália¹⁹⁸.

14.3 Controle de constitucionalidade: modelos

Têm-se três modelos de controle judicial de constitucionalidade, realizados por órgãos do Judiciário: o difuso (ou americano), o concentrado (ou austríaco) e o misto.

O difuso ou americano, cujo caso emblemático foi o julgamento *Marbury vs Madison*, em 1803, admite a apreciação de inconstitucionalidade exercida pelo julgador, perante o caso concreto que lhe é submetido a julgamento. O controle concentrado, ou austríaco, que “concentra” em um órgão superior, o Guardião da Constituição, o controle da constitucionalidade. Já o “controle” misto conjuga os dois sistemas anteriormente expostos.

O Brasil adota o sistema misto de controle de constitucionalidade, envolvendo tanto o

¹⁹⁷ (STRECK, 2004, p. 347.)

¹⁹⁸. (CAPPELLETTI, 1999b, p. 30-31.)

difuso quanto o concentrado. Exerce o controle abstrato, ou concentrado, o órgão de cúpula do Poder Judiciário, via ADIN - Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADO - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, ADCON – Ação Declaratória de Constitucionalidade e ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (sistema chamado abstrato ou objetivo, porque não há partes), e o difuso, ou concreto, exercido pelos inúmeros juízes nos diversos casos que lhe são submetidos. Ressalta-se que o Pretório Excelso também aprecia a constitucionalidade das normas, na forma difusa via recurso extraordinário, interposto das decisões judiciais que apreciaram a constitucionalidade das normas nos casos concretos (sistema difuso).

14.4 A fiscalização abstrata de constitucionalidade

Nos processos objetivos ou de fiscalização abstrata de constitucionalidade a finalidade mediata é a confrontação de leis e sua exegese em face da Constituição. Em nosso ordenamento temos as Ações de Declaratórias de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental¹⁹⁹.

Dentre a variedade de ações mencionadas acima no controle abstrato de constitucionalidade, há duas categorias básicas de sentenças nas quais elas se bipartem conforme suas consequências: simples e manipulativas. As primeiras implicam a eliminação de uma norma inconstitucional, bem como a supressão de todos os efeitos por ela produzidos²⁰⁰. Já as segundas, também chamadas de decisões de *caracter intermédio*, em uma definição *lato sensu*, são aquelas nas quais há a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento.

Os “efeitos colaterais” das decisões – oriundos da nulidade *in totum* dos atos impugnados –, inspirou a criação das sentenças manipulativas. É um fato inusitado a criação das sentenças intermédias, porque o próprio dogma do juiz legislador negativo – que impunha a tarefa de as cortes constitucionais retirarem do ordenamento jurídico as normas que não guardassem parametricidade com a Constituição – forçou, devido a seus efeitos, muitas vezes nocivos à ordem jurídica, a criação do juiz como legislador positivo, via técnicas que foram se aprimorando ao longo dos anos, notadamente na matriz europeia.

O princípio do aproveitamento dos atos aliado às exigências de proporcionalidade

¹⁹⁹ (FUX, 2013, p.09.)

²⁰⁰ (MORAIS, 2009, p. 15.)

instigou os Tribunais Constitucionais a buscarem utilizar um programa interpretativo de recorte criativo, com o fito de salvar a disposição normativa objeto da impugnação e a reduzir o espectro da inconstitucionalidade²⁰¹.

Com foco no Brasil, a jurisdição constitucional abstrata ou concentrada é exercida pelo STF através das ações mencionadas acima²⁰². Temos ainda o controle difuso exercido pelos juízes e tribunais do país nas causas que lhes são submetidas, bem como o abstrato “localizado” em relação às normas estaduais e municipais exercido pelos tribunais locais, de ordinário.

14.5 Sentenças simples e sentenças manipulativas

Viu-se que as decisões na fiscalização abstrata podem ser de duas ordens. A primeira são as sentenças simples, assim chamadas por serem aquelas que implicam a eliminação de uma norma inconstitucional e a supressão retroativa de todos os efeitos por ela produzidos, salvaguardados os casos julgados. São também denominadas sentenças de tipo extremo porque liberam uma produtividade sancionatória particularmente severa, em razão da qual se salvam os casos julgados, o que as aproximam da inexistência, com a diferença do respeito à citada coisa julgada²⁰³.

Já as segundas são as manipulativas ou de carácter intermédio, que são as decisões que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento. São o género do qual são espécies as (a) decisões que modulam a sua eficácia temporal bem como a

²⁰¹ (MORAIS, 2005, p. 22-24.)

²⁰² ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADO Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, ADCON Ação Declaratória de Constitucionalidade e ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. O sistema chamado abstrato ou objetivo porque *não há partes*.

²⁰³ “É um facto que a declarações de inconstitucionalidade superveniente supõem que a norma seja afectada pela inconstitucionalidade numa perspectiva diacrónica, o que implica intangibilidade dos efeitos que o acto produziu antes da superveniência do parâmetro inconstitucional (infra, § 596 e seg.). E é também, um facto que em ordenamentos onde a declaração de inconstitucionalidade superveniente não se encontra prevista na Constituição (como é o caso do italiano) e em que a restrição temporal de efeitos sancionatórios da declaração resulta de uma decisão criativa com efeitos constitutivos do Tribunal Constitucional, este tipo de decisões tem sido reconduzido ao universo genérico das sentenças manipulativas. Contudo, o ordenamento português foi pioneiro em proceder à positivação do regime das decisões de inconstitucionalidade superveniente, através da sua expressa previsão do nº 2 do art. 282º da CRP e a prever explicitamente a retroactividade limitada dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, dentro de pressupostos claros. Daí que, diversamente do sistema italiano, no qual a inconstitucionalidade superveniente se defronta com diversas variantes e em que a datação do alcance dos efeitos sancionatórios retroactivos constitui uma controvertida tarefa do Tribunal Constitucional (atenta uma variabilidade fluida de pressupostos), no ordenamento português é a Constituição que determina a caracterização da inconstitucionalidade superveniente e regula os seus pressupostos e os efeitos temporais da correspondente declaração”. (MORAIS, 2005, p. 260.).

do direito que é objecto do respectivo julgamento; (b) decisões interpretativas condicionais; (c) decisões com efeitos aditivos²⁰⁴.

Salienta Blanco de Moraes que, apesar de em alguns ordenamentos jurídicos serem insertas nesta categoria todas as sentenças que possam exprimir poderes normativos, somente podem ser consideradas legítimas as decisões desta natureza que se limitem a revelar ou a indicar um princípio ou uma norma constitucional apta a preencher um vazio jurídico carente de integração imediata do qual resulte uma única solução.

Pondera que não é linear o entendimento quanto à identificação das sentenças nominadas intermédias. Cita o caso do Brasil e da Alemanha, nos quais há a admissibilidade de sentenças intermédias que criam inovatoriamente o direito, sendo que, no primeiro, as decisões de interpretação conforme a Constituição têm efeito vinculativo *erga omnes* quanto aos seus fundamentos interpretativos essenciais²⁰⁵.

²⁰⁴ (MORAIS, 2005, p. 261.)

²⁰⁵ (MORAIS, 2005, p. 262.)

15 AS DECISÕES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS E SEUS EFEITOS

15.1 Constitucionalidade, inconstitucionalidade e sanção

Constitucionalidade e inconstitucionalidade traduzem relação de pertinência e concordância ou de impertinência e discordância com o texto de uma carta magna. A sanção à violação à Carta Magna integra o próprio conceito de inconstitucionalidade.

O dogma da nulidade ou concepção unitária de inconstitucionalidade está ultrapassado. Ao analisar a Constituição Austríaca, Kelsen faz uma ponte entre a garantia de um sistema para a anulação dos atos inconstitucionais e a obrigatoriedade da Constituição²⁰⁶.

A sanção é elemento integrativo do conceito de constitucionalidade. Kelsen vai mais longe e fala em “sanção qualificada”, que é o procedimento de anulação do ato inconstitucional por órgão competente.

Não é a sede adequada a análise, *pari passu*, de todas as ações constitucionais de controle abstrato. Esta abordagem há de ser mais direta, com foco nos aspectos que mais se aproximam do tema-base, que são as sentenças aditivas. Portanto, ingressar-se-á nos temas mais próximos a ele.

Inconstitucionalidade é igual à nulidade, na concepção tradicional de controle de constitucionalidade²⁰⁷. A tradição brasileira de declaração de nulidade da lei *in totum*, todavia, foi modificada.

A Lei 9869/99²⁰⁸ introduziu novas técnicas nas decisões de controle de constitucionalidade. A principal delas reside no artigo 27, que possibilita presentes a segurança jurídica ou o excepcional interesse social e uma votação qualificada de dois terços dos membros, que haja a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade ou mesmo decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que a Corte fixe.

Desse modo, possibilita-se “salvar” uma norma inconstitucional, desde que haja os contornos que o STF lhes conferir.

²⁰⁶ (MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 954.)

²⁰⁷ (MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 1181.)

²⁰⁸ Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

A declaração de nulidade pode ser total, parcial ou parcial sem redução de texto, o que se comentará abaixo. A grande colaboração para tais técnicas interpretativas é manter a integridade da constituição e a presunção de constitucionalidade das leis. Pode-se ainda suscitar a declaração de constitucionalidade da norma por via da Ação Declaratória de Constitucionalidade (via abstrata).

A norma mencionada acima possibilita a fixação da eficácia da decisão para momento posterior ao respectivo trânsito em julgado em data determinada pelo tribunal²⁰⁹.

O STF tem utilizado o instituto em algumas ocasiões: ADIs 3022, 3689-1, 3489-SC, 3316-6-MG, 2240-7-BA, nas quais houve a manipulação de efeitos, com base na segurança jurídica, e o STF julgou a inconstitucionalidade de leis que criaram ilegalmente diversos municípios, mas postergou sua eficácia. É o caso do município de “Luís Eduardo Magalhães”.

15.2 Lacunas, omissões e inconstitucionalidade absoluta parcial

15.2.1 Distinções

As inconstitucionalidades podem ter origem no silêncio do legislador, ora porque não disse o que deveria, ora porque não disse tudo ou porque disse errado. O silêncio não inclusivo gera uma omissão relativa e discriminações.

A constituição programática e garantidora de direitos irradia seus efeitos no mundo concreto e exige a efetivação dos direitos formalmente consagrados. A existência de um dever específico de legislar e a superioridade hierárquico-normativa da constituição são pressupostos da omissão. Pode-se dizer, então, que nas omissões absolutas há o dever de legislar²¹⁰.

A omissão absoluta²¹¹ é a situação na qual há uma contradição com um plano

²⁰⁹

Destaca-se que há pedido de declaração de inconstitucionalidade ajuizado pela OAB cujos argumentos são os seguintes: a) uma lei ordinária invadiu a reserva da Constituição, que compreenderia os efeitos das decisões de inconstitucionalidade das normas; b) retiraria ou debilitaria a rigidez da Constituição Brasileira; c) concederia poderes paranormativos ao STF, prorrogando a vigência de normas inválidas; d) desfiguraria o regime de nulidade, que é atingido na sua dimensão de imediatividade que se traduz na secção da norma inválida; e) ofende os princípios da segurança jurídica e da separação dos poderes; f) gera graves riscos no plano dos direitos fundamentais e, em especial, das garantias tributárias. (MORAIS, 2005, p. 331-332).

²¹⁰ (MONTELOBO, 2009, p. 172.)

²¹¹ “A caracterização material do comportamento legislativo omissivo permite uma proposta diferente para a

constitucional que impõe ao legislador um fazer. Há uma lacuna de poder, um *status* de abstenção em fazer algo devido, para o que se é competente, uma conduta negativa do legislador que se abstém, indevidamente, de exercer o seu mister²¹².

No Brasil, a omissão absoluta pode ser reparada via abstrata pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e, via concreta, pelo Mandado de Injunção, no âmbito da inconstitucionalidade por omissão e não no âmbito da inconstitucionalidade por ação²¹³. Elas ocorrem quando falta toda uma disposição legislativa que desenvolva ou dê cumprimento ao preceito legal constitucional, criando-se, assim, uma situação contrária à norma fundamental²¹⁴. Abre-se parêntese para mencionar a teoria concretista recém-adotada pelo STF no MI 670²¹⁵

Aqui recortam-se para estudo, as omissões relativas (ditas parciais). No que se refere a elas, “o silêncio normativo é violador do princípio da igualdade, na medida que cria discriminações injustificadas entre pessoas colocadas numa situação homóloga”²¹⁶.

A exclusão opera-se pelo silêncio omissivo e pode resultar tanto de uma não inclusão como de uma exclusão implícita²¹⁷, que constituem uma violação implícita ao princípio da igualdade, ocasião em que surgem as sentenças aditivas com o escopo de sanar tal ferimento ao princípio constitucional referido.

Nas omissões relativas, há sempre uma atuação positiva do legislador, ainda que incompleta, ao passo que na absoluta há o vácuo normativo.

A inconstitucionalidade por omissão, nos casos em que seja absoluta, refere-se a uma questão temporal, sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei.

tradicional distinção entre omissões absolutas e omissões relativas. Enquanto as primeiras eram consideradas como violação de um dever legislativo autônomo, as segundas eram apenas omissões a partir o princípio da igualdade. Nas omissões relativas não existiria a exigência ‘absoluta’ da emanção da lei, suscitando-se apenas o problema de acto omissivo quando um acto legiferante intervém violando o princípio da igualdade. Quer dizer se o legislador actuou voluntariamente criando uma certa disciplina legal, então ele fica obrigado a não deixar inconsiderados os casos essencialmente iguais aos previstos no Tatbestand legal”. (CANOTILHO, 2001, p. 335.)

²¹² (MORAIS, 2009, p. 82-83.)

²¹³ Como ressalva Blanco de Moraes, “As omissões absolutas não pode ser reparadas através de uma norma isolada e fabricada ‘ad casum’ pelos tribunais, já que respeitam a imposições de ‘facere’ que reclamam uma escolha entre opções políticas ou programáticas alternativas que integram a reserva de lei e a reserva de poder dos órgãos criadores da mesma (sic) lei, sendo estranhas à actividade dos aplicadores do Direito mesmo quando estes integram lacunas, já que essa integração supõe o recurso a um ‘espírito de lei’ ou à aplicação analógica de uma lei existente que no caso em apreço, pura e simplesmente não existem”. (MORAIS, 2009, p. 85).

²¹⁴ (REVORIO, 2001, p. 170.)

²¹⁵ Regulamentou o direito de greve dos servidores públicos. O órgão (STF) adotou a teoria concretista individual e conferiu-lhe eficácia *erga omnes* em nítida abstrativização do controle difuso.

²¹⁶ (MORAIS, 2005, p. 458.)

²¹⁷ *Ibidem*. p. 386.

As lacunas técnicas são falhas de regulação que contrariam a lógica, a sistematicidade e, eventualmente, a teleologia. Não implicam, no entanto, qualquer censura, mas a adoção de medidas integrativas.

As omissões relativas ocorrem quando existe a atuação do legislador. Há uma lei, porém ela é incompleta ou parcialmente defeituosa, do ponto de vista da constitucionalidade²¹⁸. Ocorre quando, apesar de existir uma norma regulamentadora, esta o faz de forma insuficiente, incompleta e exclui de seu preceito um destinatário que deveria ser incluído para se lhe assegurar um tratamento igual. Tal omissão fere o princípio da igualdade. O silêncio parcial da incompletude da norma equivale a uma regra implícita excludente de destinatários e, por isso, causadora de discriminações materiais não fundadas²¹⁹.

Uma exclusão inconstitucional implícita com carácter discriminatório, mesmo que involuntária equivale, na sua antijuridicidade objectiva, a uma exclusão inconstitucional explícita das mesmas pessoas. Trata-se de dois modos comissivos de atingir o mesmo propósito discriminatório, o primeiro através de uma norma implícita que determina o efeito inconstitucional e o segundo através de uma norma que o determina expressamente, pelo que a repressão de semelhante violação constitucional deve necessariamente processar-se através do mesmo processo de controlo, que é a fiscalização sucessiva concreta por acção, e ser objecto do mesmo tipo de sanção.

Daí que, no caso das “omissões relativas”, o objecto do processo de fiscalização acabe por ser uma norma ideal com carácter implícito e ilegitimamente discriminatório e não, a título imediato, o silêncio ilegítimo da lei (e controlo de inconstitucionalidade por acção destinado a invalidar essa norma²²⁰).

Em verdade, no campo da omissão relativa, há uma atuação positiva do legislador, ao violar positivamente a constituição – viola-se o princípio da igualdade de forma comissiva. O silêncio equivale a uma regra implícita, excludente de determinados destinatários, e o juízo de

²¹⁸ (REVORIO, 2001, p. 171.)

²¹⁹ “Daí que, na ‘omissão relativa’ se possa de algum modo falar numa conduta comissiva nconstitucional derivada de uma exclusão (ou não inclusão) tácita e indevida de um conjunto de pessoas. Norma que, repete-se, não sendo textual e deduzível ao complexo normativo positivado e, por isso mesmo, susceptível de controlo por acção.

O Tribunal Constitucional formula, nesse contexto, um juízo de desvalor sobre os efeitos positivos de um silêncio parcial juridicamente ilegítimo.

A figurativamente designada omissão relativa fundamenta a componente ablativa da sentença quando julga inconstitucional a norma ideal que, em razão do seu silêncio parcial, afronta o princípio da igualdade de tratamento entre categorias posicionadas em situações iguais. E a dimensão lacunar sustenta a operação integrativa-reconstrutiva, no sentido de permitir a identificação do direito apto a preencher o silêncio normativo inerente à exclusão implícita de certos destinatários e a reparar com efeitos “ad futurum” a inconstitucionalidade ou a insuficiência crítica da disciplina jurídica que antes se encontrava incompleta.

Eis porque haja quem entenda que as sentenças aditivas desta natureza não se destinam apenas a restaurar os efeitos inconstitucionais de uma omissão relativa, mas também a reagir a inconstitucionalidades por exclusão”. (MORAIS, 2005, p. 52.)

²²⁰ (MORAIS, 2005, p. 87.)

invalidade incide sobre essa norma ideal ou implícita e não recai diretamente e em sentido próprio sobre a omissão, motivo por que é possível o controle por ação²²¹.

Sofia Montelobo elenca quatro elementos caracterizadores da omissão relativa: a) a violação do princípio da igualdade; b) a existência de uma norma produzida pelo legislador, embora deficiente, o que caracteriza um *facere* e não uma omissão; c) a não inclusão, ou exclusão implícita de certa categoria de pessoas do regime constante da lei objeto da omissão, que prejudica omissivamente a já referida categoria de pessoas; d) a presença de uma lacuna axiológica face à discriminação infundada.

O caso clássico, citado pela doutrina europeia, é o do abono de família aos filhos dos casais unidos pelo matrimônio em franco prejuízo aos provenientes da união de fato²²².

15.3 O suprimento das lacunas via formas de integração

Jorge Pereira da Silva, jurista português, argumenta que as omissões relativas dão origem a normas implícitas contrárias à constituição. Entretanto, poderão ser fiscalizadas via constitucionalidade por omissão, abstrata e concreta²²³. Assim, ele entende possível a fiscalização das omissões em sede de fiscalização concreta e não somente na abstrata.

Para ele, as omissões relativas constituem lacunas técnicas, e “o julgamento da inconstitucionalidade de uma omissão legislativa redundará numa lacuna jurídica, competindo ao juiz da causa o seu preenchimento”²²⁴. Para colmatar tais lacunas devem ser aceitos os modos de integração da norma, como a analogia. Neste sentido, plausível “a extensão do regime mais favorável às pessoas ou situações não tuteladas pela norma jurídica, solução a que tem recorrido o próprio tribunal constitucional em diferentes acórdãos”. O alargamento do regime mais favorável terá lugar mesmo no caso dos direitos econômicos, sociais e culturais²²⁵.

²²¹ (MORAIS, 2005, p. 387.)

²²² (MONTELOBO, 2009, p. 195.)

²²³ “... do facto de existir um meio processual específico para a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão não decorre necessariamente que não possam existir outros que com ele se articulem, com o objectivo de permitir um controle mais extenso e mais intenso do tipo de inconstitucionalidade em causa”. (SILVA, 2003.)

²²⁴ (MONTELOBO, 2009, p. 281.)

²²⁵ *Ibidem*. p. 282.

15.4 Objeto do controle de constitucionalidade: disposição ou norma?

A indagação que se põe a definir é se, entre disposição ou norma, qual deles é realmente o objeto do controle de constitucionalidade.

“Disposição” é qualquer enunciado parte de um documento normativo. “Norma” é qualquer um enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído a uma ou várias disposições ou fragmentos de disposições²²⁶.

A disposição é o texto, o conjunto de palavras que formam uma oração, enquanto que a norma seria seu significado, isto é, o resultado de sua interpretação. Neste contexto, interpretar é atribuir sentido ou significado a um texto normativo.

No puede haber norma sin previa actividad interpretativa ni puede hablarse ya de disposición (sino de norma) para referirse al resultado de dicha actividad o proceso. Desde el punto de vista de la interpretación, las disposiciones constituyen su objeto, y las normas su resultado. Ciertamente, en ocasiones se utiliza el término norma para referirse indistintamente a la disposición o a la norma, o a ambas, o bien el término “disposición” designa no solo el texto, sino también su interpretación, esto es, el texto interpretado. Pero este uso a veces impreciso o indistinto (al que probablemente no podamos sustraernos del todo) no empaña para nada la distinción de conceptos expuesta, al menos desde el punto de vista teórico...²²⁷.

A distinção não equivale a dizer que disposição e norma tenham existências independentes. Ao contrário, ambas estão estritamente relacionadas. A norma precisa do suporte da disposição para existir e a disposição encontra seu sentido porque permite expressar uma ou várias normas.

A relação entre disposição e norma nem sempre é biunívoca, ou seja, nem sempre a cada disposição lhe corresponde uma norma, nem cada norma é consequência de uma só disposição. Assim, podem existir disposições complexas das quais derivam várias normas conjuntamente, ou disposições ambíguas, das quais podem derivar várias normas de forma alternativa (uma ou outra), ou disposições sinônimas, cujos casos de várias disposições derivam da mesma norma; ou, por fim, parcialmente sinônimas, quando de cada uma das disposições derivam conjuntamente varias normas, algumas das quais coincidem²²⁸.

Todo processo constitucional implica, inevitavelmente, ademais da interpretação da constituição, uma interpretação da disposição legal impugnada²²⁹.

²²⁶ (REVORIO, 2001, p. 36.)

²²⁷ Ibidem. p. 36.

²²⁸ Ibidem. p. 36.

²²⁹ Ibidem. p. 37

A indagação que é se necessário fazer é se o objeto dos processos de constitucionalidade é a disposição ou a norma extraída dela mediante a interpretação e, neste caso, se o pronunciamento do tribunal constitucional há de ter idêntico sentido em relação à disposição e norma ou normas²³⁰.

A possibilidade de que o tribunal se pronuncie também sobre as normas e que algumas destas possam ser inconstitucionais – ao menos parcialmente – apesar de que o texto da disposição seja completamente conforme a constituição é o pressuposto básico de toda sentença interpretativa, sem o qual não se poderia entender esse tipo de decisões. Assim, a corte constitucional pode pronunciar-se tanto sobre a disposição como sobre as normas dela derivadas.

Estas sentencias se enfrentan a una disposición D, de la cual derivan (conjunta o alternativamente) las normas N1 e N2, siendo solo N7 inconstitucional, mientras que D y N1 son conformes a la Norma suprema. Una sentencia interpretativa entiende que un precepto es constitucional – o inconstitucional – “si se interpreta” en un sentido determinado, o bien que es inconstitucional “en la parte que...” o “en cuanto...”, porque la misma considera que parte del contenido normativo derivado alternativa o conjuntamente del precepto ES inconstitucional aunque su texto no lo sea. El problema, que iremos tratando a lo largo de este capítulo y de todo este trabajo, ES si efectivamente el Tribunal puede realizar un pronunciamiento de este tipo²³¹.

Considera-se que parte do conteúdo normativo derivado alternativa, ou conjuntamente, do preceito é inconstitucional, ainda que seu texto não o seja.

No que se refere às sentenças aditivas, ao se qualificar uma sentença como tal, haveria que precisar se ditos efeitos aditivos se produzem sobre o texto ou sobre a norma ou normas dela derivadas. Revorio comenta que sentenças aditivas são as que assinalam que, ao preceito impugnado, falta algo para ser em conformidade com a constituição, ainda que com o uso do termo “preceito” não houvesse desejado prejudicar o objeto do pronunciamento do tribunal constitucional²³².

Se se considerar a disposição, formalmente a sentença não é aditiva, porque ela permanece inalterada, porque a sentença aditiva *não exclui expressamente*.

Segundo Lavagna, dependendo da formulação do texto ou disposição, a sentença que se pronuncie sobre a mesma pode ser redutora ou aditiva, tendo em conta tanto o texto como

²³⁰ (REVORIO, 2001, p. 37.)

²³¹ Ibidem. p. 38

²³² “Si el Tribunal afirma que ‘ao precepto P Le falta X para ser acorde com la Constitución’, o – sasándonos em la fórmula más típica de sentenci aditiva – que ‘el precepto P ES inconstitucional em la parte em que no prevé X’, para saber si dicho pronunciamiento contiene efectos aditivos será preciso un análisis desde el punto de vista de la disposición y de la norma”. (REVORIO, 2001, p. 39.)

seu conteúdo normativo, cabendo-se distinguir:

1. sentencias reductoras desde el punto de vista léxico – es decir, con relación al texto – que operan, sin embargo, una adición normativa (así, las que declaran la ilegitimidad de una exclusión explícita);
2. Sentencias aditivas sobre el texto, que a su vez operan una adición normativa (típicamente, las que señalan la inconstitucionalidad de una omisión);
3. Sentencias aditivas sobre el texto, que sin embargo operan una reducción normativa (las que señalan la ilegitimidad constitucional de una disposición ‘en cuanto que no excluye’ algo);
4. O, en fin, sentencias reductoras en relación al texto, que producen también efectos de reducción sobre la norma (las que declaran la ilegitimidad de la inclusión explícita)²³³.

Desse modo, no que se conecta ao tema, pode-se falar em sentenças aditivas em dois sentidos: a) as que produzem efeitos aditivos sobre o texto ou disposição; b) as que produzem esses efeitos em relação ao conteúdo normativo.

Interessa destacar que a prática frequente das sentenças interpretativas ou aditivas desmente que somente o texto seja objeto de interpretação. Por isto, geralmente considera-se admissível que a questão e a própria decisão da corte possam ter por objeto também uma norma fundada na interpretação de um ou mais textos legislativos.

15.4.1 Texto como objeto do controle de constitucionalidade

Alguns autores defendem que o objeto do controle de constitucionalidade é o texto. Reconhecem que a valoração se faz sobre as normas deduzidas do texto ou mesmo que sobre ele recai a atividade interpretativa da corte constitucional.

Destaca-se que a corte deve ter em consideração textos e normas na motivação e exclusivamente textos na parte dispositiva. Em realidade, está fora de dúvida que um tribunal que valora a constitucionalidade de um preceito há de interpretá-lo necessariamente e, portanto, analisar seu conteúdo normativo. Porém, as teses que defendem o texto ou disposição como objeto do controle de constitucionalidade não negam a necessária presença do conteúdo normativo.

Na acepção do raciocínio que segue, podem assinalar-se as características das teorias que definam que é a disposição o objeto do controle de constitucionalidade: o órgão que pede o pronunciamento sobre a constitucionalidade o faz em relação a um texto; a interpretação do texto que poderia fazer esse órgão não se vincula ao tribunal constitucional; o pronunciamento do tribunal constitucional deve referir-se ao texto impugnado e não às

²³³ (REVORIO, 2001, p. 41.)

possíveis interpretações ou normas que possam deduzir-se dele²³⁴.

Entretanto, sustentar que o objeto do pronunciamento sobre a constitucionalidade incide exclusivamente sobre a disposição implica afirmar que não serão admissíveis as sentenças interpretativas. Se o objeto do pronunciamento é o texto, serão inquestionáveis os pronunciamentos que se limitem a declarar a inconstitucionalidade e a anular os incisos ou partes dele, ainda que o conteúdo normativo do mesmo resulte de modo claramente alterado²³⁵.

15.4.2 A norma como objeto do controle

Há também problemas se se considerar somente a norma o objeto do controle de constitucionalidade, porque o tribunal constitucional ficaria vinculado à interpretação do texto que realizou o órgão proponente da questão, mesmo que se trate de uma norma sem qualquer consistência, ou extraído de modo errôneo ou arbitrário. Tal teoria provocaria no ordenamento jurídico, cada vez mais, normas declaradas inconstitucionais que derivam de disposições perfeitamente em consonância com a constituição.

Em resumo, os textos emanados do legislador seriam cada vez menos úteis para determinar qual é o ordenamento vigente, cada vez menos portadores das normas realmente em vigor e em consonância com a constituição, produzindo-se, como assinalado, uma dissociação total entre as leis e os conteúdos normativos efetivamente vigentes²³⁶.

²³⁴ Ibidem. p. 46-47.

²³⁵ “Cabe pensar em el ejemplo em que ló declarado inconstitucional es la palabra “no”, com ló cual la prescripción normativa puede cambiar radicalmente. Por ló demás, dependiendo de la forma em que se exprese un texto, una sentencia podría ser considerada aditiva o no: así, si el texto de la disposición D dice aplicar una determinada consecuencia al supuesto A, pero excluye expresamente al B, e la Constitución exige que se aplique la misma consecuencia a lós supuestos A y B, la sentencia que se enfrente a dicha disposición será de acogimiento parcial – desde el punto de vista Del texto -, declarando inconstitucional El inciso que excluye la aplicación al supuesto B. Pero desde cierto punto de vista, esta sentencia implicaría um efecto aditivo sobre el plano normativo. Sin embargo, si uma disposición D aplica la misma consecuencia al supuesto A, omitiendo toda referencia al B, a pesar de que dicha disposición D posea idéntico contenido normativo a D, la sentencia que valore su constitucionalidade habría de afirmar que “D” es inconstitucional em cuanto no prevé la aplicación de su consecuencia a “B” (em cuyo caso podría considerarse que la sentencia es aditiva, desde el punto de vista Del texto), o que “D” es constitucional, interpretada em el sentido de que la consecuencia que prevé se aplica también a “B”. (REVORIO, 2001, p.48.)

²³⁶ (REVORIO, 2001, p. 48.)

15.4.3 O preceito como objeto do controle de constitucionalidade

A jurisdição constitucional tende a acentuar a diferença entre norma e enunciado já que uma identificação simplista entre ambos, ou a redução de todo o preceito legal a seu enunciado colocaria o tribunal ante a opção única entre declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do referido enunciado.

Tal distinção de conceitos não deve esconder que, na prática, disposição e norma estão estreitamente unidas. A (s) norma (s) necessita (m) de uma ou várias disposições para existir e, por outro lado, a função dessas disposições ou enunciados é expressar normas.

Se há señalado con acierto que la distinción entre disposición y norma es más un recurso procesal de gran utilidad para la conservación y composición del ordenamiento jurídico que una distinción sustantiva entre dos fenómenos que tuvieran vida jurídica propia²³⁷.

Deve-se, pois, ponderar bem as coisas para não incidir em erro: não se pode entender que o objeto do controle de constitucionalidade seja exclusivamente a disposição, ou a norma. Quando o tribunal constitucional valorar a constitucionalidade de um ou de vários preceitos legais, ineludivelmente há de interpretá-los. Esta interpretação se produz em todos os processos de constitucionalidade, não somente na via incidental, e não somente quando a sentença finalmente emanada é interpretativa, mas em todos os casos.

A argumentação ou fundamentação levada a cabo pelo tribunal constitucional implica a interpretação das disposições impugnadas, mas isto não quer dizer que a decisão deva recair obrigatoriamente sobre as normas. Sem dúvida, a prática tem a força para reconhecer que esses pronunciamentos afetam o conteúdo normativo. Quando a sentença se limita a declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de um preceito, com a disposição e a norma ocorre a mesma coisa. Há casos, todavia, que mesmo que o preceito haja sido objeto iniludível de interpretação, o pronunciamento, ou decisão, do tribunal poderia referir-se somente ao enunciado ou à disposição²³⁸.

Sin embargo, la necesidad de conservar en lo posible la validez de los preceptos impugnados (en tanto admitan interpretación acorde con la Constitución) requiere en ocasiones pronunciamientos de tipo interpretativo. Las sentencias interpretativas, exigidas por la realidad, introducen notable complejidad en el sistema, pero ponen de manifiesto que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, sin dejar de referirse a los enunciados, en ocasiones hay de incidir directamente – es decir, no a través de dichos enunciados – en las normas. Expresamente este tipo de fallos aluden al artículo o precepto impugnado, y cabría entender que solo hacen referencia

²³⁷ (REVORIO, 2001, p. 52.)

²³⁸ Ibidem. p. 52.

a su texto (“es constitucional, si se interpreta...”), pero es obvio que dichos pronunciamientos se están refiriendo de manera directa a las normas que derivan de dicho enunciado (de las diversas formas que derivan de la disposición D, solo N, es constitucional).

Desde luego, no puede entenderse que las exigencias de la realidad Sean en sí mismas fuente de legitimación de este tipo de decisiones; el que algo suceda no implica que sea bueno. Pero si es cierto que la frecuencia de este tipo de decisiones pone de manifiesto que en ocasiones resulta necesario – o AL menos es la solución mejor o la “menos mala” – “salvar” la constitucionalidad de una disposición, que en sí misma es perfectamente constitucional, aunque no pueda mantenerse todo su contenido normativo, ya que parte de este es opuesto a la Norma fundamental. Como veremos con más detalle, es el principio de conservación de la ley el que explica estas decisiones les sirve de fundamento²³⁹.

Assim, a norma adquire um papel relevante no controle de constitucionalidade, ainda que se admita que o objeto primário, ou imediato, do pronunciamento seja o texto. Em síntese, o objeto do controle de constitucionalidade é o preceito normativo, formado por disposição e norma²⁴⁰.

²³⁹ Ibidem. p. 52-53.

²⁴⁰

Por tanto, la norma adquire un papel muy relevante en el contro de constitucionalidad, aunque pudiera admitirse que el objeto ‘primario’ o inmediato del pronunciamiento sea el texto. El objeto de la impugnación es el precepto o preceptos, esto es, el complejo formado por texto e norma: el objeto sobre el que recae la argumentación del Tribunal es el mismo complejo, ya que em todo caso necesita interpretar el precepto impugnado (exprese o no em su fundamentación dicho proceso interpretativo), Y el objeto del pronunciamiento del Tribunal – y, em su caso, de la inconstitucionalidad – es el mismo precepto e su tualidad, aunque no siempre de la misma manera, como veremos a continuación. **Por ello, puede afirmarse que em objeto del control de constitucionalidade es el ‘complejo normativo’ formado por disposición y norma o normas de ellas derivadas (o por el texto y su interpretación), al cual, por la simple necesidad de buscar um término diferente, llamaremos precepto** (REVORIO, 2001, p. 53.)

16 TÉCNICAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

16.1 A técnica nos diversos ordenamentos

Nos ordenamentos alemão, italiano, austríaco e brasileiro, admite-se a edição de sentenças manipulativas com componente apelativa²⁴¹, ou com modelação de efeitos temporais ou com efeitos aditivos.

Na Alemanha, a decisão de verificação da inconstitucionalidade, sem o efeito de gravidade (*unvereinbarkeit*), refere-se aos vícios de menor gravidade, nos casos de omissão relativa, nos quais o tribunal declara que a norma é incompatível com a constituição federal, sem, todavia, feri-la com a sanção de nulidade. Atenua-se a “espada afiada” dos efeitos da nulidade, com o que se busca evitar as lacunas e “dar um tempo” ao legislador para reparar a norma. Consolidou-se para elas o entendimento de que há a “suspensão da norma”. Permite-se a existência de uma norma inconstitucional para evitar o vazio e as lacunas no ordenamento jurídico derivadas da decisão, quando estes se mostrem mais lesivos à constituição do que a norma tachada de incompatível com a lei fundamental²⁴².

A decisão não se limita a comunicar ao legislador a inconstitucionalidade, porque certos efeitos jurídicos são liberados na referida decisão. Alguns entendem, todavia, que há a suspensão da norma até que o legislador atue²⁴³.

²⁴¹ Sentenças apelativas são aquelas “pelas quais se declara uma lei ou uma situação jurídica como ‘ainda’ não-inconstitucional, portanto, ainda aceitável, fazendo simultaneamente um apelo ao legislador, eventualmente dentro de um prazo expressamente determinado pelo Tribunal Constitucional” (STRECK, 2004, p. 602.)

²⁴² (MORAIS, 2005, p. 324-325.)

²⁴³ “Alguns entendem que a norma afectada por essa decisão ficaria como que suspensa, enquanto outras orientações jurisprudenciais não distinguiriam os efeitos destas decisões e os que resultariam das que declaram a inconstitucionalidade acompanhada dos efeitos da nulidade, posição que é criticada pelo facto de tornar supérfluas as decisões manipulativas em exame.

Em qualquer caso a ideia de ‘suspensão’ parece ter-se consolidado, já que, no caso de ser proferida uma decisão positiva de inconstitucionalidade desta natureza, todos os tribunais que se ocupem do litígio devem sustentar a aplicação da norma e suspender o processo, até que ocorre uma intervenção tempestiva do legislador, a quem o Tribunal Constitucional acaba por apelar.

Admite-se, também, a possibilidade de o legislador poder eliminar, com eficácia retroactiva, alguns efeitos já produzidos pelo ato inconstitucional, sobretudo os que sejam susceptíveis de ser impugnados e que violem princípios do sistema de direitos fundamentais, tal como o princípio da igualdade, situação que ocorre frequentemente com as omissões relativas.

Próximas desta modalidade, mas com elementos distintos, encontram-se as decisões que “obrigariam” o legislador a remover uma situação inconstitucional (BVerfGE 32, 189 (221), uma variante de sentenças apelativas com algum discurso injuntivo, havendo dúvidas na doutrina se esta criatividade jurisprudencial não deveria ser acompanhado por sustentação legislativa” (MORAIS, 2005, p. 325.)

No Brasil, o mesmo ocorre na suspensão cautelar da aplicação da lei, ou do ato normativo questionado, em caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou administrativos ou outra providência, a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o artigo 12-F e §§, Lei 9868/99. Entretanto, há uma ponderação: observa-se que tais casos – de suspensão – ocorrem até que a Corte Suprema delibere acerca do tema. Não se trata de prazo facultado ao legislador, mas autofacultado ao próprio STF, para evitar o desarranjo normativo proveniente de plúrimas decisões conflitantes nas diversas instâncias judiciais, em prejuízo da segurança jurídica, do princípio da igualdade e da própria unidade da Constituição.

Na Itália, há uma figura próxima da inconstitucionalidade enunciada, mas não declarada (*accertata ma non dichiarata*), que se traduz em uma comunicação ao legislador no sentido de que faça, conforme se deu na Sentença 626/1998, que se refere a uma decisão de rejeição do tribunal, mas configura a hipótese de, no futuro, em face da inércia do legislador e a perpetuidade da situação jurídica, possa o tribunal declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória²⁴⁴.

Na Áustria, o instituto da verificação da inconstitucionalidade, sem eliminação da norma inconstitucional, ocorre em casos de controle de leis e regulamentos revogados e tratados com o valor de lei que se encontre em vigor, conforme expressa previsão constitucional²⁴⁵.

Há ainda as chamadas sentenças de “constitucionalidade provisória”, que são aquelas decisões de rejeição com reserva de acolhimento. São as “decisões de rejeição que consideram uma norma como ‘ainda não inconstitucional’ e que, simultaneamente, procuram persuadir o legislador a ponderar sobre a sua alteração, advertindo-o sobre uma tendência para a inconstitucionalidade”²⁴⁶.

Na verdade, elas assumem uma dimensão apelativa e contêm um “‘elemento aditivo impróprio’, que é o da existência de uma orientação preventiva, inscrita numa sentença de rejeição, a qual, por isso mesmo, não dispõe de força obrigatória geral”. São conhecidas como “*sentenza monito*”, uma decisão-advertência que é proferida quando uma norma ainda não é desconforme com a Constituição, mas tende para a inconstitucionalidade²⁴⁷.

²⁴⁴ (MORAIS, 2005, p. 325.)

²⁴⁵ Ibidem. p. 326.

²⁴⁶ Ibidem. p. 327.

²⁴⁷ “De entre este tipo de sentenças, haveria a considerar as decisões puramente exortativas e injuntivas (‘monito vincolante’). Embora as primeiras sejam aceites pela doutrina (cfs. Sent. 112/1992) já as decisões injuntivas são

Na Alemanha essa decisão é nominada declaração de norma ainda constitucional, mas em trânsito para a inconstitucionalidade, que ocorre quando objetiva dar tempo à atuação do legislador.

Nominam-se sentenças manipulativas para o futuro aquelas que diferem no tempo os efeitos repressivos das decisões de acolhimento para evitar lacunas suscetíveis de gerar graves prejuízos em termos patrimoniais ou de segurança jurídica. Têm caráter misto: subtrativo e aditivo e podem fixar prazo de vigência transitória à norma declarada inconstitucional. Como exemplo, no Brasil, cita-se o já mencionado caso do município de “Luís Eduardo Magalhães”.

16.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Em digressão preliminar e a título de elucidação do tema principal, deve-se destacar que o ambiente das sentenças aditivas é o das ações de inconstitucionalidade por ação e não por omissão.

Salienta Sofia Montelobo que somente em Portugal (artigo 283º, Constituição Portuguesa), no Brasil e na Hungria há mecanismos jurisdicionais específicos para o controle das omissões do legislador.

Em Portugal, há a legitimidade bastante estrita para a proposição de demandas relacionadas à inconstitucionalidade por omissão (Presidente da República, Provedor de Justiça Presidentes das Assembleias Legislativas), o que pode se justificar em razão do receio do surgimento de um forte ativismo jurisprudencial por parte do tribunal constitucional. Por isso, há extrema cautela quanto à legitimidade e efeitos do eventual controle das omissões do poder político. Nesse contexto, e de acordo com a ordem constitucional portuguesa, o tribunal constitucional, ao verificar a omissão legislativa, não pode adotar as medidas que julgue necessárias, mas deverá limitar-se a dar conhecimento de tal omissão ao órgão legislativo competente²⁴⁸.

Na realidade portuguesa, Blanco de Moraes tem pouca crença na fiscalização por omissão, considerando-a um “tiro de pólvora seca”, o “parente pobre” da fiscalização abstrata por ação, devido ao número reduzido de ações emitidas²⁴⁹.

questionadas quanto à sua pretensa vinculatividade”. (MORAIS, 2005, p. 327-328.)

²⁴⁸ (MONTELOBO, 2009, p. 209.)

²⁴⁹ Ibidem. p. 210.

16.3 Técnicas do controle de constitucionalidade

16.3.1 Declaração de nulidade parcial

Segundo a teoria da divisibilidade da lei, “o Tribunal somente deve proferir a inconstitucionalidade daquelas normas viciadas, não devendo estender o juízo de censura às outras partes da lei, salvo se elas não puderem subsistir de forma autônoma”²⁵⁰.

Busca-se evitar a declaração de inconstitucionalidade *in totum*, mediante o “aproveitamento” da parte da lei que não esteja eivada do vício de inconstitucionalidade. Para que isso ocorra, todavia, devem estar presentes as condições objetivas de divisibilidade e, além disso, há de se verificar se a parte da norma que restou hígida permaneceu de acordo com a vontade do legislador (*vonluntas legislatoris*)²⁵¹.

16.3.1.1 Declaração de nulidade parcial sem redução de texto

Salienta Gilmar Mendes que, ainda em 1949, Lúcio Bittencourt identificava casos de inconstitucionalidade da aplicação da lei a determinado grupo de pessoas ou de situações, como hipóteses de inconstitucionalidade parcial²⁵².

Na declaração de nulidade parcial sem redução de texto a lei diz mais do que deveria dizer ou falha na adequação temporal referente às hipóteses de sua aplicabilidade, motivo por que se retira uma ou mais incidências da norma²⁵³, mas deixando incólume o texto.

É caso não infrequente de a norma ser inconstitucional no presente, mas totalmente constitucional *pro futuro*. Notadamente, os casos ocorrem na seara tributária, em que impostos são lançados em desrespeito ao princípio da anterioridade. Nesses casos, o tribunal aplica a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Inserem-se, ao contrário, expressões que visam adequar, temporalmente, ou a determinadas situações, o dispositivo legal impugnado, de maneira por que há uma redução do âmbito de aplicação da lei.

Ação que se julga procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “março”, contida no parágrafo 5º do artigo 2º da Lei n. 8039/90, e,

²⁵⁰ (MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 1184.)

²⁵¹ Ibidem. p. 1184.

²⁵² (MENDES, 2008, p. 343.)

²⁵³ (BRUST, 2009, p. 522.)

parcialmente, o “caput” e o parágrafo 2º do artigo 2º, bem como o artigo 4º, os três em todos os sentidos que não aquele segundo o qual de sua aplicação estão ressalvadas as hipóteses em que, no caso concreto, ocorra direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada²⁵⁴.

Universidades e estabelecimentos oficiais de nível superior. A determinação do número dos componentes das listas destinadas à escolha dos seus dirigentes, não sendo matéria de diretriz e base, escapa à competência legislativa da União, em relação às entidades oficiais de ensino, situadas fora do âmbito federal (Constituição, art. 8º, XVII, q, e art. 177), valendo, apenas, no que concerne às mantidas pela União. Representação julgada improcedente, desde que se interprete o § 1º da Lei n. 5.540/68, com a redação dada pela de n. 6.420/77, como somente aplicável às Universidades e estabelecimentos superiores, no âmbito federal²⁵⁵.

16.3.2 Interpretação conforme a Constituição

A interpretação conforme visa à manutenção das normas fustigadas de nulidade.

É na década 50 do século passado que surge o instituto. **Há registro de uma decisão de interpretação conforme a Constituição proferida já em 13 de fevereiro de 1952 pelo Tribunal da Baviera, na Alemanha.** Haak anota, entretanto, que a técnica da interpretação conforme possui antecedentes no Tribunal Federal da Suíça, anteriormente a essa decisão. Importa referir, nos limites desta abordagem, que a partir de 1955, mais especificamente em 7 de maio 9 E2, 266 (282), o **Bundesverfassungsgericht** frequentemente passou a renunciar a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de leis, toda vez que esta pudesse ser “salva”, isto é, quando fosse possível interpretá-la em conformidade com a Constituição. Trata-se, no dizer de Béguin, de um mecanismo de depuração de constitucionalidade²⁵⁶.

A presunção de constitucionalidade da norma reza que, na dúvida, o juiz deve decidir pela constitucionalidade da lei. Entretanto, em caso de norma polissêmica, que comporta mais de uma interpretação possível de uma lei, deve-se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição²⁵⁷. A finalidade da técnica da interpretação conforme é a preservação do entendimento em consonância da Constituição na esteira do princípio da supremacia da constituição.

A interpretação conforme, aplicável no controle incidental de normas, passou a ser aplicada também no controle abstrato de normas. Em geral, todos os tribunais ordinários podem exercê-la.

A técnica consiste em o Tribunal limitar-se a declarar a legitimidade do ato impugnado desde que interpretado em conformidade com a Constituição. Em síntese, pode

²⁵⁴ ADI 319, Rel. Moreira Alves, DJ de 30.4.1993, p. 7563.

²⁵⁵ (MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007 p. 1187.)

²⁵⁶ (STRECK, 2004, p. 616.)

²⁵⁷ (MENDES, 2007, p. 1188.)

levar à declaração de constitucionalidade das leis, mas, também, à declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto.

Por exemplo, se uma norma X é polissêmica, porque possibilita várias interpretações (X1, X2, X3, X4), e for questionada, o STF (ou mesmo um tribunal ou juiz, via controle difuso) pode manejar a técnica da interpretação conforme à Constituição e afirmar que dentre as várias interpretações e sentidos, a constitucional é a X1.

A técnica possibilita a observância da supremacia da Constituição, porque salva a norma questionada, ao indicar qual a opção é constitucional e todas as demais interpretações que não sejam a indicada (X1) são inconstitucionais.

A interpretação conforme e a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto são, pois, mecanismos aptos a fazer cumprir – no limite – a função “intervencionista” do Poder Judiciário, para pôr freios à “liberdade de conformação do legislador” de índole liberal clássica, no interior da qual se concebe a Constituição apenas em seu aspecto formal, sendo o seu texto entendido tão-somente como um anteparo do cidadão contra a arbitrariedade do Estado²⁵⁸.

Todavia, há de haver limites e bem compreender a técnica, pois não se trata de uma área totalmente livre para a jurisdição constitucional. Deve-se evitar a atuação exclusivamente política, meros juízos de conveniência e oportunidade²⁵⁹.

Desse modo, a técnica pode ser manejada tanto no controle difuso, quanto no controle concentrado de constitucionalidade. Assim, não só os magistrados da Corte Suprema, mas também os juízes da instância ordinária estão autorizados ao manejo, sempre com vistas a evitar o simples ato de declaração de inconstitucionalidade, quando isso pode ser evitado. A finalidade é salvar o texto da lei.

16.3.2.1 A diferença entre a declaração de inconstitucionalidade e a interpretação conforme

A diferença entre a declaração de inconstitucionalidade e a interpretação conforme é que na declaração de inconstitucionalidade, independentemente do entendimento do tribunal estar correto ou não, o texto é retirado do ordenamento jurídico.

Já na interpretação conforme a Constituição, o texto normativo é “salvo”, a partir de uma adaptação à Constituição. O efeito vinculante da interpretação conforme está claro no artigo 28, Lei Federal Brasileira nº 9868/99²⁶⁰.

²⁵⁸ (STRECK, 2004, p. 572.)

²⁵⁹ (TAVARES, 2010, p. 123.)

²⁶⁰ (STRECK, 2004, p. 618-619.)

A interpretação conforme a Constituição é uma forma adaptativa corretiva e, por vezes, criadora de novos sentidos, e, portanto, dela não resulta a expunção da lei do ordenamento jurídico, mas, ao contrário, recupera-se, sob uma nova norma. Abre-se o flanco para a edição de sentenças aditivas.

16.3.2.2 Interpretação conforme à Constituição: princípio de interpretação ou modalidade de decisão do controle de normas (declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto)?

A interpretação conforme representa importante mecanismo “corretivo” da atividade legislativa. É um instituto herdado do direito alemão.

Para além da atividade interpretativa, alia-se a função política do tribunal, no sentido de ordenar a vontade da constituição no embate com a norma infraconstitucional fustigada.

Salienta Gilmar Mendes, que “não se pode afirmar com segurança se, na jurisprudência do Supremo Tribunal, a interpretação conforme a Constituição há de ser, sempre, equiparada a uma declaração de nulidade sem redução de texto”²⁶¹.

O STF entende que a interpretação conforme a Constituição não é simples princípio interpretativo mas, também, modalidade de decisão do controle de normas, “equiparável a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto”²⁶².

Entretanto, para Gilmar Mendes a equiparação leva a dificuldades. A primeira delas equivale a converter uma modalidade interpretativa (interpretação conforme) em técnica de declaração de inconstitucionalidade²⁶³.

A interpretação conforme é uma modalidade interpretativa.

Se na seara do controle abstrato é possível que ocorra a equiparação, na do controle difuso da jurisdição ordinária não o é, em face da necessidade de tratamento especial, a ser aplicável à interpretação conforme.

Entende o referido autor que, tecnicamente adequada é a menção à declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, que dá maior clareza e segurança jurídica. Pondera que o STF seguiu tal linha na ADI 491 e ADI 939, afastando-se da posição inicial de

²⁶¹ (MENDES, 2007, p. 1189.)

²⁶² (MENDES, 2007, p. 1184.)

²⁶³ “Isso já exigira especial qualificação da interpretação conforme à Constituição, para afirma que somente teria a característica de uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto aquela interpretação conforme à Constituição desenvolvida pela Corte Constitucional, ou, em nosso caso, pelo Supremo Tribunal Federal. Até porque, do contrário, também as questões que envolvessem interpretação conforme à Constituição teriam de ser submetidas ao Pleno dos Tribunais ou a seu órgão especial (art. 97)”. (MENDES, 2007, p. 1189.)

que a interpretação conforme era equiparada à declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Salienta-se que a Lei 9868/99 distinguiu as figuras da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto e a interpretação conforme à Constituição, *in verbis*:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

16.3.2.3 Interpretação conforme e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto

Lenio Luiz Streck diferencia a interpretação conforme a constituição (*verfassungskonforme Auslegung*) e a nulidade (inconstitucionalidade) parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*).

Pondera que embora ambas sejam alçadas à condição de técnicas de controle abstrato de constitucionalidade pela Lei 9868/98, não se pode dizer que se equivalem. Neste ponto, destaca-se que Gilmar Mendes não considera a interpretação conforme uma técnica de declaração de inconstitucionalidade, mas sim uma modalidade interpretativa.

Invoca o modelo português no qual a interpretação conforme é denominada decisão interpretativa de rejeição, que só ocorre quando uma norma julgada inconstitucional pelo tribunal *a quo* é considerada constitucional pelo tribunal constitucional, desde que ela seja interpretada em um sentido conforme a constituição (interpretação adequada).

De outra sorte, a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – conhecida na Itália como decisão interpretativa de acolhimento (ou de acolhimento parcial) ou inconstitucionalidade parcial qualitativa, ideal, ou vertical, ou decisão redutiva qualitativa – é a técnica na qual “o resultado é obtido julgando-se inconstitucional o preceito ‘enquanto’, ou ‘na medida que’ ou ‘na parte em que’, incorpora um certo conteúdo de sentido ou uma certa dimensão aplicativa. Ou seja, declara-se inconstitucional um certo segmento ou secção ideal da norma questionada, dos quais exemplos são o TC 75/85, 143/85, 336/86”²⁶⁴.

²⁶⁴ (STRECK, 2004, p. 612.)

Na verdade, quando a interpretação conforme é utilizada para livrar o preceito das alternativas interpretativas consideradas inconstitucionais, originando a sentença interpretativa de inconstitucionalidade em sentido estrito, alguns autores sustentam que a interpretação conforme se equipara à inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Entretanto, a maioria pondera que enquanto na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto as diferentes

...normas derivam de maneira conjunta ou complexa do texto, operando contemporaneamente, pois regulam **fattispecie** diversas ou determinam efeitos independentes, na interpretação conforme operam alternativamente, pois as normas contrastantes não podem ser aplicadas de forma simultânea. É por esse motivo que a redação da sentença de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto normalmente afirma que o preceito é inconstitucional **na parte em que**, enquanto na interpretação conforme (sentença interpretativa de inconstitucionalidade) a redação mais usual afirma que o preceito é inconstitucional **se interpreta...** ou **enquanto se interpreta** ... em determinado sentido²⁶⁵.

Entretanto, há autores que não visualizam diferenças, como Wassilios Skouris, que comenta que mesmo a interpretação conforme tem seu lado negativo, qual seja a rejeição de uma decisão (inconstitucional) da lei, não sendo possível nem necessária uma distinção razoável entre os dois tipos de decisão²⁶⁶.

Disso discordam Canotilho e Rui Medeiros. Este pondera que

as afinidades que existem entre as decisões interpretativas que envolvem simultaneamente o repúdio de um sentido inconstitucional da lei e as decisões de inconstitucionalidade parcial qualitativa não legitimam a confusão entre os dois tipos de decisão. Enquanto na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (qualitativa), as diferentes normas que se extraem da disposição podem operar contemporaneamente, pois figuram **fattispecie** diversas ou determinam efeitos independentes, já na interpretação conforme a Constituição, as diferentes normas que resultam das interpretações contrastantes estão destinadas a operar alternativamente²⁶⁷.

O ponto similar entre ambos é que em ambas o texto se mantém íntegro.

16.3.2.4 Diferença básica entre a interpretação conforme e a declaração de nulidade sem redução de texto

Na interpretação conforme a Constituição tem-se, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial.

²⁶⁵ (BRUST, 2009, p. 513.)

²⁶⁶ (STRECK, 2004, p. 612.)

²⁶⁷ Ibidem. p. 612-613.

Por outro lado, na declaração de nulidade sem redução de texto, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada hipótese de aplicação do programa normativo, sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, o tribunal (ou o responsável pelo controle de constitucionalidade) diz expressamente quais são as interpretações inconstitucionais, deixando em aberto outros sentidos que se podem dar a mesma.

Veja-se bem uma importante diferença: enquanto na interpretação conforme a constituição, dentre os vários sentidos possíveis, fixa-se o único que é constitucional, na declaração de nulidade sem redução de texto, o tribunal diz expressamente qual o sentido interpretativo é inconstitucional, deixando em aberto outras possibilidades.

Foi o que se deu na ADI 134, na qual o STF julgou procedente, em parte, a ação para dar interpretação conforme a Constituição à expressão “sobre fatos relacionados com cada um deles”, excluindo os “atos jurisdicionais”. Trata-se, a toda evidência, de uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou sentença manipulativa redutiva²⁶⁸.

Na interpretação conforme, o leque interpretativo se reduz a um só: a opção validada como constitucional. Já na declaração de nulidade parcial sem redução de texto, o leque se abre às constitucionalidades, porque se fixa qual o entendimento é inconstitucional, deixando “em aberto” as demais possibilidades.

Na decisão de nulidade parcial sem redução de texto constará que “a norma *x* será inconstitucional se aplicável às seguintes hipóteses...; ou, *contrario sensu*, como constou na decisão da ADIn 491: a norma impugnada só é constitucional se lhe der a interpretação que este tribunal entende compatível com a Constituição”²⁶⁹.

Desse modo, não se podem confundir ambas as sentenças.

Consigna Gilmar Mendes que o STF aparta-se da posição inicial que equiparava ambas: a interpretação conforme e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto²⁷⁰. Ambas as modalidades são decisões interpretativas e, na medida que, ao adicionarem sentidos ou reduzirem incidência dos sentidos do texto, estabelecem correções à atividade legislativa. A toda evidência podem ser enquadradas como interpretações não-ortodoxas, pois qualificam-se como manifestações dos tribunais que estão longe da clássica função de “legislador negativo” (concepção kelseniana), pois que se assim não fosse, bastaria expungir o

²⁶⁸ (BRUST, 2009, p. 507.)

²⁶⁹ (STRECK, 2004, p. 613.)

²⁷⁰ *Ibidem*. p. 613-614.

texto normativo do sistema, declarando-se inconstitucional²⁷¹.

Importante consignar uma importante diferença: na interpretação conforme há uma eleição entre os sentidos alternativos presentes no conteúdo da norma, sendo que nesse passo ela se aproxima da sentença manipulativa aditiva, na qual há uma adição de sentido, e para a modalidade substitutiva, que substitui parte do conteúdo do preceito por outro²⁷².

Na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto retira-se uma das incidências da norma, no sentido que é contrário à Constituição.

Outra diferença é que, com a interpretação conforme, é possível chegar tanto a decisões de constitucionalidade, como de inconstitucionalidade e com a nulidade parcial sem redução de texto tão somente chega-se a decisões de inconstitucionalidade²⁷³.

16.3.2.5 Interpretação conforme em sentido estrito e sentenças manipulativas: diferenças

Sentenças redutivas, aditivas e substitutivas são espécies de manipulativas. Da primeira já se viu. A sentença aditiva é o oposto da redutiva, porque agrega conteúdo normativo ao preceito²⁷⁴. Já as substitutivas substituem parte do conteúdo do preceito por outro²⁷⁵.

Nesse contexto, não se pode confundir a interpretação conforme em sentido estrito (escolha entre interpretações alternativas) e sentenças manipulativas (modificação no conteúdo da norma).

Não há confundir as sentenças manipulativas (redutivas, aditivas e substitutivas) com a interpretação conforme que dá origem às sentenças interpretativas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade.

A interpretação conforme *lato sensu* nem sempre ocasiona uma adição de sentido, a menos que se trate de sentença manipulativa aditiva. No caso da interpretação conforme, se está diante de uma sentença de rejeição de inconstitucionalidade parcial qualitativa: ante duas

²⁷¹ Ibidem. p. 614.

²⁷² (BRUST, 2009, p. 514.)

²⁷³ Ibidem. p. 514.

²⁷⁴ “Por exemplo, é inconstitucional **enquanto não estabelece...**, ou **não prevê...**, ou **omite...**, ou **não exclui...**, **algo** que deveria incluir...”. (BRUST, 2009, p. 509.)

²⁷⁵ “... é inconstitucional **enquanto prevê...**, ou **sinala algo, em lugar de** outra coisa que deveria prever...”. (BRUST, 2009, p. 509).

possibilidades interpretativas escolhe-se a que está em consonância com a constituição²⁷⁶. Já no de nulidade parcial, trata-se de uma decisão de acolhimento de inconstitucionalidade parcial qualitativa²⁷⁷.

Enfim:

De todos os modos, uma coisa é certa: com a interpretação conforme a Constituição tomada em seu sentido estrito ou originário, o Tribunal não adiciona sentido ao texto legal. Limita-se a escolher as opções constitucionais entre as interpretações alternativas emergentes do texto legal, dando origem à sentença interpretativa de improcedência (no Brasil, de constitucionalidade) Quando o Tribunal, com base na Constituição, adiciona sentido ao texto legal (ou o reduz ou substitui) está em realidade ditando uma sentença manipulativa. Essa sentença também parte da interpretação conforme (**lato sensu**), mas vai mais além, porque modifica o próprio conteúdo normativo complexo do preceito. E isso pode se refletir, eventualmente, numa indevida invasão da competência de outro órgão de soberania, mais especificamente, do Poder Legislativo²⁷⁸.

16.3.2.6 A interpretação conforme e as sentenças aditivas

A interpretação conforme é uma técnica interpretativa manejada no controle de constitucionalidade, por intermédio da qual a corte suprema ou o tribunal constitucional, ao reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei, a adita, acrescentando uma nova interpretação, com o fito de que não seja declarada a inconstitucionalidade da norma.

É um postulado norte-americano segundo o qual o juiz, na dúvida, deve-se reconhecer a constitucionalidade da lei ou, no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, preferir aquela que se revele compatível com a constituição. Os tribunais devem partir do princípio de que o legislador busca positivizar uma norma constitucional²⁷⁹.

É técnica pela qual se desenvolve o mecanismo de alinhamento da norma infraconstitucional à vontade constitucional e atribuem-se a uma norma infraconstitucional algumas interpretações – favoráveis ou contrárias à constituição – ante a falta de elemento normativo para que a norma esteja de acordo com a constituição. Há, então, uma omissão

²⁷⁶

Ou seja, a interpretação conforme possibilita recolher do texto legal um sentido constitucional, conservando a integridade da lei, mas não contém ‘uma delegação ao Tribunal para que proceda à melhoria ou ao aperfeiçoamento da lei’ (MENDES, 2007: 290). Está limitada pela expressão literal (**Wortlaut**) do texto normativo, porque ‘sua plurissignificatividade constitui a base que permite separar interpretações compatíveis com a Constituição daquelas que se mostram com ela incompatíveis’ (GUSY apud MENDES, 2007: 290) e igualmente pelas ‘decisões fundamentais do legislador’, isto é, suas valorações e objetivos. (BRUST, 2009, p. 502-507.).

²⁷⁷ (BRUST, 2009, p. 511.)

²⁷⁸ Ibidem. p. 513.

²⁷⁹ (MENDES, 2008, p. 346-347.)

legislativa inconstitucional parcial que deve ser colmatada, complementada para que se sane o vício de inconstitucionalidade.

Trata-se de “uma decisão que, simultaneamente, julga a inconstitucionalidade do segmento de uma norma, mas procede também à reparação do vício, juntando um ‘*quid*’ normativo extraído do ordenamento, susceptível de permitir à norma assim ‘reconstruída’, produzir no futuro efeitos jurídicos válidos (sentença com efeitos aditivos)”²⁸⁰.

Determinadas normas contêm vício consistente, basicamente, na falta de um preceito, sem o qual ela é inconstitucional. O tribunal, ao invés de declarar a inconstitucionalidade, declara inconstitucional a norma apenas a parte omissa e adiciona a ela um conteúdo normativo suficiente para sanar a falha.

A boa observação no tema é que a interpretação conforme é um ponto de partida para o julgador modificar a norma, podendo ainda acrescentar-lhe uma regra nova, e, por isso, a sentença é chamada de manipulativa e, no último caso, uma subespécie: a sentença aditiva²⁸¹.

Por isso, salienta Gilmar Mendes, “muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto”²⁸².

Nas ADI’s 1105 e 1127 (relator Ministro Marco Aurélio), o tribunal, ao conferir interpretação conforme a diversos dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), proferiu decisão de conteúdo aditivo²⁸³. No caso, identifica-se uma decisão manipulativa de efeitos aditivos.

16.3.2.7 Sentenças aditivas sob as vestes da interpretação conforme

Nas ADI’s 3324, 3046, 2652, 2209, 2596, 1797, dentre outras²⁸⁴, o STF, ao manejar a interpretação conforme, acabou por proferir sentenças aditivas, ou sentenças manipulativas de efeitos aditivos, de origem italiana. É uma verdadeira interpretação corretiva da lei, em face da interpretação modificativa dos sentidos originais postos pelo legislador²⁸⁵.

Na ADI 2652 que impugnava a Lei 10.358/2001, e deu nova redação ao artigo 14,

²⁸⁰ (MORAIS, 2005, p. 19.)

²⁸¹ (BONSAGLIA, 2010, p. 28.)

²⁸² (MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 1192.)

²⁸³ *Ibidem*. p. 1192.

²⁸⁴ Nota de rodapé 57, p. 1193. (MENDES, 2007.)

²⁸⁵ (FUX, 2013, p. 216.)

CPC, excluindo os advogados do pagamento de multa, devida em face ao descumprimento dos provimentos judiciais, “ressalvando os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB”, a ANAPE – Associação Nacional dos Procuradores do Estado pleiteou a isonomia, no sentido de que a norma fosse extensiva também aos advogados, cuja vinculação ao Poder Público decorresse de lei, porque não sujeitos exclusivamente à observância dos estatutos da OAB²⁸⁶. Assim decidiu o STF em nítida sentença aditiva isonômica, igualando aos advogados privados – que já tinham a “benesse” de não ser multados, em decorrência de descumprimento de provimentos judiciais – os públicos que, pela norma, estavam excluídos do dispositivo mais favorável:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, REDAÇÃO DADA PELA LEI 10.358/2001. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Impugnação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, na parte em que ressalva “os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB” da imposição de multa por obstrução à Justiça. Discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade. Violação ao princípio da isonomia e ao da inviolabilidade no exercício da profissão. Interpretação adequada, para afastar o injustificado discrimen. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos.

Em recente caso, o STF, ao julgar a ADPF 54, decidiu, com nítidos efeitos aditivos e incontestável ativismo judicial, pela possibilidade da interrupção terapêutica da gestação de anencéfalos (aborto de anencéfalos), criando mais uma possibilidade de aborto terapêutico.

O relator foi o Ministro Marco Aurélio, que votou favoravelmente. Além dele, votaram a favor da prática os ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Divergiram da maioria dos ministros Ricardo Lewandowski e o presidente do STF, César Peluso.

16.3.3 Princípio da exclusão da interpretação conforme *contra legem*

Salienta Rui Medeiros que a interpretação conforme somente pode se dar quando não contrarie a letra e a intenção do legislador.

O princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição *contra legem*

²⁸⁶ (FUX, 2013, p. 216.)

impede que o aplicador da lei contrarie sua letra e seu sentido, via interpretação conforme²⁸⁷.

A atuação da interpretação conforme não pode ser contrária à posição do legislador, ultrapassando os limites do sentido legal.

Com isso não concorda Lenio Streck, sob o argumento de que “*não há como aferir a intenção do legislador e tampouco a fórmula normativa objetivada no texto, a não ser que retomemos o debate entre objetivistas e subjetivistas*”²⁸⁸.

Por tal motivo, entende que “a interpretação conforme, assim como a nulidade parcial sem redução de texto e os diversos tipos de sentenças ‘construtivas’, por serem mecanismos de adaptação/correção da legislação, estarão sempre no limite da tensão da relação legislação jurisdição”²⁸⁹.

16.4 A declaração de constitucionalidade das leis e a “lei ainda constitucional”

O *leading case* da declaração de constitucionalidade das leis e a “lei ainda constitucional” foi o julgamento do HC 70.514, no qual entendeu a Corte constitucional que o prazo em dobro dado pela Lei 1060/50, artigo 5º, § 5º, era inconstitucional²⁹⁰, mas a inconstitucionalidade não deveria ser reconhecida até que a organização das Defensorias Públicas nos Estados alcance o mesmo nível do Ministério Público²⁹¹:

Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar²⁹².

Ressalvou-se a possibilidade de vir a ser declarada a inconstitucionalidade da disposição uma vez que a circunstância de fato se modifique.

No mesmo sentido o direito alemão, as chamadas decisões apelativas (*Appelentscheidungen*), “pelas quais se declara uma lei ou uma situação jurídica como ‘ainda’ não inconstitucional, portanto, ainda aceitável, fazendo simultaneamente um apelo ao legislador, eventualmente dentro de um prazo expressamente determinado pelo Tribunal

²⁸⁷ (STRECK, 2004, p. 586.)

²⁸⁸ (STRECK, 2004, p. 587.)

²⁸⁹ Ibidem. p. 602-603.

²⁹⁰ O HC 70.514 (23.3.94) refere-se ao prazo em dobro para a Defensoria Pública manifestar-se nos autos.

²⁹¹ (FUX, 2013, p. 217.)

²⁹² (MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 1194.)

Constitucional”²⁹³.

O Tribunal Constitucional da Áustria expede as sentenças denominadas *complementares à lei*, por intermédio das quais se deduz da Constituição normas que complementam uma lei ordinária de modo a torná-la constitucional. Atua, no caso, o tribunal austríaco como verdadeiro legislador positivo.

A decisão do VfGh VfSlg 9909/1983, tomada em um processo de queixa constitucional, demonstra muito claramente esse conteúdo complementar da lei. No caso específico, tratava-se da admissibilidade constitucional da recusa de uma autorização em matéria de telecomunicações para a instalação de um sistema de rádio (ou televisão) por caso. Depois de o VfGh ter reconhecido a constitucionalidade do monopólio jurídico da empresa radiofônica estadual ORF, interpretou a lei constitucional federal sobre a independência da rádio como contendo uma proibição de realizar emissões radiofônicas enquanto não for emitida uma lei federal nesse sentido, de modo que “todas as autoridades que possam influir na realização de emissões radiofônicas fiquem obrigadas a aplicar a lei constitucional federal do rádio”. No parágrafo seguinte da decisão, o Tribunal formulou a seguinte norma considerada como “complementar”:

“A autorização a uma entidade de telecomunicações da instalação e funcionamento de tais estruturas de transmissão, as quais se destinam a realizar emissões radiofônicas, não pode (segundo o art. 1º, 1, da lei constitucional federal do rádio) ser atribuída enquanto não for emitida uma lei federal nos termos do art. 1º, 2 dessa lei constitucional federal”²⁹⁴.

²⁹³ (FUX, 2013, p. 217.)

²⁹⁴ (STRECK, 2004, p. 606-607.)

AS SENTENÇAS ADITIVAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

17 NOÇÕES

As sentenças aditivas suscitam bastante interesse e polêmica. Surgiram na Alemanha e na Itália e foram internalizadas no Brasil há pouco mais de uma década, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ao que tudo indica, pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

É um tema que merece estudo e análise, posto que ainda incipiente. A celeuma decorre da possibilidade de edificação de uma norma não prevista pelo legislador, pelo que fere o princípio da separação dos poderes, ultrapassando, a Suprema Corte, a linha divisória entre os poderes.

Já se viu, entretanto, que essas linhas que separam os três Poderes da República vêm, por uma série de fatores já alinhavados, sendo redefinidas. A inação do Legislativo nos *hard cases*, a provocação do Supremo Tribunal Federal via ações abstratas, ou recurso extraordinário, impõem a este o julgamento dos casos e a adoção de uma solução factível. Foi o que se deu com a fidelidade partidária e com a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, dentre outros, que há anos aguardavam a regulamentação legislativa.

Do léxico, o termo aditivo pode significar um substantivo ou um adjetivo. Será um substantivo masculino, na própria acepção jurídica, com a significação de emenda que se faz, com acréscimo de dispositivo, a uma lei em projeto. Será, por sua vez, um adjetivo, quando acompanhar um substantivo, como no nosso caso: sentença aditiva. O adjetivo aditiva acresce-se ao substantivo sentença, qualificando-o, com o significado de ser o que se adiciona ou acrescenta.

Dito isso, em sede preliminar, pondera-se que o mais irônico é que a sentença aditiva (*stricto sensu*) adiciona sem acrescentar. Ela não acrescenta sequer um único ponto, de forma explícita. Consoante se verá, acresce de forma implícita, estendendo seus efeitos a uma categoria não contemplada pela norma inconstitucional, na parte em que não disse.

18 CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS MODIFICATIVAS OU MANIPULATIVAS (OU DE CARÁTER INTERMÉDIO) NO DIREITO ITALIANO

Antes de chegar à espécie, deve-se abordar o gênero. As sentenças modificativas ou manipulativas são o gênero do qual as aditivas são espécies.

No Direito Italiano, as sentenças modificativas, ou manipulativas (ou de caráter intermédio) se distinguem, grosso modo, em exortativas, interpretativas, aditivas e substitutivas.

Sentenças exortativas (*sentenze comandamento*) são aquelas nas quais há a declaração da inconstitucionalidade da lei impugnada, mas a lei mantém sua eficácia, enquanto o texto inconstitucional não for alterado pelo legislador.

Sentenças interpretativas (*sentenze interpretative*) são aquelas, nas quais, a Corte Constitucional não reforma o texto da lei, mas declara nulas as interpretações que não guardam conformidade com a Constituição. Correspondem à interpretação conforme do Direito Brasileiro.

As sentenças substitutivas (*sentenze sostitutive*), aquelas proferidas nos casos em que a declaração de inconstitucionalidade cria um vácuo legislativo que se torna uma ameaça à segurança jurídica. Para evitar tal situação, a Corte pode: manter temporariamente a lei impugnada em vigor até o momento apropriado para suprimi-la, ou, alternativamente, criar a regra que supera o vácuo legislativo deixado pela norma afastada, até que o Legislativo edite novo dispositivo²⁹⁵.

Por fim, as sentenças aditivas (*sentenze additive*), que reparam a omissão parcial do legislador, causadora de uma inconstitucionalidade, para evitar a inconstitucionalidade total. Supre a omissão e cria regras para garantir a adequação da norma à Constituição.

Na decisão aditiva, há uma disposição e uma omissão, à qual é colmatada via dispositivo criado pela sentença legislativa. Já na decisão substitutiva, a Corte não se limita a censurar uma omissão e, por consequência, estender uma norma preexistente, mas, antes disso, cria uma norma em substituição a outra inconstitucional²⁹⁶.

²⁹⁵ “A título de elucidação, Podemos classificar a sentença substitutiva com o caso da “lei ainda constitucional”, retratado no julgamento do HC 70.514 (23.3.94), segundo o qual entendeu a Corte constitucional o prazo em dobro dado pela Lei 1060/50, artigo 5º, § 5º, era inconstitucional, mas tal inconstitucionalidade não deveria ser reconhecida até que a organização das Defensorias Públicas nos Estados alcance o mesmo nível do Ministério Público”. (BONSAGLIA, 2010, p. 18.)

²⁹⁶ (NOBRE JUNIOR, 2010, p. 105 apud FUX, 2013, p. 180.)

As aditivas são compostas de duas partes: uma declaratória e outra constitutiva. A primeira na qual se declara a inconstitucionalidade – conteúdo declaratório; já a segunda, esta transforma ou reduz o significado, ou o alcance da norma –, conteúdo constitutivo da decisão.

Assim, as sentenças aditivas figuram como categoria de sentenças manipulativas. Às clássicas funções de valoração, pacificação e ordenação, agrega-se a função de reparação, ou de restauração, da ordem corretiva afetada pela decisão de inconstitucionalidade²⁹⁷. Segundo Elival da Silva Ramos, as sentenças manipulativas aditivas são decisões de acolhimento, nas quais é declarada a inconstitucionalidade da norma, sem a redução do texto de seu enunciado, o que as aproxima das decisões que imputam inconstitucionalidade parcial qualitativa²⁹⁸.

A restrição temporal dos efeitos das decisões e as sentenças de acolhimento com interpretação condicional se tornaram insuficientes, em face da necessidade de dar uma resposta imediata ao vazio jurídico da norma que lesa direitos constitucionais protegidos²⁹⁹. Há, efetivamente, uma inconstitucionalidade relativa³⁰⁰.

²⁹⁷ (MORAIS, 2005, p. 26.)

²⁹⁸ (RAMOS, 2010, p. 217.)

²⁹⁹ (MORAIS, 2005, p. 26.)

³⁰⁰ “O *segundo factor* concerne à eventualidade de normas que ao estipularem um regime que determine sacrifícios ou que conceda benefícios a uma categoria de destinatários *silenciem omissivamente* a inclusão no mesmo regime, de outra categoria de pessoas posicionadas numa situação igual ou idêntica”. (MORAIS, 2005, p. 26.)

19 SENTENÇAS ADITIVAS

As sentenças que mais problemas trazem, em sede de jurisdição constitucional, são as sentenças manipulativas e, dentro desse grupo, as aditivas. Coloca-se em discussão a questão da legitimidade e a aparente invasão legislativa por parte do tribunal.

O problema principal é a invasão de competência de outros poderes e, também, entre os próprios tribunais; no caso, na Europa, entre o tribunal constitucional e os tribunais ordinários³⁰¹.

19.1 Origem e móvel justificador da criação

As sentenças aditivas são originárias do Direito Italiano e do Alemão. É uma técnica interpretativa utilizada pelas principais cortes constitucionais europeias. Elas fogem das decisões de inconstitucionalidade, ditas simples, que se limitam ao papel, do legislador negativo, de excluir a norma do ordenamento jurídico³⁰². Situam-se no grupo das sentenças manipulativas porque transformam o significado originário da norma.

Elas nasceram da necessidade de dar respostas ou de fixar critérios de preenchimento de omissões relativas, ou de lacunas, geradas pela própria decisão de inconstitucionalidade. São dois os aspectos que se destacam: o vácuo gerado pela decisão inconstitucional e o silêncio omissivo, referente à inclusão, no mesmo regime, de outra categoria de pessoas situadas em situações iguais ou idênticas³⁰³.

Ante a total exclusão da norma inconstitucional, via modelo de Kelsen, e seus inconvenientes, razões de segurança jurídica prevalecem para que se possam resguardar os efeitos póstumos e, se necessário, os efeitos futuros da norma inconstitucional, principalmente se se tratar de normas que regulam situações de trato sucessivo³⁰⁴. A sanção de invalidez distinguia-se da revogação, que prosperou no modelo austríaco³⁰⁵.

³⁰¹ (REVORIO, 2001, p. 165.)

³⁰² (FUX, 2013, p. 181-182.)

³⁰³ *Ibidem.* p. 182.

³⁰⁴ *Ibidem.* p. 182.

³⁰⁵ (MORAIS, 2009, p. 22.)

Neste contexto, tem-se o modelo alemão que reafirmou o postulado jurisdicional e não paralegislativo do tribunal constitucional. Tal modelo centra o controle de constitucionalidade não em uma defesa formal do ordenamento jurídico, mas em uma garantia efetiva e substancial do Estado de Direito, com fundamento na tutela dos direitos fundamentais³⁰⁶.

O modelo alemão cinde-se em sentenças de rejeição e sentenças de acolhimento, de modo que a gênese das sentenças manipulativas (das quais a aditiva é uma das espécies) nasceu, em face do interesse dos tribunais constitucionais pelos efeitos colaterais de suas decisões.

Ante a necessidade de preservação da coisa julgada e de outras situações já estáveis e consolidadas, passou-se a avultar de importância o problema da modelação constitutiva dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, “centrado predominantemente na restrição à eficácia retroactiva da declaração e mais circunscrita e controversamente, no deferimento dessa eficácia para o futuro”³⁰⁷.

Ao invés de declarar a inconstitucionalidade *in totum* da norma impugnada, surgiu um “raciocínio favorável à redutibilidade do preceito afectado pela inconstitucionalidade”³⁰⁸.

De acordo com o princípio do aproveitamento dos atos, a parte constitucional é “mantida viva”, e a inconstitucional sanada, por meio da prolação de uma sentença (decisão) aditiva³⁰⁹. Esta é a seara dos silêncios inconstitucionais do *decisor normativo* que cria “onerações inadmissíveis e desproporcionais a direitos e garantias fundamentais”³¹⁰, motivo por que se impõe a restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade.

Importante observar que não há confundir as sentenças aditivas com as decisões de procedência que, “ao eliminarem determinado dispositivo ou norma, ensejam a automática incidência de disposição ou complexo normativo, cujo conteúdo houvera sido comprimido pela parte declarada inconstitucional do ato impugnado” – caso clássico de repristinação³¹¹.

³⁰⁶ (MORAIS, 2009, p. 22-23.)

³⁰⁷ *Ibidem*. p. 22.

³⁰⁸ “Redutibilidade, não apenas traduzida na inconstitucionalidade parcial quantitativa (que supõe a eliminação de uma parcela de disposição que contém uma norma ou um fragmento de norma), mas, fundamentalmente, na realização de operações interpretativas das quais decorra a redutibilidade das opções normativas que emanam do enunciado”. (MORAIS, 2009, p. 24-25.)

³⁰⁹ (MORAIS, 2009, p. 25.)

³¹⁰ *Ibidem*. p. 25.

³¹¹ “Se há um componente aditivo nessa modalidade de sentença, cuida-se apenas da ‘consequência directa da ampliação automática do âmbito de aplicação de uma norma, como efeito da eliminação do preceito inconstitucional que a restringia ou exceptonava. Esse tipo de decisão de acolhimento não dá ensejo a ativismo

19.2 Conceito e delineamentos

Sentença aditiva é um ato da jurisdição constitucional que tem por escopo sanar uma omissão parcial estendendo os efeitos já previstos na norma a uma situação semelhante.

A omissão inconstitucional encontra-se na forma, que não contém tudo aquilo que deveria conter para adequar-se à Constituição, motivo por que o órgão de fiscalização acrescenta (de forma silenciosa) esse elemento faltante.

Javier Diaz Revorio as conceitua como

Se trata de aquellas sentencias manipulativas 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 sua aplicación a supuestos no contemplados expresamente em la disposición, o ampliando sus consecuencias jurídicas. Como veremos, la inconstitucionalidad recae en este caso en una norma no expresa, que excluye o impide la extensión de la norma; o bien – desde otro punto de vista, o en otros supuestos – dicha inconstitucionalidad no recaería sobre la disposición ni sobre la norma, sino sobre la omisión o la laguna legal³¹².

Por sua vez, José M^a Lafuente Balle pondera que são sentenças que acolhem o recurso e adicionam, ao conteúdo normativo da disposição impugnada, uma regulamentação que faltava para assegurar a sua conformidade com a Constituição. Tal regulamentação, não obstante carecer da aprovação do legislador é vinculante aos juízes e tribunais ordinários. Com esse tipo de sentenças, o texto da disposição legal impugnada permanece inalterado e o tribunal cria uma norma e a adiciona ao texto da disposição. A sentença declarará que esta nova norma se infere da Constituição e que sua adição à disposição recorrida é determinante para assegurar a constitucionalidade da norma³¹³.

Em cotejo com as decisões redutivas ou de inconstitucionalidade parcial, é que nesta há uma parte da norma que cai para ela ser salva; já nas aditivas, há um segmento ou uma norma que se acrescenta com idêntico fim³¹⁴.

judiciário, razão pela qual tornaram-se bastante comuns no sistema constitucional português”. (RAMOS, 2010, p. 218).

³¹² (REVORIO, 2001, p. 146.)

³¹³ (BALLE, 2000, p. 136.)

³¹⁴ “Uma lei, ao atribuir um direito ou uma vantagem (v.g., uma pensão) ou ao adstringir a um dever ou ônus (v.g., uma incompatibilidade), contempla certa categoria de pessoas e não prevê todas as que se encontrem na mesma situação ou acolhe diferenciações infundadas. Que fazer: eliminar os preceitos que, qualitativa ou quantitativamente, violem o princípio da igualdade? Ou, pelo contrário, invocando os valores e interesses constitucionais que se projectam nessas situações, restabelecer a igualdade? Decisões aditivas são, em especial, a segunda alternativa”. (MIRANDA, 2008, p. 88.)

O que é essencial e as diferencia é o fato de que “nas sentenças aditivas, o texto da disposição legal permanece inalterado”. O tribunal extrai da constituição uma norma e a adiciona ao texto da disposição. A decisão declarará que esta nova norma infere-se do conteúdo da constituição, e sua adição à disposição recorrida resulta determinante para assegurar a constitucionalidade desta³¹⁵.

Nos casos de decisões interpretativas de acolhimento e nas que admissivelmente assumem efeitos aditivos, a sentença retira, embora a título implícito, da Constituição, autorização para actuar diretamente sobre a disposição que contém a norma impugnada de forma a modelar o seu conteúdo e os seus efeitos³¹⁶.

Reprisa-se que há dois preceitos contidos nas sentenças aditivas: um que declara a inconstitucionalidade de uma omissão – dito ablativo³¹⁷ – e outro, reconstrutivo, pelo qual o tribunal constitucional extrai do ordenamento jurídico constitucional uma parcela que restava para dar constitucionalidade ao preceito omissivo³¹⁸.

19.3 Motivos que ocasionaram o surgimento das sentenças aditivas

Dentre os fatores que impulsionaram a criação das sentenças aditivas, elencam-se: a) a lacuna gerada pela declaração de inconstitucionalidade; b) normas que silenciam omissivamente e prejudicam uma categoria de pessoas – as omissões relativas; c) a eliminação da restrição omissiva que ocasiona prejuízos à categoria outrora “beneficiada” com a norma – porque o benefício era constitucional, e a inconstitucionalidade residia somente na omissão relativa –, relegando todos ao “prejuízo” decorrente da inconstitucionalidade total.

³¹⁵ (STRECK, 2004, p. 599.)

³¹⁶ (MORAIS, 2009, p. 20.)

³¹⁷ Jorge Pereira da Silva, com foco na ordem constitucional portuguesa pondera que a competência para a ablação, ou seja, a retirada da norma inconstitucional, e a colmatação (preenchimento), é diferente.

O tema se biparte conforme se trata de fiscalização concreta e abstrata. No primeiro caso, aos juízes ordinários, em síntese, caberá verificar a ocorrência da omissão e declarar a inconstitucionalidade das normas implícitas. A eles caberá a parte reconstrutiva da norma. Já o segundo, Tribunal Constitucional, intervirá somente na parte ablativa da decisão.

³¹⁸. O efeito ablativo corresponde à eliminação da parte inconstitucional de um enunciado normativo. Já o reconstrutivo “consiste na identificação de um critério jurídico de decisão passível de ser junto a uma norma ou ao segmento remanescente de um regime normativo, de forma a que sejam criadas condições de conformidade do sentido recomposto da disposição normativa com a Constituição”. (RAMOS, 2010, p. 217.)

Por intermédio delas, adiciona-se a uma norma parcialmente julgada inconstitucional, outra parcela normativa extraída da constituição, pelo tribunal, de forma a reparar diretamente a invalidade gerada (sentença com efeito aditivos)³¹⁹.

A norma, então, transmuda-se e, nessa mutação, tornar-se-á compatível com a constituição federal e, mantida no ordenamento jurídico através de um “acréscimo constitucionalizante”, garante sua parametricidade com a mesma lei fundamental.

Para Jorge Miranda, nas decisões aditivas, também ditas modificativas ou manipulativas, a inconstitucionalidade reside não naquilo em que a norma preceitua ou deixa de preceituar, mas na norma “*na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter*, para responder aos imperativos da constituição. E, então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando, modifica) esse elemento que falta”³²⁰.

Mais adiante, melhor explicita:

Nas decisões aditivas (também chamadas modificativas ou manipulativas) a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que a norma preceitua quanto naquilo que ela não preceitua; ou, por outras palavras, a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando, modifica) esse elemento que falta.

Uma lei, ao atribuir um direito ou uma vantagem (v.g., uma pensão) ou ao adstringir a um dever ou ônus (v.g. uma incompatibilidade), contempla certa categoria de pessoas e não prevê todas as que se encontrem na mesma situação, ou acolhe diferenciações infundadas. Que fazer: eliminar os preceitos que, qualitativa ou quantitativamente, violem o princípio da igualdade? Ou, pelo contrário, invocando os valores e interesses constitucionais que se projectam nessas situações, restabelecer a igualdade? Decisões aditivas são, em especial, as que adoptam o segundo termo da alternativa³²¹.

Desse modo, conserva-se a disposição da norma, mas a ela se agrega um *plus*, qual seja, o significado omitido. Se, por um lado, nas sentenças redutivas, ou de inconstitucionalidade parcial, há uma parcela da norma que cai para o restante ser salvo, por outro lado, nas aditivas, há uma parcela que se acrescenta com idêntico fim.

Canotilho, ao diferenciar as sentenças aditivas das substitutivas, pondera que as primeiras (as aditivas) ampliam o âmbito normativo de um preceito, declarando-o inconstitucional e, na parte em que omite ou deixa de prever, contemplam uma exceção, ou impõem uma condição, a certas situações que, necessariamente, deveriam prever. Já as

³¹⁹ (MORAIS, 2009, p. 21.)

³²⁰ (MIRANDA, 2002, p. 514.)

³²¹ (MIRANDA, 2008, p. 88-89.)

sentenças substitutivas declaram a inconstitucionalidade de uma norma na parte em que contém uma prescrição em vez de outra, ou proferem uma decisão que substitui a disciplina jurídica contida no preceito julgado inconstitucional³²².

Invoca o citado autor dois exemplos ocorridos em Portugal que têm efeitos semelhantes aos das sentenças manipulativas italianas: o caso do exercício da advocacia por docentes (AC. 143; 85), que alargou a exceção à incompatibilidade com o exercício da advocacia a todos os docentes, e não apenas aos docentes de disciplinas de direito, como previa o Estatuto da Ordem dos Advogados; o segundo exemplo é o AC. 203/86, de 12/08, caso dos beneficiários de pensões, pois, ao julgar-se inconstitucional a norma que mandava aplicar a disposição menos favorável aos beneficiários de pensões fixadas antes de certa data, acabou por estender o âmbito de aplicação do regime mais favorável³²³.

Como ressalta Vezio Crisafulli, por efeito das sentenças aditivas, a norma expressada pelo texto deve ler-se como compreensiva também de algo que, ilegitimamente, não estava previsto. Isto não significa, todavia, que haja alteração textual, mas que o conteúdo normativo será ampliado pelo Tribunal. “Em sentido estrito, nenhuma sentença pode acrescer nada a um texto: não há dúvida que, formal e oficialmente, o texto segue grafado de idêntica maneira”³²⁴.

A inconstitucionalidade declarada centra-se na parte em que a norma não disser algo, após o que ingressasse um conteúdo normativo via tribunal constitucional.

19.4 Nomenclatura

A nomenclatura “aditiva” advém do fato de a decisão possibilitar um acréscimo à norma, uma vez que declarada a inconstitucionalidade da omissão. O regime mais favorável que disciplinava certa categoria ou determinada situação passa a abranger as outras que estavam em posição semelhante, mas não contemplada. No texto não há qualquer modificação.

³²² (CANOTILHO, 2003, p. 1009.)

³²³ (CANOTILHO, 2003, p. 1009.)

³²⁴ (REVORIO, 2001, p. 167.)

19.5 Natureza jurídica

A sentença aditiva está na seara da interpretação conforme, no manejo do controle de constitucionalidade. É subespécie de decisão manipuladora e agrega um *plus* onde só havia vácuo normativo nocivo à planificação constitucional de direitos³²⁵.

Assim, sua natureza jurídica é a de um método inserto no controle de constitucionalidade, que se externa através de uma decisão judicial e possibilita uma “ponte” extensiva de efeitos normativos já previstos, com o fim de regenerar uma omissão causadora de inconstitucionalidade. É uma sentença “construtiva” silenciosa.

19.6 Função e finalidade das sentenças aditivas

A função da sentença aditiva é colmatar a norma inconstitucional, parcialmente omissa³²⁶. Para isso, procura mitigar o rigor extremo das decisões de invalidade e conservar, na medida do possível – ao evitar o “vácuo destrutivo” –, os atos jurídicos, de forma a aproveitar utilmente seu componente normativo não afetado pela inconstitucionalidade³²⁷. Às clássicas funções de valoração (declaração do valor negativo do ato inconstitucional), pacificação (força de caso julgado da decisão de inconstitucionalidade), ordenação (força *erga omnes*) acresce-se a de reparação ou restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade³²⁸, ou seja, na omissão parcial.

Não é imprescindível que uma sentença aditiva proceda formalmente à declaração de inconstitucionalidade. O que deve se destacar é que o tribunal declara a inconstitucionalidade do preceito “na parte em que” não prevê ou inclui³²⁹.

Assim, as sentenças aditivas assinalam que o conteúdo normativo de um preceito legal deve incluir algo que o texto da disposição não prevê, pois, a esse preceito, falta algo para ser de acordo com a constituição³³⁰.

A sua finalidade é evitar a declaração de inconstitucionalidade e fazer valer o princípio

³²⁵ (MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 146.)

³²⁶ (FUX, 2013, p. 185.)

³²⁷ (MORAIS, 2011, p. 315.)

³²⁸ *Ibidem.* p. 287.

³²⁹ (REVORIO, 2001, p. 166.)

³³⁰ *Ibidem.* p. 170.

da preservação da constituição e o da presunção de constitucionalidade das normas³³¹. Enfim, buscam-se a superação de uma violação do princípio da igualdade e a tutela dos legítimos direitos dos particulares.

A função de coesão sistemática do arcabouço piramidal normativo realça-se, por si só, em face dos resultados da sentença normativa integradora³³².

19.7 Pressupostos das sentenças aditivas

São pressupostos das sentenças aditivas: a) existência de deveres de legiferação; b) a presença de uma omissão relativa; c) a presença de uma violação do princípio da igualdade; d) a fiscalização, via controle, por ação e não por omissão.

A omissão relativa é o ponto de partida das sentenças aditivas. A atividade criativa do tribunal põe em xeque o paradigma clássico kelseniano do juiz legislador negativo.

19.8 Componentes da sentença aditiva

As sentenças aditivas são compostas de duas partes: um componente ablativo e outro reconstrutivo³³³. É bom anotar, contudo, principalmente em sede de controle abstrato (regime português), que a criatividade – parte adjuntiva da sentença – é limitada e “não deve constituir uma norma inovatoriamente criada *ex nihilo* pelo tribunal constitucional”³³⁴.

O que se quer dizer é que não se cria, pura e simplesmente, como se o julgador fosse o legislador, consoante obtempera Carlos Blanco de Moraes, mas deverá haver um critério de decisão já existente no ordenamento jurídico e que o “tribunal se deve limitar a revelar ou a individualizar no caso ‘*sub iudicio*’ através de uma sentença que julga a inconstitucionalidade de um preceito”³³⁵.

Como demonstrado, muitos tribunais, entretanto, têm uma atuação bastante comedida, quanto ao manejo das sentenças aditivas, como o Português e o Alemão. Entende-se que o limite de atuação do julgador (corte constitucional), no manejo da sentença aditiva, é evitar a

³³¹ (FUX, 2013, p. 185.)

³³² (FUX, 2013, p. 185.)

³³³ (FUX, 2013, p. 186.)

³³⁴ (MORAIS, 2009, p. 36.)

³³⁵ *Ibidem.* p. 37.

criação de algo novo, mas buscar sempre a concretização de valores constitucionais – princípios e fundamentos – ainda que não sejam expressamente positivados.

19.9 Previsão legal

Como se viu a sentença aditiva é subespécie de decisão manipuladora e pode ocorrer na interpretação conforme, prevista textualmente no artigo 28, Lei 9868/99. Entretanto, o referido artigo não se refere expressamente às sentenças aditivas, o que não impede o seu manejo pelos tribunais³³⁶.

19.10 A legitimidade das sentenças aditivas

O ativismo judicial norteia a sentença aditiva, que será aceitável como regra normativa oriunda do Poder Judiciário, em sua função atípica, quando objetivar a efetivação dos direitos fundamentais e concretização dos princípios-vetores insertos na Carta Maior³³⁷.

Quanto evidentemente tiver por escopo garantir o princípio da igualdade e estender a determinadas pessoas um princípio ou norma constitucional, tal norte restará seguido, o que conferirá uma “legitimidade” à sentença aditiva no mundo jurídico-normativo. Contudo, quando forem outros os objetivos, deve-se analisar caso a caso, com o fito de se aferir a legitimidade do ato.

Não obstante tal entendimento, parte da doutrina entende que não é dado à corte constitucional proferir sentenças manipulativas na espécie aditiva, porque as cortes constitucionais (Supremo Tribunal Federal, no Brasil) têm a função de legislador negativo e não podem “adicionar”, sob pena de usurpação de poderes (do Poder Legislativo).

No exercício da sua função de fiscalização da constitucionalidade (ou legalidade), o Tribunal Constitucional só declarar (ou não declarar) a inconstitucionalidade (ou ilegalidade) da norma em causa, mas não pode substituí-la por outra norma por ele criada. Ele pode declarar nulas as normas submetidas à sua apreciação, mas não pode substituir-se ao poder normativo, decretando ele mesmo as normas que, ao contrário das apreciadas, não seriam inconstitucionais (ou ilegais). Seguramente que, ao declarar a inconstitucionalidade (ou ilegalidade de certa norma), o TC tem de dizer o que a torna inconstitucional (ou ilegal), sendo frequentemente fácil deduzir que normas alternativas é que no entendimento do Tribunal deixaram de ser inconstitucionais (ou ilegais). Mas, sob pena de usurpação de poder e de violação da regra de separação das funções constitucionais, o TC deve abster-se de quaisquer indicações precisas que não sejam necessárias, pela justificação da

³³⁶ (FUX, 2013, p. 186.)

³³⁷ *Ibidem.* p. 186.

inconstitucionalidade (ou ilegalidade declarada). A função do TC é uma função de controlo, de carácter essencialmente negativo; cabe-lhe dizer o que é inconstitucional (ou ilegal)... Ele é um contralegislador e não outro legislador.

Problemáticas são também as sentenças manipulativas (aditivas ou substitutivas) em que o TC alarga o âmbito normativo de um preceito, declarando inconstitucional a disposição na parte em que não prevê certas situações que deveria prever ou declara a inconstitucionalidade de uma norma, na parte ou na medida em que contém uma prescrição em vez de outra³³⁸.

Tal concepção, como suscitado, encontra-se arraigada no dogma do legislador negativo, o que é nítido e depreende-se da afirmação de que as cortes são contralegisladores e não legisladores³³⁹.

Realmente, é um tema árido e de vivas controvérsias, no qual nada é pacífico. Entretanto, a própria Lei 9868/99, ao permitir a interpretação conforme, passa a dar uma “autorização” – obviamente, dentro dos limites pertinentes – à concretização da norma constitucional, notadamente pelo princípio da igualdade³⁴⁰.

19.11 Classificação das sentenças aditivas

É importante observar no estudo da classificação das sentenças aditivas, que as diversas modalidades às vezes se encontram, ou seja, duas espécies possuem as mesmas características. Mantém-se a classificação para possibilitar a fidelidade à fonte.

Conforme já exposto em outro trabalho³⁴¹, Carlos Blanco de Moraes traz a seguinte classificação de sentenças aditivas:

a) sentenças de complementação constitucional

Sentenças de complementação constitucional são as que se relacionam com as sentenças com efeitos aditivos com carácter próprio, mas na verdade são sentenças aditivas com carácter impróprio ou aparente. São aquelas nas quais são explicitados melhor princípios jurídicos e conceitos indeterminados, de critérios de decisão com valor constitucional. Elas assumem natureza aditiva no sentido referencial, e não no dogmático, já que a sua componente normativa opera de forma diversa daquela que ocorre das restantes espécies de

³³⁸ (CANOTILHO, 1993, p. 1045.)

³³⁹ (FUX, 2013, p. 187.)

³⁴⁰ Ibidem. p. 186.

³⁴¹ Ibidem. p. 187 *usque* 193.

decisão³⁴².

Esse tipo de sentenças pode assumir duas modalidades: uma com carácter puramente referencial que é a das **decisões concretizadoras de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados**; e outra de natureza altamente controversa quanto à sua admissibilidade, que é a das chamadas “**decisões de revisão constitucional**”³⁴³..

Elas integram uma variante meramente “aparente” e não dogmática das decisões com conteúdo aditivo, porque não têm alguns dos atributos destas (sentenças aditivas).

Ainda assim, por projectarem um efeito adjuntivo de indiscutível força persuasiva no ordenamento jurídico, têm algumas semelhanças no plano da respectiva consequentialidade com as sentenças tratadas a título principal na presente rubrica, pelo que não poderemos deixar de lhes fazer uma alusão doutrinal.

O carácter materialmente “**aditivo**” das sentenças que concretizem princípios e conceitos indeterminados assume uma natureza **aparente**, já que embora se assemelhe a outras modalidades de decisões desta natureza em alguns dos seus efeitos, difere significativamente daqueles em alguns dos seus pressupostos...³⁴⁴.

Isto porque: a) são fruto da função interpretativa comum conferida ao Tribunal constitucional; b) a atividade hermenêutica desenvolvida não é inata das decisões de acolhimento; c) a inconstitucionalidade não tem que ser parcial e a operação adjuntiva não tem por objeto necessário a disposição impugnada, “mas sim, e fundamentalmente, o próprio parâmetro normativo constituioconal, cuja morfologia sincrática ou obscura carece de precisão e concretização”; d) são orientações interpretativas que elucidam o texto da Constituição e assumem um conteúdo materialmente constitucional, funcionando como um parâmetro que passa a incidir sobre o direito ordinário, conferindo-se estabilidade face ao seu carácter orientativo. Neste aspecto, as sentenças aditivas, somente “reconstroem” o direito comum³⁴⁵.

Há ainda as chamadas “decisões de revisão constitucional”, nas quais a operação interpretativa amplia o objeto da norma existente, à margem do texto e da vontade expressa ou implícita do legislador constitucional, o que acaba por gerar “novas normas”, com suposto valor constitucional³⁴⁶.

b) Sentenças de acolhimento com efeitos aditivos com carácter próprio

A expressão “decisões de acolhimento” é típica dos sistemas europeus. Refere-se às

³⁴² (MORAIS, 2009, p. 37.)

³⁴³ Ibidem. p. 39.

³⁴⁴ (MORAIS, 2009, p. 40.)

³⁴⁵ Ibidem. p. 39-40.

³⁴⁶ Ibidem. p. 40.

decisões que julgam procedente a pretensão, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade da norma sindicada. Em regra, sentenças com efeitos aditivos são decisões de acolhimento.

O acolhimento pode ser total ou parcial, e sua consequência é a declaração da inconstitucionalidade ou ilegalidade na norma sindicada, com força obrigatória geral e efeitos *ex tunc*³⁴⁷. Dela podem emergir efeitos negativos, com a eliminação da norma e de sua produtividade passada; positivos, com a repristinação da norma revogada pelo ato inconstitucional – o que não ocorre no Brasil –, e efeitos proibitivos, com a proibição da aplicação ou reedição do ato inconstitucional³⁴⁸.

De ordinário, as sentenças com efeitos aditivos são decisões de acolhimento. Isto porque há uma decisão de inconstitucionalidade associada a uma operação que implica a junção ideal de um critério de decisão³⁴⁹.

b.1) Sentenças demolitórias

As sentenças demolitórias são chamadas de sentenças redutivas com efeitos aditivos. Por intermédio delas, o tribunal “demole”, ou elimina a norma inconstitucional que restringe indevidamente um direito ou uma garantia, ou que discrimina um grupo de pessoas no exercício de direitos ou obrigações, o que permite que norma mais extensa possa operar relativamente a este grupo dela excluído e, com isso, expandir o conteúdo regulatório às situações e pessoas que se lhe encontravam subtraídas³⁵⁰.

³⁴⁷ Segundo o magistério de Blanco de Moraes, as

normas originariamente inconstitucionais ou ilegais são todas as que, desde o momento de sua criação, tenham ofendido o referido parâmetro de validade, o qual lhes era pré-existente. Como tal, sendo a norma expulsa do ordenamento, os efeitos repressivos da declaração de invalidade, atento o critério da imediatividade, retroagem ao momento da origem da norma, eliminando com eficácia “*ex tunc*” todas as situações ilegítimas não transitadas em julgado, geradas pela sua aplicação. (MORAIS, 2005, p. 172).

³⁴⁸ (MORAIS, 2005, p. 171.)

³⁴⁹ “Seria o caso de uma sentença do Tribunal Constitucional alemão (BverfGE, 36) no qual este reafirmou (num cenário próximo, mas com desfecho diferente ao do exemplo avançado *supra*, § 855(que filhos nascidos fora do casamento não poderia sofrer qualquer discriminação em relação aos nascidos na constância do matrimônio.

Neste sentido, equiparando os pais de filhos nascidos em união de facto ao “status” de pais adoptivos, o Tribunal interpretou a norma como compreendendo também a extensão do respectivo regime de benefícios àquela categoria de pessoas. E decidiu não julgar inconstitucional o silêncio do legislador que não contemplava expressamente, para o efeito da atribuição dos referidos benefícios, os filhos nascidos em união de facto, por pressupor que o autor da lei não teria querido criar uma discriminação e que o mesmo teria completado a lacuna se dela tivesse apercebido” (MORAIS, 2005, p. 412-413).

³⁵⁰ *Ibidem*. p. 188.

Possuem as seguintes características:

- definem-se como sentenças redutivas, com efeitos aditivos, por eliminarem uma norma presente em uma dada disposição e ampliar o âmbito aplicativo de outra norma, cujo conteúdo se encontrava restringido pela primeira;
- a sua componente ablativa pode ocorrer de dois modos: a ablação efetiva e concreta ou a ablação de um significado ideal;
- o dispositivo eliminado constitui uma norma que restringe, de forma inconstitucional, a titularidade de um direito a um grupo de pessoas, em ferimento ao princípio da igualdade;
- a componente aditiva não é conformada por uma regra adicionada criativamente pelo tribunal, mas o é em decorrência da ablação, via ampliação “automática” de uma norma;
- não é uma sentença de natureza interpretativa, porque a regra de direito que passa a ser aplicada a um grupo de destinatários que dela se encontravam subtraídos, não resulta de uma operação hermenêutica criadora, mas de uma “dilatação lógica do campo aplicativo de uma norma que deixou de estar limitada no seu potencial poder de alcance”³⁵¹.

Apenas um leve toque as diferencia das sentenças aditivas. É que a “demolição” incidente sobre a norma pode se dar de forma explícita ou implícita.

Não existe, deste modo, o risco de o Tribunal Constitucional imprimir força obrigatória geral ao sentido reconstrutivo do conteúdo de uma norma por ele revelada, como forma de integrar uma omissão parcial ou reparar um vazio jurídico gerado pela decisão de inconstitucionalidade, já que o efeito aditivo surge como consequência necessária do efeito ablativo, esse sim, portador de efeitos “erga omnes”³⁵².

A sentença aditiva pode ser classificada como demolitória, porque subtrai, explícita ou implicitamente, um grupo de pessoas do exercício de um direito.

A componente aditiva não é decorrência de uma “regra adicionada criativamente pelo Tribunal, mas sim uma consequência directa da ampliação automática do âmbito de aplicação de uma norma, como efeito da eliminação do preceito inconstitucional que a restringia ou a excepcionava”³⁵³.

Ela não é uma sentença de natureza necessariamente interpretativa,

³⁵¹ (MORAIS, 2005, p. 423-424.)

³⁵² Ibidem. p. 424.

³⁵³ (MORAIS, 2009, p. 42.)

já que a regra de direito que passa a ser aplicada a um grupo de destinatários que dela se encontravam subtraídos não resulta, muitas vezes, de uma operação hermenêutica “criadora” ou “integrativa” do Tribunal Constitucional, mas sim da dilatação lógica do campo aplicativo de uma norma que deixou de estar limitada no seu potencial de alcance³⁵⁴.

Seu efeito aditivo é decorrência necessária do efeito ablativo, este sim, portador de efeitos *erga omnes*. Por isso, o tribunal constitucional não imprime força obrigatória ao sentido reconstrutivo do conteúdo de uma norma por ele revelada, “justamente porque o efeito aditivo surge como consequência necessária do efeito ablativo”³⁵⁵.

Por último, ela é mais agressiva no que se refere à alegação de usurpação de poderes do que as outras, porque sua parte reconstrutiva “decorre de um fenômeno lógico de aplicação de regras de direito com diferente densidade e extensão”³⁵⁶. Adequado ao caso é o acórdão 962/96, de 11-7, pelo qual o Tribunal Constitucional Português que declarou inconstitucionais duas normas, na parte em que elas condicionavam a concessão da assistência judiciária em caso de insuficiência econômica a estrangeiros e apátridas aos quais tivessem sido concedidos asilo ou estatuto de refugiado³⁵⁷.

Do exemplo acima, infere-se que a ablação de parte da norma ampliou automaticamente o âmbito de aplicação da norma.

b.2) Sentenças aditivas em sentido estrito

Sentenças aditivas em sentido estrito são decisões de acolhimento que declaram a inconstitucionalidade parcial de uma dada norma, mas reparam imediatamente a lacuna criada pela ablação, através da identificação da norma ou de um princípio aplicável³⁵⁸. Há uma declaração de inconstitucionalidade e uma reconstrução da norma para se integrar uma lacuna técnica gerada pelos efeitos ablativos para que se evitem prejuízos de ordem grave³⁵⁹.

b.2.1) Subespécies de sentenças aditivas em sentido estrito

³⁵⁴ Ibidem. p. 42-43.

³⁵⁵ (NOBRE JUNIOR, 2010, p. 188.)

³⁵⁶ (MORAIS, 2009, p. 43.)

³⁵⁷ (MORAIS, 2005, p. 424.)

³⁵⁸ Ibidem. p. 426.

³⁵⁹ (MORAIS, 2009, p. 47.)

As sentenças aditivas, em sentido estrito, podem classificar-se em:

b.2.1.1) sentenças aditivas de garantia

Sentenças aditivas de garantia são aquelas que julgam e reparam com efeitos imediatos, a inconstitucionalidade parcial de uma norma violadora de situações protegidas. Inclui-se um componente decisivo para suprir a vontade restritiva ou omissiva do legislador. Na grande maioria das vezes, busca-se a planificação do princípio da igualdade.

A introdução, por via interpretativa, de um **critério de decisão positivo** através da sentença, destinar-se-ia a suprir a vontade inadmissivelmente restritiva ou omissiva do decisor normativo. O **princípio da igualdade**, com ou sem associação à tutela de outros direitos, tem sido, inequivocamente, o valor constitucional dominante, tutelado por este tipo de decisões, seja no ordenamento português, seja em ordenamentos estrangeiros³⁶⁰.

No tema, é declarada a nulidade da norma enunciada em uma dada disposição, indicando o vício causador e o modo de reparação, ou seja, lança-se um critério positivo de decisão para suprir a vontade restritiva. O princípio da igualdade é o valor tutelado associado a outros³⁶¹.

É, por exemplo, na ordem jurídica portuguesa, o caso do Ac. N. 103/87, de 24-3, o qual se declara a inconstitucionalidade de um artigo da Lei de Defesa Nacional “na parte e na medida” em que a mesma restringe o direito de queixa por parte de agentes militares ao Provedor de Justiça, à exclusiva finalidade da tutela dos seus direitos, liberdade e garantias, em caso de violação ou prejuízo que os afectasse”. O segmento da norma sindicada foi julgado inconstitucional pois vedava outras dimensões desse direito fundamental, nomeadamente aquela que respeitava à faculdade de apresentação de queixa por acções e omissões dos poderes públicos, que o art. 23º da CRP reconhece à generalidade dos cidadãos. Aos referidos agentes passaram a ser aplicáveis, na sua plenitude, as garantias constitucionais previstas sobre essa matéria para todos os cidadãos, constituindo a componente aditiva da sentença uma aplicação directa aos destinatários de uma norma prevista na Constituição e dotada de conteúdo auto-aplicativo³⁶².

³⁶⁰ (MORAIS, 2009, p. 49.)

³⁶¹ “É, por exemplo, na ordem jurídica portuguesa, o caso do Ac. N. 103/87, de 24-3, o qual se declara a inconstitucionalidade de um artigo da Lei de Defesa Nacional “na parte e na medida” em que a mesma restringe o direito de queixa por parte de agentes militares ao Provedor de Justiça, à exclusiva finalidade da tutela dos seus direitos, liberdade e garantias, em caso de violação ou prejuízo que os afectasse”.

O segmento da norma sindicada foi julgado inconstitucional pois vedava outras dimensões desse direito fundamental, nomeadamente aquela que respeitava à faculdade de apresentação de queixa por acções e omissões dos poderes públicos, que o art. 23º da CRP reconhece à generalidade dos cidadãos. Aos referidos agentes passaram a ser aplicáveis, na sua plenitude, as garantias constitucionais previstas sobre essa matéria para todos os cidadãos, constituindo a componente aditiva da sentença uma aplicação directa aos destinatários de uma norma prevista na Constituição e dotada de conteúdo auto-aplicativo”. (MORAIS, 2005, p. 429).

³⁶² (MORAIS, 2005, p. 429.)

No caso acima depende-se que se julgou inconstitucional o trecho da norma sindicada e foi feita uma remissão direta e positiva para a solução do caso, que é a aplicação do artigo 23º, que a Constituição da República Portuguesa oferece à generalidade dos cidadãos.

b.2.1.2) sentenças aditivas de prestação

Sentenças aditivas de prestação, ou também ditas oneratórias, são aquelas nas quais os princípios constitucionais condicionam o exercício de direitos econômicos, sociais e culturais. Nelas, a sentença aditiva, além do reconhecimento do direito ou a sua proteção, impõe a realização de uma tarefa a favor de um titular ou a outorga de um benefício patrimonial³⁶³.

Elas são bastante criticadas por impor um gasto ao Estado.

b.2.1.3) sentenças aditivas sem redução de texto

A classificação deste e do próximo item refere-se às situações nas quais o efeito ablativo é ou não implícito, conforme seja com ou sem redução de texto.

Sentenças aditivas sem redução de texto são as que eliminam um determinado *sentido* e não o texto literal, que torna a norma inconstitucional *e indica uma regulação que nesta não se encontra*³⁶⁴.

Além de eliminarem um segmento normativo ideal de um preceito, porque ele não incluiu ou implicitamente excluiu um grupo de pessoas, indicam que a regulação se encontra em falta.

A eficácia da sentença não se projecta desta forma sobre o texto de uma disposição, mas sim sobre o seu conteúdo, nomeadamente sobre as normas que, por via interpretativa podem ser retiradas de um enunciado normativo. Daí que o juízo de invalidade que recai sobre uma norma ideal ou implícita **acabe por aproximar este tipo de decisão das sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa**, embora se distingam destas últimas em razão do seu suplemento “adjuntivo”³⁶⁵.

O juízo de inconstitucionalidade não recai sobre a omissão diretamente, mas sobre uma norma de carácter implícito, “de decisão extraída do silêncio parcial de um conjunto de preceitos de direito positivo, cujo sentido excludente de um grupo de sujeitos viola princípios

³⁶³ (MORAIS, 2009, p. 189.)

³⁶⁴ Ibidem. p. 50.

³⁶⁵ (MORAIS, 2005, p. 431.)

constitucionais estruturantes do sistema de direitos fundamentais”³⁶⁶.

b.2.1.4) sentenças aditivas com redução de texto

As sentenças aditivas com redução de texto distinguem-se das primeiras, em face do carácter ablativo, porque ela depeça não uma norma implícita de conteúdo inconstitucional, mas uma norma, ou parcela de uma norma, de carácter explícito, inseparável do texto ou da disposição impugnada, mas sim uma norma, ou a parcela de uma norma, com carácter explícito inseparável do texto da disposição impugnada.

Apesar de se assemelharem com as decisões demolitórias de efeitos aditivos porque eliminam uma norma restritiva, distinguem-se delas porque “não pressupõem a automaticidade na aplicação de um novo regime, com carácter geral, aos destinatários da norma restritiva julgada inconstitucional, dado que é a componente reconstrutiva da decisão que indica, por via interpretativa, a norma a aplicar aos referidos destinatários”³⁶⁷.

b.2.1.5) sentenças aditivas de carácter corretivo e integrativo

Em essência, apesar de se enquadrarem na classificação, são operações (corretivas e integrativas) provenientes das sentenças aditivas e não categorias à parte. Entretanto, para ser fiel à classificação em comento, seguem em conformidade com o exposto.

b.2.1.5.1) Sentenças aditivas de carácter corretivo

Pois bem. As sentenças aditivas de carácter corretivo ocorrem sempre que a sua componente *reconstrutiva* intenta transformar o sentido originário do preceito julgado parcialmente inconstitucional, de forma a compatibilizá-las com a Constituição.

28. As sentenças aditivas podem, no nosso entendimento, assumir um conteúdo “**correctivo**” em sentido estrito, sempre que a sua componente “**reconstrutiva**” intenta, através da revelação ou indicação de uma norma, transformar o sentido originário do preceito julgado parcialmente inconstitucional, de forma a compatibilizá-lo com a Constituição³⁶⁸.

³⁶⁶ Ibidem. p. 432.

³⁶⁷ (MORAIS, 2009, p. 56.)

³⁶⁸ Ibidem. p. 57.

Assim, não há a eliminação, de forma expressa, de um segmento normativo. O tribunal, na parte negativa da sentença, declara a inconstitucionalidade de um segmento normativo implícito no texto, eliminando-o da ordem jurídica. O texto da disposição permanece inalterado, mesmo que o seu conteúdo se altere. Destaca-se que, em Portugal, em face da controvérsia que suscitam, esses tipos de sentença ocorrem somente em campo de fiscalização concreta, o que se deve, fundamentalmente, ao *self restraint* do tribunal constitucional³⁶⁹.

De acordo com Blanco de Moraes, as sentenças aditivas podem assumir um conteúdo corretivo em sentido estrito, “sempre que a sua componente *reconstrutiva* intenta, através da revelação ou indicação de uma norma, transformar o sentido originário do preceito julgado parcialmente inconstitucional, de forma a compatibilizá-lo com a Constituição”³⁷⁰.

b.2.1.5.2) Sentenças aditivas de conteúdo integrativo

As sentenças aditivas de conteúdo integrativo são aquelas que buscam superar uma lacuna técnica, direta ou indiretamente, pelo efeito ablativo próprio de decisão de inconstitucionalidade, “materializando-se a operação aditiva através da identificação na sentença de uma norma aplicável já existente no ordenamento”³⁷¹.

Qualificam-se como integrativas, em sentido estrito, quando o tribunal constitucional decide completar uma lacuna gerada pelo efeito ablativo, “materializando-se a operação aditiva através da identificação na sentença de uma norma aplicável já existente na ordem jurídica”³⁷².

³⁶⁹ “À componente ablativa de eliminação parcial qualitativa do segmento inconstitucional soma-se, necessariamente, a componente reconstrutiva. Em ordem à restauração da norma, o Tribunal procede à identificação da norma ou segmento normativo ideal que se encontrava em falta – concede-se o abono de família x aos casais unidos de facto -, adicionando-o ao texto inicial. A componente aditiva impõe-se logicamente perante a eliminação do segmento normativo ideal, sob pena de a norma permanecer, afinal, inalterada. Impõe-se também materialmente, uma vez que o enunciado reconstrutivo constitui uma derivação lógica da disposição impugnada ou decorre da transposição de uma norma constitucional exequível por si própria.

Concluimos, portanto, que estas sentenças que se denominam sentenças sem redução de texto, uma vez que, a “eficácia da sentença não se projecta desta forma sobre o texto de uma disposição, mas sim sobre o seu conteúdo, nomeadamente sobre as normas que, por via interpretativa podem ser retiradas de um enunciado normativo”. (MONTELOBO, 2009, p. 245-246.)

³⁷⁰ (MORAIS, 2011, p. 434-435.)

³⁷¹ (MORAIS, 2009, p. 56-57.)

³⁷² “A decisão de inconstitucionalidade procura, assim, cicatrizar reconstitutivoamente uma incisão operada pela própria sentença no tecido normativo depois de se proceder à remoção de uma norma inconstitucional.

A operação integrativa pode ser desencadeada seja para acautelar exigências de justiça, segurança jurídica e

A decisão de inconstitucionalidade procura, assim, cicatrizar reconstitutivamente, uma incisão operada pela própria sentença, no tecido normativo, depois de se proceder à remoção de uma norma inconstitucional.

A operação integrativa pode ser desencadeada, seja para acautelar exigências de justiça, segurança jurídica e completude no ordenamento, seja para evitar potenciais cenários prejudiciais propulsionados pela própria sentença³⁷³.

É importante assentar que tal método não se exaure nas formas de integração da norma (analogia, v.g.), pois às vezes é o princípio ou norma constitucional que são identificados na sentença como fundamento jurídico imediato da operação reconstrutiva; outras, o Tribunal recorre a direito ordinário que pode ser uma extensão aplicativa ou um exercício integrativo analógico.

Muitos ainda aceitam que o tribunal constitucional, tal como sucede com qualquer outra jurisdição, possa integrar lacunas técnicas e colmatar até **omissões relativas** convertidas em “lacunas”, podendo recorrer, nomeadamente, ao espírito do sistema. Outros, num campo oposto, anotam que a hipotética faculdade de o Tribunal Constitucional poder integrar lacunas com recurso ao direito ordinário implicaria, em primeiro lugar, uma incursão na competência dos tribunais comuns a quem compete a interpretação e integração do direito ordinário. E pressuporia, em segundo lugar, uma invasão da competência do legislador, porque caso o Tribunal Constitucional conferisse eficácia “**erga omnes**” à componente integrativa das suas decisões de inconstitucionalidade, estaria a substituir-se ao referido decisor legislativo na criação de normas jurídicas³⁷⁴.

b.2.1.5.2.1) sentenças aditivas de conteúdo integrativo e a teoria declaratória

Como já referidas acima, as sentenças aditivas de conteúdo integrativo são aquelas cujo objetivo é suprir uma lacuna, por meio de uma operação aditiva que se dá pela identificação, na sentença, de uma norma aplicável, já existente no ordenamento. Blanco de Moraes é enfático, no sentido de que a operação integrativa e corretiva que se dá por meio das sentenças aditivas *não deve editar um direito novo* para colmatar um vazio jurídico, “mas sim recorrer a normas jurídicas já constantes do ordenamento”. A seguir, pondera que se o tribunal “inventa uma disciplina que não existe”, viola, claramente, o campo reservado ao

completude no ordenamento, seja para evitar potenciais cenários de inconstitucionalidade propulsionados pela própria sentença, nomeadamente por violação ao princípio da protecção da confiança.

De um modo geral, a doutrina coincide no entendimento de que as operações correctivas e integrativas das sentenças aditivas não devem editar direito novo para colmatar um vazio jurídico, mas sim recorrer a normas jurídicas já constantes no ordenamento. Na verdade, se o Tribunal ‘inventa uma disciplina que não existe’, viola claramente o campo reservado ao legislador e a decisão aditiva é inválida.

Desse modo, a operação reconstrutiva deve ser sempre estribada num princípio ou numa norma constitucional”. (MORAIS, 2011, p. 435-436.)

³⁷³ (MORAIS, 2009, p. 58.)

³⁷⁴ (MORAIS, 2009, p. 59.)

legislador, e a decisão aditiva torna-se inválida³⁷⁵. Utiliza-se a fórmula integrativa, em sentido estrito, conectada a uma reparação da lacuna gerada pela inconstitucionalidade.

Em síntese, deve o julgador buscar uma norma suposta e hipoteticamente existente no ordenamento jurídico, evitando *inventar* normas e ser um superlegislador³⁷⁶.

Ao que parece, Vitalino Canas também segue o posicionamento da vontade presumível, ou necessária, do legislador, no sentido de serem admissíveis “as sentenças aditivas que ofereçam uma solução de reconstrução da norma que se reconduza à vontade do legislador”. O conteúdo adjuntivo da sentença deve ser aquele que o legislador também escolheria³⁷⁷. Somente assim admissíveis e legítimas as aditivas.

A crítica que se faz a esse dispositivo é que ele pode restringir bastante a atuação das sentenças aditivas. Ademais, não há critérios que possam pautar a vontade presumível do legislador, uma vez que o raciocínio interpretativo pode ser subjetivo. Outra posição pondera que somente se admite as aditivas de caráter corretivo e integrativo que decorram da Constituição “e não se defrontem com opções políticas alternativas no preenchimento de uma lacuna axiológica ou técnica”³⁷⁸.

Ao analisar o tema, vê-se profunda conexão com a teoria declaratória originária da *common law* – o juiz apenas declara o direito existente –, que tem como seu defensor William Blackstone. Segundo tal teoria, o “*common law* está nos costumes gerais observados entre os *Englishmen*, o juiz não o cria, mas somente o declara”³⁷⁹. Segundo Blackstone, referindo-se ao *stare decisis*:

É uma regra estabelecida no sentido e agir de acordo com precedentes anteriores, quando os mesmos pontos aparecem de novo em um litígio; bem como para manter a escalada de justiça equilibrada e constante, e não sujeita a qualquer nova mudança de opinião do juiz³⁸⁰.

A *common law* residia nos costumes, de maneira por que as decisões das Cortes apenas a descortinava, e o juiz apenas declarava o direito fixado nos precedentes, porque sua autoridade não o dava poder para criar o direito, mas apenas para declarar um direito já

³⁷⁵ (MORAIS, 2009, p. 58.)

³⁷⁶ A expressão é bastante utilizada pelos críticos das sentenças aditivas.

³⁷⁷ O autor baseia a sua tese em três premissas: (a) na omissão relativa o Legislativa o legislador age, ainda que com uma omissão parcial, o que é (b) facilmente detectável através da análise das restantes normas do diploma e (c) o ponto concreto omitido é uma verdadeira obrigação constitucional para o Legislador (CANAS, 1994, p. 94-95.)

³⁷⁸ (MORAIS, 2009, p. 59.)

³⁷⁹ Comentários, 69.

³⁸⁰ Comentários, 69.

conhecido³⁸¹.

Entretanto, Jeremy Bentham e John Austin condenaram a teoria declaratória. O primeiro a igualou ao método de treinamento de cachorros, chamando-a de *dog law*; já o segundo ponderou tratar-se de uma “ficção infantil”, porque “os juízes teriam a noção ingênua de que o *common law* não seria produzido por eles, mas se constituiria em algo milagroso feito por ninguém, existente desde sempre e para a eternidade, meramente declarado de tempo em tempo”. Em contrapartida, para a teoria positivista, o juiz possuía a *law making authority*, ou seja, o poder de produzir o direito e não meramente descobri-lo (como faz crer a teoria declaratória)³⁸².

Pode-se fazer as mesmas críticas, em relação às sentenças aditivas. Cumpre libertar-se das amarras estritamente positivistas que atrelam o juiz da *civil law* ao ordenamento jurídico-positivo. O juiz constitucional, ao verificar a situação que viola o princípio da igualdade, da unidade da constituição, da proibição do retrocesso, dentre outros, deve-se valer das sentenças aditivas *stricto sensu*.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro tem assim procedido, nos últimos tempos. A nova reconfiguração dos Poderes assenta tal proceder. Os limites entre a divisão dos poderes não pode existir, se a inércia de um deles (notadamente o Legislativo) impede a concreção do princípio da igualdade. Tem-se que deixar de eufemismos. Efetivamente, há uma atividade criativa por parte do julgador. Não é tão libertária, mas efetivamente há. Os que são contrários a tal proceder querem um judiciário montesquiniano *bouche de la loi* que não mais se coaduna com o atual cenário de promessas não cumpridas pelos Estados Sociais e a gama de direitos carentes de efetivação.

É óbvio que não se defende a criação pura e simples da norma. Há de haver, efetivamente, limites. Entretanto, discorda-se daqueles que tentam impor amarras ao Judiciário em sua missão-base de garantir o texto constitucional e efetivar os direitos do Cidadão.

Nessa incursão, pondera-se que a maior resistência é a de que tal atividade seja exercida pelo tribunal constitucional, presente como corte exclusiva em tal desiderato, em vários países europeus, como Espanha, Portugal, Itália. Na Itália, no desenvolver da aplicação das sentenças aditivas, houve forte celeuma entre o tribunal constitucional e os tribunais inferiores, que se recusavam a cumprir as sentenças “normativas”, exaradas pela corte

³⁸¹ (MARINONI, 2011, p. 25.)

³⁸² (MARINONI, 2011, p. 26.)

constitucional, o que justifica a resistência do tribunal constitucional em proceder às sentenças aditivas em sentido estrito, como já afirmado.

Pondera-se que muitos aceitam que o tribunal constitucional possa integrar lacunas técnicas e colmatar omissões relativas, retirando sua base de validade do espírito do sistema³⁸³. Entretanto, outros discordam, sob a alegação de invasão da competência dos tribunais comuns e do legislador³⁸⁴.

b.3) Sentenças aditivas de princípio, “de mecanismo” ou “sentenças-delegação”: “falsas sentenças aditivas”

As sentenças aditivas de princípio são provenientes do Tribunal Constitucional Italiano, em um retrocesso na aplicação das sentenças aditivas em meados de 1980. O motivo do nascimento foi a necessidade de abrandar o uso das sentenças aditivas *stricto sensu* (discricionárias e decisões substitutivas, entenda-se), o que gerou uma tensão dialética entre os poderes e mesmo entre os tribunais – com os tribunais inferiores recusando-se a “obedecer” as decisões do tribunal constitucional.

Em função disso, ao avanço criativo inicial das sentenças aditivas, seguiram-se as técnicas de ponderação no seu manejo, com recuos e acomodações compromissórias³⁸⁵. Elas

³⁸³ (MORAIS, 2009, p. 58.)

³⁸⁴ “Outros, num campo oposto, anotam que a hipotética faculdade de o Tribunal Constitucional poder integrar lacunas com recurso ao direito ordinário implicaria, em primeiro lugar, uma incursão na competência dos tribunais comuns a quem compete a interpretação e integração do direito ordinário. E pressuporia, em segundo lugar, uma invasão da competência do legislador, porque caso o Tribunal Constitucional conferisse eficácia ‘erga omnes’ à componente integrativa das suas decisões de inconstitucionalidade, estaria a substituir-se ao referido decisor legislativo na criação de normas jurídicas” (MORAIS, 2009, p. 59).

³⁸⁵ “Essa relação de tensão exprimiui-se em ciclos pendulares, caracterizando-se por momentos criativos de avançado da Justiça Constitucional, seguidos de recuos e acomodações compromissórias, tendo esta situação acabado por ter um especial impacto na morfologia e na expressão quantitativa das decisões interpretativas de acolhimento e rejeição e nas decisões com efeitos aditivos. (...)”

Posteriormente, surgiu a problemática da força obrigatória geral que o Tribunal Constitucional e parte da doutrina procuraram imprimir à interpretação conforme à Constituição presente nas suas sentenças.

Após problemas gerados com o desacatamento das duas soluções interpretativas pelos tribunais comuns, o Tribunal Constitucional recuou. Em consequência, consolidou-se o entendimento (cfr. Sent. Nº 11/81) segundo o qual as sentenças interpretativas de rejeição só vinculam o juiz “a quo”. De acordo com o mesmo, não deveria o Tribunal Constitucional, nesse caso, optar também por uma interpretação conforme à Constituição contrária ao chamado “Direito Vivente” (orientação interpretativa constante e consolidada nos tribunais) no caso de esta última não ser inconstitucional.

Em suma, em face da reacção dos tribunais judiciais, o Tribunal Constitucional auto-limitou-se, reduzindo a sua prévia faculdade em interpretar livremente o direito ordinário que constitui objecto do pedido, sendo vedada, claramente, a faculdade de o mesmo órgão conferir força “erga omnes” às suas decisões interpretativas de rejeição. Assim, contrariamente ao que sucede com a Alemanha e com a maioria dos ordenamentos que seguem a mesma matriz, as operações interpretativas conformes à Constituição começaram a rarear em interpretativas de

são um tipo de decisão que: (a) elimina, em regra de forma parcial, uma norma inconstitucional; (b) enuncia os limites da operação reparadora de uma omissão relativa ou de uma lacuna técnica; (c) e a principal característica é que se abstém de proceder diretamente a essa reparação³⁸⁶.

Elas julgam inconstitucional a omissão que pode ser sanada por mais de uma solução, conforme a constituição e, por isso, limitam a indicar um princípio jurídico que vincule o legislador ou o operador jurídico (juiz) na atividade integrativa. Sua função é orientar o legislador na operação integrativa que deve levar a cabo³⁸⁷.

Destinam-se a “corrigir” as omissões do legislador. Por intermédio delas, declara-se a inconstitucionalidade da norma e indica-se um norte, um princípio que deve ser introduzido em sua substituição. Assinala ao legislador “a tarefa de aprovar a nova disciplina, via de regra, dentro de um tempo prefixado, embora possa o juiz, em algumas das hipóteses, fazer referência àquela diretriz na solução de alguns casos concretos”³⁸⁸.

Assim, elas retiram do ordenamento jurídico o princípio a ser seguido para o preenchimento da lacuna. Trata-se de um evidente valor argumentativo que confere um enunciado axiológico orientador ao juiz comum para integrar uma lacuna, ao mesmo tempo em que exprime um *indirizzo*, ou orientação, ao legislador no que se refere à integração da lacuna ou reparação da omissão, e, se o legislador reparou em desconformidade com o princípio, o tribunal constitucional poderá julgar a norma inconstitucional³⁸⁹.

Alguns autores entendem que tais sentenças não são, em essência, aditivas, mas sim decisões de inconstitucionalidade que indicam princípios, o que as transformaria em sentenças de acolhimento mascaradas em *algo diverso*³⁹⁰. Não seriam aditivas porque lhes falta a componente reconstrutiva, uma vez que não há a reparação direta no vazio normativo. Estariam muito mais próximas às sentenças orientativas ou apelativas, mas que sequer possuiriam a exortação destas, uma vez que não determinam os prazos para o preenchimento das lacunas, tampouco fixam sanções para reprimir a inadimplência do legislador³⁹¹.

acolhimento”. (MORAIS, 2011, p. 278.)

³⁸⁶ (MORAIS, 2009, p. 442.)

³⁸⁷ (BOCZAR, 2010, p. 58.)

³⁸⁸ (SAMPAIO, 2001, p. 170.)

³⁸⁹ (MORAIS, 2011, p. 468.)

³⁹⁰ (MAZZAROLLI, 2000, p. 95.)

³⁹¹ Tais sentenças estão presentes também na Itália e são uma mensagem respeitosa ou um apelo ao Legislador solucionar a omissão. (MORAIS, 2011, p. 442.)

Blanco de Moraes com isso concorda em parte, porque, apesar de não haver o efeito reconstrutivo, propiciam-se condições para a reparação, de maneira por que podem ser classificadas como decisões de efeitos aditivos. Sua componente adjuntiva se traduz em um apelo, via princípio³⁹².

b.4) Sentenças substitutivas

Tais sentenças julgam a inconstitucionalidade parcial de normas e constituem sentenças de revisão constitucional, nitidamente ativistas. Segundo Banco de Moraes, na ordem jurídica portuguesa são altamente perturbadoras do princípio da separação de poderes e têm inexistido na fiscalização abstrata sucessiva, mas em sede de controle concreto a sua aparição já se fez sentir³⁹³.

O ponto nodal da diferenciação entre as sentenças aditivas em sentido estrito e as substitutivas é que as sentenças substitutivas implicam necessariamente ablação de parte do texto da disposição, ao invés das sentenças aditivas em sentido estrito, nas quais esta ablação poderá ou não ter lugar³⁹⁴. Nas substitutivas, o julgador substitui a vontade do legislador pela sua³⁹⁵.

Na ordem jurídica portuguesa este tipo de sentenças altamente perturbadoras do

³⁹² (MORAIS, 2009, p. 69-70.)

³⁹³ (MORAIS, 2011, p. 449.)

³⁹⁴ Nas sentenças substitutivas, a retificação da inconstitucionalidade parcial de normas é levada a cabo pelo próprio tribunal que substitui o segmento normativo inconstitucional por outro conforme a constituição.

Também estas sentenças se distinguem das sentenças aditivas em sentido estrito ainda que se toquem em muitos pontos. As sentenças substitutivas implicam necessariamente ablação de parte do texto da disposição, ao invés das sentenças aditivas em sentido estrito, nas quais esta ablação poderá ou não ter lugar. Neste sentido, no caso das sentenças substitutivas, a parte ablativa incide sempre sobre uma norma expressa e nunca sobre uma norma implícita extraída de um vazio legislativo. Por outro lado, o segmento reconstrutivo é consequência directa da actividade criativa do Tribunal, não derivando, as mais das vezes da disposição impugnada ou da execução de uma norma inconstitucional, nem sendo consequência da parcela remanescente da referida disposição. (MONTELOBO, 2009, p. 243-244.)

³⁹⁵ Citando J. Lafuente Balle, na obra *La Judicializacion* (p. 142) labora que: “Segundo alguma doutrina a fórmula mai comum deste tipo de sentenças é a declaração de inconstitucionalidade do preceito ‘na parte em que’ dispõe algo, ao invés de dispor outra coisa, operando a própria sentença a junção, explícita ou implícita, desse ‘quid’ que o preceito não acolheu. Assim, o referido tipo de sentença declara, por um lado, a inconstitucionalidade da norma na parte desta em que o tribunal considera ser ilegítima e, por outro lado, acrescenta, em sua substituição, um critério de decisão diverso que deve ser conjugado com o segmento da norma não julgado inconstitucional.

Em suma, a norma é inconstitucional por aquilo que dispõe, sendo também inconstitucional por aquilo que não dispõe ou que passou a não dispor em consequência da referida ablação, fixando o Tribunal Constitucional um critério de decisão destinado a colmatar esse vazio prescrito” (MORAIS, 2009, p. 72.)

princípio da separação dos poderes, têm inexistido fiscalização abstracta sucessiva, se bem exista, pelo menos, um caso marcante de sentença de natureza substitutiva ditada em controle concreto. Nele, o Tribunal aventurou-se no perigoso sendeiro da criação de normas “*ex nihilo*”, ou seja, normas que nem são amparadas num raciocínio analógico ou numa extensão lógica do segmento de norma remanescente nem decorrem da aplicação de uma norma constitucional³⁹⁶.

No Acórdão n. 365/2000, de lavra do Tribunal Constitucional Português, o recurso foi provido em nome da violação do princípio da igualdade. O caso refere-se à situação de um cidadão estrangeiro de um País de Língua Oficial Portuguesa que integrou a Administração Pública Nacional até a independência desse território e interpôs recurso contra uma decisão da Caixa Geral de Depósitos que lhe recusou o estatuto de aposentado da Administração Pública, por falta de documento comprovativo da nacionalidade portuguesa. Foi-lhe negado o benefício do apoio judiciário, e o Tribunal Central Administrativo revogou a decisão por violadora ao princípio da igualdade, qual seja a distinção entre estrangeiros residentes e não residentes. Com o grau de recurso para o tribunal constitucional este ratificou a decisão porque: a) o artigo 15º da Constituição Portuguesa amplia aos estrangeiros e apátridas residentes no território nacional os direitos reconhecidos aos estrangeiros, salvo situações excepcionais; b) que tal lei somente poderia ser da Assembleia da República; c) o cidadão, ao qual foi negado a assistência judiciária, porque era estrangeiro não residente, antes tinha sido titular da nacionalidade portuguesa; d) haveria um mínimo de conexão entre o recorrente e o regime de equiparação de direitos entre portugueses e estrangeiros no que se refere ao acesso à justiça, sendo pouco razoável que não lhe fosse reconhecido o direito³⁹⁷.

Blanco de Moraes discorda totalmente da decisão e formula severas críticas, no sentido de a decisão inicial estar de acordo com a norma que negou o benefício, porque se tratava de estrangeiro não residente. Ao se reconhecer a um estrangeiro não residente os mesmos direitos dos não residentes, tendo por base o princípio da igualdade, para alargar o âmbito de aplicação do disposto no artigo 20º, CRP, a sentença perpetrou um salto lógico porque o estrangeiro não residia em Portugal. Ademais, não cabe ao tribunal constitucional seleccionar uma alternativa possível, quando há outras igualmente adequadas. Ademais, o Tribunal não

³⁹⁶ (MORAIS, 2009, p. 72.)

³⁹⁷

Isto, porque existiria um ‘mínimo de conexão’ entre o recorrente e o regime de equiparação de direitos entre portugueses e estrangeiros, no respeitante à fruição do direito ao acesso à Justiça, conexão derivada da circunstância de o mesmo recorrente ter sido titular da nacionalidade portuguesa e, pelo que, podendo vir a ser-lhe reconhecido o direito a pensão de aposentação, seria “pouco razoável” que lhe não fosse reconhecido o direito instrumental ao apoio judiciário. (MORAIS, 2009, p. 73.)

pode substituir o legislador. Por fim:

Ao alargar o benefício a não residentes oriundos das ex-províncias ultramarinas portuguesas, o Tribunal Constitucional criou uma norma legal na base de um critério político de decisão, optando por uma solução que se situa no domínio da reserva da lei.

Para além de substituir ao legislador, usurpando o exercício da função legiferante, o Tribunal Constitucional criou uma norma que é materialmente inconstitucional.

Na realidade, o reconhecimento de certos direitos, como o do patrocínio judiciário, atribuídos portugueses a estrangeiros oriundos dos Estados de língua portuguesa, apenas pode ser realizada de acordo com os pressupostos do n.º 3 do art.º 15.º, a saber: os estrangeiros devem residir em território português, deve respeitar-se o princípio da reciprocidade e o alargamento de direitos deve constar de lei³⁹⁸.

Ademais, além de tudo, a decisão criou um “precedente” argumentativo, em favor de um alargamento de outros direitos, de cunho prestacionais, “a cidadãos estrangeiros que já tenham sido titulares da nacionalidade portuguesa, o que implica uma afronta ao princípio do equilíbrio orçamental e um desrespeito pelos direitos dos contribuintes³⁹⁹”.

Discorda-se de Carlos Blanco de Moraes. Apesar dos limites impostos às sentenças aditivas, não se vê como o Tribunal Constitucional Português foi tão lancinante ao princípio da separação dos poderes. O tema central, no fundo, reside disso: o Judiciário estritamente amarrado à separação de poderes.

O autor, por evidente, coloca bem os limites do tema e requisitos das sentenças aditivas. Entretanto, mesmo ante a necessidade de reconfiguração dos Poderes, em prol do princípio da igualdade, deve-se ir mais além. Não se trata de uma justificação tautológica – a justificação do princípio da igualdade. A questão no caso concreto é que o cidadão estrangeiro, mas de um País de Língua Oficial Portuguesa integrou a Administração Pública Nacional até a independência de seu território e, tendo-lhe sido negado o direito à aposentadoria por falta de documento comprovativo da nacionalidade portuguesa, recorreu. Mas, a questão superficial aventada é o não-direito ao acesso à justiça, por ser o cidadão estrangeiro. Há duas questões que merecem ser pontuadas: uma de fundo, que é o direito à aposentadoria; outra de superfície, o direito de acesso à justiça.

As questões são umbilicalmente conexas, pois recusar o direito de acesso à justiça equivale a matar o direito de fundo, qual seja a aposentadoria. A decisão não prima pelo

³⁹⁸ (MORAIS, 2009, p. 74-75.)

³⁹⁹ “Tudo visto, a sentença deveria ter sido estimada como juridicamente inexistente pela Administração Pública com fundamentos em usurpação de poderes (à qual acresce uma inconstitucionalidade material geradora de invalidade).

Contudo, o facto de constituir a confirmação de um decisão de um tribunal administrativo, a questão do seu cumprimento dificilmente prosperaria em um tribunal comum”. (MORAIS, 2009, p. 74-75.)

“formalismo valorativo”, mas sim pelo “formalismo excessivo”, conforme lições do Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁴⁰⁰.

Situação outra equivaleria a um arbítrio judicial a coonestar com uma decisão injusta lastreada em uma lei inadequada ao caso concreto. O juiz deve, no momento em que a lei não se adequar ao caso concreto – desde que presente a necessidade de efetivação de princípios constitucionais – fazer valer a solução mais razoável e adequada ao caso concreto. Não se trata de discricionariedade judicial, mas de uma decisão atrelada ao bom senso, à necessidade de efetivação dos princípios constitucionais, à razoabilidade e à proporcionalidade. Discricionariedade regrada, portanto.

A análise sequer se deu na situação de fundo – direito à aposentadoria. Ele teve negado o mínimo que foi o acesso à justiça por não conseguir comprovar com um documento a nacionalidade portuguesa. Em outra ocasião, assim pondera-se acerca do acesso à justiça:

O direito à igualdade deve se traduzir em igualdade de oportunidades de acesso à justiça a uma ordem jurídica justa.

Por isso, o direito ao acesso efetivo, como direito do cidadão, tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, porque a titularidade de direitos, in abstracto, é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o ‘mais’ básico dos direitos humanos – de um sistema judiciário moderno e igualitário, que pretenda garantir e não apenas, proclamar os direitos de todos.

Pode-se, assim, considerá-lo como um direito humano em prol da efetivação dos direitos humanos, uma vez que as técnicas processuais servem às funções sociais⁴⁰¹.

Assim, ao menos por uma questão de razoabilidade, ao cidadão deveria ter sido dado o direito de acesso à justiça, pois ficou bastante claro que residiu em território sob o domínio de Portugal.

c) Sentenças de efeitos aditivos de caráter impuro ou misto

São aquelas em cujo conteúdo figuram simultaneamente características de duas ou mais categorias de decisões “típicas” já elencadas acima⁴⁰².

d) Sentenças aditivas de caráter impróprio ou aparente

⁴⁰⁰ (OLIVEIRA, 2009.)

⁴⁰¹ (PELEJA JÚNIOR, 2011, p. 28.)

⁴⁰² (FUX, 2013, p. 191.)

São aquelas que se valem de princípios jurídicos e conceitos indeterminados, para conferir maior ou menor novidade em critérios de decisão com valor constitucional⁴⁰³.

Podem bipartir-se em duas espécies: a primeira, com caráter puramente referencial, na qual há decisões concretizadoras de princípios e conceitos jurídicos indeterminados; a segunda, as decisões de revisão constitucional, de natureza controversa quanto à sua admissibilidade.

Diferentemente das “aditivas de princípio” (abordadas no item b.3.3.11), não indicam um princípio jurídico para vincular o legislador ou operador jurídico.

Elas integram uma variante meramente *aparente* e não dogmática de decisões de conteúdo aditivo, encontrando-se posicionadas fora de alguns atributos que integram a caracterização desse tipo de sentença⁴⁰⁴.

Por projetarem efeito adjuntivo de indiscutível força persuasiva no ordenamento jurídico, elas têm *algumas* semelhanças no plano da respectiva consequencialidade com as sentenças tipicamente aditivas. Apesar de terem caráter materialmente aditivo, na essência diferem significativamente em alguns dos pressupostos.

O primeiro deles é que resultam da função interpretativa comum que é reconhecida ao tribunal constitucional *na elucidação de conceitos abertos*. O segundo é que *a atividade hermenêutica desenvolvida não é um exclusivo das decisões de acolhimento*, ao contrário das sentenças típicas de efeitos aditivos. O terceiro condensa-se no fato de, nas decisões de acolhimento, a inconstitucionalidade declarada não tem de ser parcial bem como a decisão adjuntiva não tem que ter por objeto a disposição impugnada, mas o parâmetro normativo que é objeto de esclarecimento, precisão e concretização. Finalmente, o quarto, são orientações interpretativas que assumem, em sentido próprio, um conteúdo materialmente constitucional⁴⁰⁵.

Destaca-se, no que se refere às chamadas “decisões de revisão constitucional”, que elas decorrem da hipertrofia patológica das sentenças de complementação constitucional. Trata-se de 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 facto, “novas” normas, com pretensão valor constitucional. Certos autores italianos as chamam de “sentenças manipulativas de revisão

⁴⁰³ (MORAIS, 2009, p. 38.)

⁴⁰⁴ (MORAIS, 2009, p. 38-39.)

⁴⁰⁵ (FUX, 2013, p. 192.)

constitucional ou sentenças criativas de novas normas constitucionais”⁴⁰⁶.

Verifica-se um certo exagero em tal classificação, formulada em consonância com o posicionamento dos refratários a uma postura mais ativa do juiz. Algumas vezes, é necessário o juiz “construir” uma norma em prol da efetivação dos princípios constitucionais.

Da classificação acima, verifica-se que o autor português (Blanco de Moraes) não aceita todas as categorias de sentenças aditivas. Sua concordância dirige-se àquelas com conteúdo reparador e corretivo, e a discordância refere-se àquelas sentenças substitutivas e aditivas⁴⁰⁷.

19.12 Sentenças aditivas que ocasionam despesa (ou oneratórias)

Consoante vimos alhures, determinadas sentenças aditivas podem ocasionar a restrição orçamentária, em face das despesas elevadas. São as chamadas sentenças aditivas de despesa ou oneratórias. A questão é intrincada, pois tais decisões oneratórias, *in genere*, causam grandes impactos no próprio orçamento estatal que não havia previsto tais despesas.

Surge novamente a questão da legitimidade dos tribunais constitucionais para exarar tais decisões de graves impactos financeiros.

Em Portugal, a Constituição (arts. 167º e 105º), consagra uma “lei travão” que impede que os deputados apresentem propostas que resultem no aumento da despesa ou diminuição das receitas do Estado, ou seja, há um dever de equilíbrio orçamental, no sentido de que o orçamento deverá prever todas as despesas a serem feitas e receitas a serem colhidas. Efetivamente, há de haver uma responsabilidade orçamentária, o que as decisões aditivas de prestação quebram, pois provocam um agravamento imprevisível das despesas públicas⁴⁰⁸.

Desse modo, os custos financeiros das decisões aditivas de prestação ocasionam a violação do equilíbrio orçamentário, porque o alargamento automático de certos benefícios materiais ou financeiros por parte das sentenças aditivas de prestação, sem o respectivo lastro

⁴⁰⁶ (MORAIS, 2009, p. 40.)

⁴⁰⁷ “Um raciocínio interpretativo objectivista e respeitador do Direito positivado se mostra compatível com a admissibilidade ou legitimidade jurídica de certas categorias de sentenças aditivas, cujo conteúdo reparador e correctivo opera como um elemento vivificador da constituição e garante a realização dos imperativos da justiça material. Em qualquer caso, a contenção da jurisprudência constitucional mais aditiva nos contrafortes do princípio da separação de poderes constitui um imperativo de elementar bom senso, maturidade e temperança das jurisdições constitucionais, já que o Direito pretoriano altere inovatoriamente o ordenamento num sentido diverso do que foi democraticamente decidido não é Direito e o legislador constituinte terá sempre, em caso de conflito, a última palavra”. (BOCZAR, 2010, p. 58.)

⁴⁰⁸ (MONTELOBO, 2009, p. 257.)

orçamentário, desequilibra as contas governamentais⁴⁰⁹.

Observa neste sentido, Roger Stiefelman que o manejo da técnica da interpretação conforme, em tais moldes, e as sentenças aditivas também propiciam a atuação do STF como corte constitucional e⁴¹⁰

modifica radicalmente o cenário político-institucional para conceber, no seio do regime democrático, um legislador paralelo. Não raro, tais provimentos, além de invadir a esfera de competência do Poder Legislativo, produzem efeitos financeiro-orçamentários de monta, notadamente as sentenças aditivas prolatadas em face da aplicação extensiva do princípio da igualdade. São as sentenças aditivas de despesa. Há, na doutrina italiana, quem pretenda considerar inconstitucionais as decisões normativas com efeitos orçamentários, em face do disposto no art. 81 da Constituição, que impõe à lei instituidora de novos gastos o dever de indicar os recursos para fazer-lhes frente.⁴¹¹

O tema tem várias nuances conforme se exporá abaixo.

19.12.1 Soluções para resolver o impasse

19.12.1.1 Estabelecimento de uma dotação orçamentária

Há algumas soluções apresentadas ao impasse. Jorge Pereira da Silva pondera que o fato não pode ser o obstáculo absoluto à decisão de inconstitucionalidade dotada de efeitos aditivos. Para isso, o autor estabelece que deve haver uma dotação orçamentária para o pagamento das despesas oriundas das decisões judiciais⁴¹² – imprevisíveis e inadiáveis.

Com efeito, desde há muito que o legislador ordinário, consciente da necessidade de proteger os direitos dos cidadãos de decisões dos tribunais com efeitos financeiros, estabelece que ‘no orçamento das pessoas colectivas de direito público será inscrita obrigatoriamente dotação destinada ao pagamento de encargos resultantes de

⁴⁰⁹ “Em Itália, esta questão suscitou um vivo debate em torno do art. 81.4 da Constituição, o qual enuncia que, toda a lei que comporte novas ou maiores despesas em relação às orçamentadas, deve indicar meios para as cobrir.

A doutrina dividiu-se entre os que propugnavam pela ilegitimidade das sentenças aditivas que aumentassem, em mais, a despesa e os que consideravam que a referida norma constitucional tinha como destinatário o legislador e não o Tribunal Constitucional.

O Tribunal Constitucional italiano, sufragando a segunda posição, considerou que as suas decisões não estavam sujeitas ao limite expresso do art. 81.4 da Constituição, já que a natureza jurídica das mesmas sentenças era bastante diversa da natureza da lei. Todavia, passou a mediar com mais cautela os efeitos financeiros das suas decisões, chegando mesmo a criar um organismo administrativo auxiliar de avaliação de custos das sentenças”. (MORAIS, 2011, p. 457.)

⁴¹⁰ (LEAL, 2006, p. 87-88.)

⁴¹¹. Ibidem. p. 100.

⁴¹² (SILVA, 2003, p. 131.)

sentenças de quaisquer tribunais⁴¹³.

Concorda-se integralmente com tal solução. Notadamente, as pastas que mantêm o maior impacto orçamentário com as decisões oneratórias devem buscar fazer previsões de acordo com o índice dos anos anteriores. Em outras palavras, através de um controle contábil-atuarial o titular da pasta sabe perfeitamente quanto foi gasto no ano, para fazer face às despesas com as decisões judiciais. A partir daí, tem-se o ponto de partida para a elaboração do orçamento seguinte.

19.12.1.2 Suspensão da eficácia da decisão

Blanco de Moraes dá uma solução extrema. Pondera que nem sempre há suficiente dotação orçamentária, sobretudo nos casos de subsídios estatais e outras prestações similares. A partir daí, constrói o seu argumento no sentido de que a corte constitucional poderá reter durante o tempo de vigência de uma Lei do Orçamento do Estado, a publicação da decisão de inconstitucionalidade com efeitos aditivos oneratórios, que possam ocasionar um desequilíbrio negativo grave ou sensível do orçamento⁴¹⁴.

Como se trata de uma solução extrema, com forte em uma visão utilitarista, entende-se possível a solução. Ora, de nada basta, em último caso, uma sentença inexecutável face às restrições orçamentárias do Estado. Nesses casos excepcionais, em que há um “grande rombo” no orçamento estatal, justifica-se a saída apontada para a resolução do impacto orçamentário das sentenças aditivas oneratórias.

No Brasil, tem-se essa possibilidade, via sentenças modulatórias temporais, que, como já visto, são aquelas que fogem à regra da eficácia *ex tunc* dos atos inconstitucionais para evitar relações jurídicas constituídas mediante boa-fé, ou mesmo para evitar prejuízos.

De acordo com o artigo 27, Lei 9868/99, o Supremo Tribunal Federal pode restringir os efeitos da decisão (quórum de 08 ministros), se estiverem presentes motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, conferindo à norma interpretada eficácia *ex nunc* ou a partir de data fixada na decisão. Trata-se da técnica da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e pertence à classe das sentenças manipulativas.

Um caso recente pode ilustrar a questão. Trata-se da Ação Direta de

⁴¹³ (MONTELOBO, 2009, p. 259.)

⁴¹⁴ (MORAIS, 2011, p. 428.)

Inconstitucionalidade (ADI) 4650, na qual se discute o financiamento de campanhas eleitorais.

A ADI foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e contesta dispositivos da Lei das Eleições (9504/97) e da Lei dos Partidos Políticos (9096/95). Além da declaração de inconstitucionalidade, a entidade pede a modulação dos efeitos da decisão para que o Congresso sane as lacunas decorrentes de eventual decisão favorável e também a fixação de um valor máximo de contribuição por pessoa.

O relator, Ministro Luiz Fux, decidiu no sentido de que as normas atuais mantenham-se em vigor por dois anos e deu prazo de 18 meses para que o Congresso formule uma nova legislação para o tema. Caso os parlamentares deixem de cumprir a ordem, caberá ao Tribunal Superior Eleitoral regulamentar a questão⁴¹⁵

As sentenças modulatórias temporais são aquelas que fogem à regra da eficácia *ex tunc* dos atos inconstitucionais para evitar que relações jurídicas constituídas mediante boa-fé tragam uma surpresa desagradável ou mesmo para evitar prejuízos.

Se se tiver em mira as sentenças aditivas, verificar-se-á que se declara a inconstitucionalidade da omissão. No caso da aditiva de prestação ou oneratória, a inconstitucionalidade da omissão possibilita a aplicação da norma mencionada (art. 27, Lei9868/99). Desse modo, depreende-se que é possível a postergação dos efeitos – da aplicação da norma à categoria não contemplada originalmente pela norma.

No nosso caso, o que se defende é a postergação da eficácia da norma até que se atenda à possibilidade de uma previsão orçamentária.

Consoante Enterría:

É, justamente, a relação estreita entre ambos os conceitos (nulidade = catástrofe) que motivou a busca no ordenamento constitucional de outra solução, sendo crível já ter sido encontrada na adoção do critério da inconstitucionalidade prospectiva, hoje estabelecida e admitida pelos mais importantes sistemas de justiça constitucional e internacional do mundo inteiro⁴¹⁶.

Sofia Montelobo entrevê uma questão de balanceamento de valores, ou seja, entre os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade. Este poderá, em determinados

⁴¹⁵ Importante o posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa que concorda com Luiz Fux no mérito, mas discorda da modulação dos efeitos temporais: “A permissão dada às empresas de contribuírem ao financiamento de campanhas e partidos é manifestamente inconstitucional por exercer uma influência nefasta, perniciososa no resultado dos pleitos”. Entretanto, quanto à modulação discorda porque, apesar de a ADI ter sido proposta em 2011, o Congresso Nacional nada fez desde então. (BEZERRA, Elton. **Fux e Barbosa votam pelo fim das doações de empresas**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-11/fux-barbosa-votam-fim-doacoes-empresas-campanhas>> Acesso em: 12.dez. 2013.)

⁴¹⁶ (ENTERRIA, 1989.)

casos, funcionar como limite à operatividade e aplicabilidade direta e imediata do princípio da igualdade, quer impedindo a anulação da norma expressa, quer obstando à extensão do seu regime. Por outro lado, nem sempre os custos financeiros poderão justificar a negação de direitos⁴¹⁷.

Observa-se o ingresso no tema de se os direitos sociais, econômicos e culturais são normas programáticas, caso em que não poderiam ser efetivados pelo Judiciário. Canotilho discorda, pois tal raciocínio levaria a que “nenhuma das normas constitucionais garantidoras de *direitos sociais fundamentais* poderia ser estruturalmente entendida como norma vinculante, garantidora, em termos definitivos, de direitos subjetivos”⁴¹⁸.

Sofia Montelobo invoca os princípios do não retrocesso e da reserva do possível como condicionantes por parte do legislador. Finaliza ao ponderar que não se pode negar os direitos, em respeito ao princípio da igualdade, que serão avaliados nos modelos abstrato e concreto de fiscalização, sendo que nesta não há como se negar a aplicação⁴¹⁹.

Desse modo, defende-se a possibilidade de quando o tribunal constitucional verificar a impossibilidade material de efetivação da norma, lance mão do expediente. Ora, na própria concepção tripartite de poder, temos que as funções é que são divididas, mas o poder é uno. O Judiciário não pode agir de forma isolada e, de inopino, lançar ao Executivo um problema de grande importe e que desestabilizaria o regime orçamentário. Os Poderes independentes, mas harmônicos, têm que trabalhar juntos e compreender as adversidades encontradas. O juiz (constitucional) não pode ficar alheio a tais situações como se vivesse em um mundo ideal no qual todos os problemas são resolvidos num passe de mágica, pois dinheiro e direitos não nascem em árvores. Tal atitude equivaleria até ao ferimento da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), que impõe responsabilidade quanto à previsão de receitas e despesas por parte dos administradores públicos.

Destaca-se todavia, que há de ser uma situação excepcionalíssima e de interesse social, pois os efeitos nocivos advindos da não efetivação da medida, a par de descumprir uma decisão judiciária poderão espalhar efeitos deletérios a uma parcela da sociedade (ou mesmo grupo de indivíduos – v. g., servidores públicos, consumidores).

⁴¹⁷ *Op. cit.*, p. 260-261.

⁴¹⁸ (MONTELOBO, 2009, p. 261.)

⁴¹⁹ *Ibidem.* p. 262-263.

19.13 Sentenças aditivas abstrata e difusa

A sentença aditiva, como técnica de interpretação conforme, pode ser manejada tanto via controle abstrato, quanto via controle concreto de constitucionalidade. De acordo com Rui Medeiros, podem as sentenças modificativas ser proferidas por todos os órgãos de fiscalização da constitucionalidade. Nesse sentido, pondera que o manejo da decisão modificativa é excepcional, mas não há fundamento para reservar o manejo ao tribunal constitucional⁴²⁰.

Devido ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que abarca ambas as modalidades – concentrada e difusa – não se depreende faticamente tal separação. Mesmo face à regra que veda o *non liquet*, o juiz, ante uma situação na qual o caso concreto há de ser julgado via manejo das sentenças aditivas, pode delas lançar mão, mas com todos os cuidados necessários ao manejo, consoante já manifestado.

Em assim sendo, não apenas o STF pode manejar as sentenças aditivas, mas todos os juízes e tribunais do país, em prol da planificação do princípio da igualdade no manejo dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade⁴²¹.

Observa Blanco de Moraes, referindo-se à ordem constitucional portuguesa, que, no controle abstrato do Tribunal Constitucional Português, é de difícil verificar ocorrência da sentença aditiva para colmatar a omissão relativa, ante o *self restraint* da Corte, “que se recusa a possibilidade de transmitir força obrigatória à componente da decisão que integra uma ‘lacuna axiológica’, através da junção de um critério normativo identificado ou revelado por via interpretativa”⁴²².

Invoca a situação do ensino da religião e moral católica nas escolas públicas que não abordavam o ensino das demais religiões. O tribunal constitucional esquivou-se de decidir a questão e invocou o artigo 283, da Constituição Portuguesa. Em síntese, absteve-se de declarar a ofensa ao princípio da igualdade diante da discriminação, sob o entendimento de que o controle de inconstitucionalidade por omissão (absoluta) deve ser realizado nos moldes do citado artigo e não do controle abstrato sucessivo. Assim, o tribunal constitucional, ao verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão competente. Ressalva, entretanto, que

⁴²⁰ (MEDEIROS, 1999, p. 511.)

⁴²¹ (FUX, 2013, p. 193.)

⁴²² (MORAIS, 2009, p. 53-54.)

Isso não significa, contudo, que inexistam decisões dessa natureza em fiscalização abstracta, nomeadamente quando seja invocável um princípio ou um regra constitucional auto-aplicativa que permita reparar a situação de inconstitucionalidade fabricada por uma norma que exclua arbitrariamente uma categoria de pessoas do exercício de um direito de que as mesmas seriam potencialmente titulares⁴²³.

19.14 Legitimidade

Não apenas o STF pode manejar as sentenças aditivas. Todos os juízes e tribunais do país podem fazê-lo em prol da planificação do princípio da igualdade no manejo dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade.

No ordenamento brasileiro, o artigo 28, Lei 9868/99⁴²⁴ dispõe acerca da interpretação conforme, o que deixa claro que o Poder Legislativo aderiu à possibilidade de o Judiciário “exercer uma atividade de adaptação e adição/adjudicação de sentido aos textos legislativos, reconhecendo, ademais, que a função do Poder Judiciário, no plano do controle de constitucionalidade, não mais se reduz – repita-se – à clássica concepção de legislador negativo”⁴²⁵.

Claro como a luz do sol que o próprio legislador oportunizou ao Judiciário a possibilidade de ir “mais além” de sua clássica função. A norma é bastante importante nesse sentido e é um forte argumento contra aqueles que almejam uma atuação contida (*self restraint*) dos juízes. Ela dissocia e reconhece expressamente duas importantes técnicas do controle de constitucionalidade – interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto – com eficácia contra todos e efeito vinculante. Acresça-se a isto o artigo 27, da mesma Lei 9.868/99, que possibilita a restrição ou a postergação dos efeitos da decisão a partir do trânsito em julgado ou outro momento a ser fixado pelo tribunal. Ambos os artigos deixam claro que no Brasil, o próprio legislador conferiu uma atuação diferenciada ao Poder Judiciário, não obstante por vezes busque tolher

⁴²³ (MORAIS, 2009, p. 55.)

⁴²⁴ “Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

⁴²⁵ (STRECK, 2004, p. 574.)

a atuação judicial – conforme a PEC 33⁴²⁶.

Desse modo, ao adequar o dispositivo legal à Constituição por meio de técnicas interpretativas da jurisdição constitucional, o STF estará exercendo a função de guardião da constitucionalidade das leis, garantindo o princípio da supremacia da constituição, na força normativa que lhe confere o papel de *topos* conformador da atividade hermenêutica⁴²⁷. Pontua Lenio Streck, entretanto, que, nessa função, não foi dada uma carta branca ao Judiciário, mas que se deve ater à Constituição.

Em seu mister, deve o intérprete estar atento à supremacia da constituição e a presunção de constitucionalidade das normas, do que decorre também o dever de observância do princípio da conservação dos atos jurídicos, segundo os quais deve o intérprete escolher o sentido que torne as normas constitucionais e não aquele que resulte na declaração da inconstitucionalidade.

Deve-se zelar sempre pela compatibilização vertical das normas infraconstitucionais com a Constituição, de maneira que haja a parametricidade recomendada das normas inferiores para com a norma-mãe que se encontra no ápice da pirâmide do ordenamento jurídico.

19.15 Efeito integrativo

O efeito integrativo ínsito à sentença aditiva tem por finalidade preencher a insuficiência dos textos normativos. Nesse contexto, a função da sentença normativa é acolher a impugnação à norma sem, contudo, invalidá-la. No entanto, não há confundir tal afirmação com a interpretação “integradora” via analogia, *v.g.*, posto que são coisas diversas, consoante se verá no tópico abaixo.

19.16 Distinções devidas: aditivas de inconstitucionalidade parcial e aditivas de interpretação extensiva ou analógica

O presente subitem é objeto de análise com foco em Javier F. Dias Revorio, que

⁴²⁶ A PEC 33 é controversa e de autoria do deputado Nazareno Fonteles. Seu objetivo é alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

⁴²⁷ (STRECK, 2004, p. 575.)

analisa o tema voltado, predominantemente, ao sistema de constitucionalidade europeu, notadamente o espanhol.

A extensão do conteúdo normativo por intermédio das sentenças aditivas pode produzir-se por duas trajetórias. Sabe-se que, em todos os casos que caracterizam as sentenças aditivas, tem-se uma omissão relativa. Todavia, há algumas ocasiões em que o preceito exclui – apesar de ser implicitamente – algo que deveria incluir (a); enquanto que, em outros casos, não há essa exclusão implícita (b), de maneira que, mediante sua interpretação adequada, pode-se entender incluindo nele o que não estava previsto expressamente, sem necessidade de operação prévia.

Alguns autores utilizam a metonímia e tomam “a parte pelo todo”, ou seja, explicam todas as sentenças aditivas a partir de somente uma dessas vias, como se todas fossem uma só. Já outros distinguem com clareza entre uma *ilegítima exclusão* e uma *omissão* ou *ausência de previsão*, em sentido estrito⁴²⁸.

Há casos que suscitam dúvidas, mas isso não exclui a necessidade de diferenciação, porque a partir dela podem-se entender corretamente os pressupostos das sentenças aditivas. A exclusão e a omissão devem-se diferenciar.

Quizá pueda apuntarse algún criterio orientativo: en primer lugar, hay términos que en sí mismos parecen resultar excluyentes de su “opuesto”, contrario o correlativo: por ejemplo, la mención de “hijas y hermanas” excluye a “hijos y hermanos” (aunque no al revés). En segundo lugar, cuando un precepto regula una excepción o especialidad en relación con lo que es un criterio general, los supuestos no incluidos expresamente en él parece que deben considerarse excluidos: por ejemplo, si un precepto establece con carácter especial la no tributación de las pensiones de los funcionarios en un supuesto concreto (el de gran invalidez), creo que el mismo excluye implícitamente de este régimen especial de exención tributaria a cualquier otra pensión de los funcionarios, como la de incapacidad permanente absoluta. En cambio, la ausencia de mención constituirá una omisión en el sentido más estricto o propio de ausencia de norma directamente derivada de la disposición (o que supone que la omisión es “subsannable” mediante una interpretación adecuada), por ejemplo: cuando pueda entenderse razonablemente que deriva de una inadvertencia del legislador, o bien que lo no previsto respondería en realidad al “espíritu e finalidad” de la ley, o a los principios generales aplicables (por ejemplo, a la enumeración de los supuestos en que el voto es nulo, contenida en la LOREG, puede equipararse el caso, no expresamente previsto, de voto a una candidatura que no se presenta en esa circunscripción); o en general cuando los términos en que se expresa el precepto no resulten excluyentes de otros supuestos (así, me parece que la mención al “matrimonio” no excluye con carácter general a la “pareja estable”, sino que habrá de estarse al supuesto concreto)⁴²⁹.

Vêm, a seguir, as espécies de sentenças aditivas mencionadas.

⁴²⁸ (REVORIO, 2001, p. 175.)

⁴²⁹ (REVORIO, 2001, p. 175-176.)

19.16.1 Sentenças aditivas de inconstitucionalidade parcial: ponderações

São as únicas que realmente declaram a inconstitucionalidade e a nulidade de uma norma derivada, conjuntamente com outras, da disposição impugnada. A sentença declara a inconstitucionalidade dessa norma implícita de exclusão, o que permite a extensão ou ampliação do conteúdo normativo exigido pela constituição (exclusão de uma norma implícita)⁴³⁰.

Retrata a situação o caso da concessão de um benefício legal (pensão) às filhas e irmãs do falecido, no qual houve uma exclusão implícita de filhos e irmãos. Pode-se dizer que, na realidade, a mesma disposição contém duas normas: a) uma que outorga as pensões a filhas e irmãs; b) outra que exclui as referidas pensões aos filhos e irmãos, em idênticas circunstâncias. O princípio da igualdade, com sede constitucional, exige a não discriminação.

Por essa razão, a sentença assinala a inconstitucionalidade do preceito, enquanto exclui filhos e irmãos. Entretanto, essa declaração de inconstitucionalidade não afeta o todo da disposição – que permanece inalterado – senão a norma implícita que exclui os filhos e irmãos das prestações que reconhece o preceito.

A inconstitucionalidade da norma implícita provoca a extensão dos casos expressamente contemplados, o que aumenta seu conteúdo normativo. Nesse sentido é que a sentença é aditiva⁴³¹.

Efetivamente, elas não anulam uma norma em positivo, senão que procedem à anulação de uma norma implícita de exclusão, o que faz possível a ampliação da norma impugnada a situações análogas isto é, a extensão da disciplina que faltava. Trata-se da chamada “*conversão do negativo em positivo*”⁴³².

Em tais casos, a omissão adquire a natureza de uma norma negativa de exclusão. Mas critica-se a conversão do “negativo em positivo”, afirmando-se que ela implica, na realidade, a conversão de um texto ilegítimo em legítimo *mediante uma adição*, convertendo-se a Corte em um *órgão de relegitimação das leis*⁴³³. Ademais, tal construção teórica, derivada da necessidade de justificar a anomalia dos pronunciamentos aditivos, negando sua particularidade, somente parece aplicável ao esquema próprio do princípio da igualdade, mas

⁴³⁰ (REVORIO, 2001, p. 176.)

⁴³¹ Ibidem. p. 177.

⁴³² Ibidem. p. 177.

⁴³³ Ibidem. p. 178.

não a outros casos de sentenças aditivas, para os quais é artificial. Na verdade, essa construção teórica baseada na existência de uma norma explícita de exclusão em realidade pode ser artificiosa para em realidade camuflar uma adição. Neste sentido, pondera Revorio que

a meu juízo a ‘adição se produz, no sentido de extensão dos efeitos normativos previsto no preceito; porém esta extensão requer a prévia anulação de uma exclusão implícita (cuja existência é difícil de negar nos casos que podem englobar um suposto que comentamos) e em parte dos casos que se produz de maneira em certo sentido “automática” com essa anulação⁴³⁴.

Em essência, não se trata de situação diferente da que se produziria se a exclusão fosse explícita. Picardi afirma que se trata de uma anulação, para explicar as sentenças aditivas, porém separa-se nitidamente o momento da anulação do da extensão de seus efeitos. Ele parte da ideia de uma lacuna técnica, que não é *praeter legem*, senão *intra legem*.

O legislador persegue certo fim com uma norma, mas não adota com outra norma as medidas necessárias para consegui-lo. A sentença, nesse aspecto, tem uma dimensão de *ablação*, que remove o obstáculo e uma dimensão de reconstrução, que supre a lacuna. Uma observação bastante importante é que, na primeira dimensão, a sentença de acolhimento se impõe a todos os operadores jurídicos, enquanto a segunda somente vincula o juiz do processo principal ou o órgão proponente do recurso⁴³⁵. Observa-se que o foco é na Espanha.

Lavagna rechaça os efeitos aditivos e diz que a decisão tem efeitos redutores sobre o conteúdo normativo do texto impugnado. Ele discorda de que um texto se declare inconstitucional no que não diz, ou seja, possa afirmar aquilo que a omissão inconstitucional impede de ler. Por isso, afirma que a norma derivará da constituição ou dos princípios gerais⁴³⁶.

Mortati concorda que a inconstitucionalidade de uma omissão tem efeitos normativos, de maneira que o efeito aditivo não é aparente, mas rechaça a existência de uma força de expansão da norma, suscetível de operar automaticamente. Por isso, o objeto do juízo da omissão não é puramente negativo. Ele considera adequada a inconstitucionalidade da omissão, porque o legislador adotou medidas positivas exigíveis, e entende, em consequência, que a lacuna criada por essa declaração de inconstitucionalidade pode colmatar-se com os meios ordinários utilizados para preencher qualquer lacuna (recurso à analogia e aos

⁴³⁴ (REVORIO, 2001, p. 175, tradução nossa.)

⁴³⁵ Ibidem. p. 179.

⁴³⁶ Ibidem. p. 179.

princípios)⁴³⁷.

Para Revorio, a reconstrução é uma consequência da anulação, já que se tem em conta que o anulado é uma exclusão, de maneira que “toda anulação de uma exclusão implícita supõe, logicamente, a inclusão – também implícita – do antes excluído”⁴³⁸.

Sem embargo, continua o autor espanhol, há de se admitir que a extensão dos efeitos normativos não só deriva do texto impugnado, senão também da Constituição: com mais exatidão, é a “que exige a ampliação do conteúdo normativo do texto questionado, uma vez anulada a exclusão implícita que este continha”⁴³⁹.

O referido autor pondera que toda anulação de uma exclusão implícita, implica como consequência imediata a inclusão do antes excluído. Contudo, a própria definição precisa do item excluído, ou a concretização das consequências jurídicas concretas que hão de ser aplicadas requerem um “novel” labor interpretativo, realizado sempre à luz da constituição.

Aduz, entretanto, que a separação entre os dois momentos não deve levar, em caráter geral, à conclusão de que o segundo não corresponde ao tribunal, ou seja, um excesso de suas funções. Nesse norte, se o tribunal pode anular a norma implícita, pode também indicar qual é a interpretação subjacente à referida anulação, para que a mesma seja conforme à constituição. Essa interpretação não implica nada diferente a que o Tribunal realiza em uma sentença interpretativa. E só quando as exigências constitucionais permitem várias opções de desenvolvimento, podem-se apresentar problemas desse aspecto reconstrutivo (em realidade, interpretativo)⁴⁴⁰.

19.16.2 Sentença aditiva de interpretação extensiva ou analógica

Para Revorio, há um segundo modelo denominado “sentença aditiva de interpretação extensiva ou analógica” que são as quais há, *prima facie*, uma exclusão implícita. Para o autor, todavia, isso não ocorre (exclusão implícita) e pode ser resolvido o caso via interpretação extensiva ou analógica. No caso já citado da exclusão do companheiro, em hipotética norma que beneficia o cônjuge, a solução seria a interpretação extensiva ou analógica equiparando-se o primeiro ao segundo.

⁴³⁷ (MORTATI, 1972, p. 679-680.)

⁴³⁸ (REVORIO, 2001, p. 180, tradução nossa.)

⁴³⁹ Ibidem. p. 180 (tradução nossa.)

⁴⁴⁰ Ibidem. p. 180-181.

Invoca Jiménez Campo e faz a diferenciação entre a igualdade na lei e igualdade na aplicação da lei. Com efeito, se se considera que é a lei que exclui implicitamente o fato não previsto, o problema se situa como um caso de desigualdade na lei, que deverá ser declarada inconstitucional “*na parte em que*” não prevê o que constitucionalmente deveria prever. Por outro lado, se se entende que não há uma norma implícita, não haverá nenhum obstáculo legal para realizar uma interpretação extensiva, analógica ou sistemática que permita aplicar ao fato não previsto as consequências expressamente assinaladas no preceito legal. Neste caso, essa interpretação extensiva ou analógica podem realizá-la os juízes ordinários, que, se não realizam essa aplicação quando vem exigida pela Constituição incorreriam em uma desigualdade na aplicação da lei.

Pondera que Jiménez Campo parece entender que é alternativa a consideração do problema como inconstitucionalidade por omissão ou de simples ausência de previsão legal que se resolve através da aplicação da analogia. De maneira que qualquer caso pode ser enquadrado por uma ou outra via, entre as que se resolve via analogia, que pode e deve aplicar-se pelos tribunais ordinários. Entretanto, Revorio destaca que não se trata de enfoques alternativos, senão de diversas situações nas quais há de se fazer a distinção, ainda que em princípio admitam sua inclusão em uma ou outra categoria⁴⁴¹. Assim, é difícil imaginar que uma lei que concede certas pensões a *filhas e irmãs* possa ser aplicada, por analogia, a *filhos e irmãs*, porque os está excluindo implícita, porém indubitavelmente. Para Jiménez Campo, trata-se de lacunas que devem ser preenchidas por procedimento de extensão. Entretanto, rebate Javier Revorio e dissocia a interpretação conforme a Constituição da necessidade de o tribunal reconhecer uma inconstitucionalidade da regra de exclusão. A interpretação conforme não cabe perante normas inconstitucionais. Por outro lado, quando não se tratar de exclusão implícita e somente de uma omissão ou lacuna, o caso poderá ser resolvido mediante uma interpretação analógica.

⁴⁴¹ “Jiménez Campo parece entender que la consideración del problema como un caso de inconstitucionalidad por omisión, o uno de simple ausencia de previsión legal resoluble aplicando la analogía, es alternativa, de manera que cualquier supuesto puede enfocarse por una u otra vía, entre las que él se pronuncia por analogía, que puede y debe aplicarse por los tribunales ordinarios. Pero a mi entender no se trata de enfoques alternativos, sino de diversos supuestos entre los que hay que distinguir, aunque puedan presentarse casos dudosos, que en principio admitirían su inclusión en una u otra categoría. Retomando un ejemplo anterior, es difícil entender que una ley que concede ciertas pensiones a ‘hijas y hermanas’ puede sin más aplicarse por analogía a ‘hijos y hermanos’, porque los está excluyendo, implícita pero indubitadamente. Jiménez Campo es consciente de esta objeción y trata de responderla afirmando que lo que parece contrario al sentido propio de la regla legal, no lo es a la luz de la Constitución, que vendría así a permitir que ‘las omisiones inconstitucionales del legislador fuesen vistas, cualquiera que sea ocasio, como ‘lagunas’, y colmadas, por lo tanto, mediante la extensión al caso no contemplado de la previsión dispuesta expresamente para otro análogo’, mediante el uso de una especie de analogía secundum constitutionem”. (REVORIO, 2001, 184.).

En mi opinión, una cosa es la interpretación del precepto conforme la Constitución – algo que debe realizarse siempre – y otra que la Constitución puede convertir una norma de exclusión clara, aunque implícita, em una inclusión, sin proceder previamente a la anulación de aquella regla de exclusión (ló que, em el caso de que dicha regla se contenga em una ley, solo puede hacer el Tribunal Constitucional). La “interpretación conforme” no cabe frente a normas (o partes de normas) inconstitucionales, y solo será posible trás la declaración de la inconstitucionalidade de lãs mismas. Eso si, em todos aquéllos supuestos em los que el precepto non contenga esa exclusión implícita nos encontraremos ante uma omisión o laguna que puede ser “colmada” directamente mediante uma interpretación analógica⁴⁴².

19.17 Fundamentos de admissibilidade da sentença aditiva⁴⁴³

A garantia do princípio da igualdade é o fundamento no qual se assenta a admissibilidade das sentenças aditivas. O princípio em tela proíbe diferenciações arbitrárias e irrazoáveis. Entretanto, o princípio não visa apenas erradicar as diferenciações. Possibilita-se a diferenciação, desde que para amainar a própria desigualdade e que o critério de *discrimen* seja razoável⁴⁴⁴.

Nas lições de Carmen Lúcia Antunes Rocha, a necessidade da observância do direito à igualdade se prende a: a) não permissão ou manutenção de desigualdades não fundadas em critérios de fato, ou legítimos, de direito; b) não instituição de desigualdades entre pessoas em situações em que se permita a igualação; c) não sedimentação de preconceitos ou discriminações; d) eliminação, por procedimento desigualado, de desigualdades socioeconômicas e políticas encontradas na realidade assumida pelo Estado; e) legitimação das desigualdades quando estas forem mais relevantes para o interesse humano a ser protegido⁴⁴⁵.

Em suma, é necessário evitar privilégios, discriminações e tratamento desigual a iguais, seguindo-se a máxima de Aristóteles, de tratar os desiguais, desigualmente, na medida em que se desigualam.

O primeiro dos fundamentos é a preservação do princípio da igualdade que a sentença aditiva visa concretizar.

⁴⁴² (REVORIO, 2001, p. 184.)

⁴⁴³ (BOCZAR, 2010.)

⁴⁴⁴ De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello,

“...é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto”. (FUX, 2013, p. 194.)

⁴⁴⁵ (ROCHA, 1990, p. 40. apud NOBRE JUNIOR, 2010, p. 49-50.)

A lacuna não se resolveria com o reconhecimento da inconstitucionalidade, em face da discriminação entre os destinatários da norma, resultando na sua expulsão do ordenamento jurídico. Absolutamente. A atuação da jurisdição supriria, assim, a parte omitida pelo legislador e sem a qual a norma por este editada seria inconstitucional.

O entendimento, que poderia chocar a noção tradicional construída acerca do princípio da igualdade, em atender a uma característica inseparável dos princípios, qual seja, o seu perfil positivo

...

À vista de mais essa possibilidade, a ser extraída do culto constitucional à isonomia, é que se origina a sentença aditiva⁴⁴⁶.

A insuficiência do papel do legislador negativo é nota que caracteriza a exponencialização da função atípica do judiciário, notadamente na concretização do referido princípio.

Segundo Carlos Blanco de Moraes, a omissão parcial ocorre, no mais das vezes, no contexto da violação do princípio da igualdade, quando certa lei não contempla, em seu bojo, “grupos de pessoas que, por identidade de razão, aí deveriam ser incluídos”⁴⁴⁷.

Não é incomum encontrar-se no âmbito das sentenças aditivas, uma atuação menos direta, no sentido de orientações ou recomendações dirigidas ao legislador para que haja a sua atuação, consoante já vimos no caso das aditivas de princípio.

19.18 As sentenças modificativas e a força persuasiva (sistema português)

Rui Medeiros, ao analisar o sistema português, pondera que o tribunal constitucional não pode impor força persuasiva na parte reconstitutiva da sentença, inata à solução conforme a constituição, que decorre da interpretação (*lato sensu*) dos preceitos legais que resistiram à decisão de inconstitucionalidade⁴⁴⁸.

A decisão do tribunal constitucional não vincula o órgão aplicador do direito, não anulando a liberdade interpretativa dos tribunais em geral. Com isso, o fim é o respeito pelas competências constitucionais do legislador. Assim:

Ora, da mesma forma que o Tribunal Constitucional não pode impor aos demais tribunais uma determinada interpretação conforme à Constituição, também não lhe é permitido fixar com eficácia vinculativa a solução que resulta da interpretação actualista da parte remanescente da lei.

A parte aditiva da sentença vale, portanto, como proposta hermenêutica com valor apenas persuasivo, não havendo fundamento constitucional para admitir uma posição aristocrática do Tribunal Constitucional nessa matéria.

⁴⁴⁶ (NOBRE JUNIOR, 2010, p. 59.)

⁴⁴⁷ (MORAIS, 2005, p. 28-29.)

⁴⁴⁸ (FUX, 2013, p. 195.)

...

O reconhecimento de que a modificação da lei proposta pelo Tribunal Constitucional não é vinculativa para os tribunais não significa, no entanto, que se possa menosprezar o significado das decisões modificativas⁴⁴⁹.

Pondera o autor, entretanto, que, apesar da ausência da força vinculativa, isso não significa que se possa menosprezar o significado das decisões modificativas. Ademais, nem é necessária a imposição da eficácia vinculante à decisão. O tribunal constitucional, para garantir a efetividade da decisão modificativa, pode opor-se à aplicação da parte subsistente da lei com um sentido diferente daquele por ele sugerido⁴⁵⁰.

Ressalta por fim quão complexa é a questão:

A questão afigura-se, no entanto, bastante mais complexa. A circunstância de a modificação da lei realizada em processo de fiscalização abstracta não dispor de força afim da de lei não anula o problema do respeito pelas competências constitucionais do legislador. A vasta problemática dos limites ao desenvolvimento judicial do direito é disso testemunha, demonstrando que a mera eficácia inter partes de uma decisão jurisdicional contra legem não a torna legítima. Importa, pois, verificar em que medida uma decisão modificativa é compatível com a proibição constitucional de exercício de funções legislativas pelo órgão fiscalizador⁴⁵¹.

Entretanto, como visto em outra oportunidade, no sistema brasileiro, ao contrário do português, desde que a sentença aditiva seja prolatada no controle abstrato, ela passa a ter força vinculante e efeitos *erga omnes*⁴⁵².

19.19 Limites às sentenças aditivas

As sentenças aditivas possuem os seguintes limites, que se traduzem em monopólio da atuação do Legislativo⁴⁵³.

O primeiro deles se dá em matéria penal, quando haja possibilidade de agravamento da posição do imputado: matéria de reserva de lei. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Italiano considera, numa posição intermédia, que esse princípio não lhe permite intervenções modificativas, na medida da pena ou da *factispécie* incriminadora, que agravem a posição dos arguidos⁴⁵⁴.

⁴⁴⁹ (MEDEIROS, 1999, p. 479.)

⁴⁵⁰ (MEDEIROS, 1999, p. 480.)

⁴⁵¹ (MEDEIROS, 1999, p. 481.)

⁴⁵² (FUX, 2013, p. 197.)

⁴⁵³ Ibidem. p. 199.

⁴⁵⁴ (MEDEIROS, 1999, p. 482.)

O segundo ocorre na seara tributária, em casos nos quais pode haver a criação e a majoração de tributos: matéria de reserva de lei.

O terceiro, na criação de benefícios restritos a determinados administrados e que implicam a criação de despesas a serem cobertas com respaldo orçamentário⁴⁵⁵. Ressalta-se que a doutrina

não reconhece a possibilidade de aplicação dos princípios diretamente pelo juiz se a extensão da norma puder comportar um significativo aumento da despesa pública, mas a admite com certa frequência na ocorrência de microconflitualidade” (microconflitualità), vale dizer, questões repetidas que demandam uma nova extensão, análoga à precedente, todavia, dela distinta (Agro, 1993; cfe. Cerri. 1997: 123)⁴⁵⁶.

Todas essas hipóteses foram lançadas por Edilson Pereira Nobre Júnior⁴⁵⁷. Quanto às duas primeiras, até há concordância. Quanto à última, sua aplicação de forma a impedir todos os casos, ao que parece, poderia redundar em injustiça. Se a regra é a não criação de norma que crie impacto orçamentário não previsto, exceções podem ocorrer para remediar situações em que se fere o princípio da igualdade. Destaca-se que a Itália não descartou, de modo absoluto, tais decisões⁴⁵⁸.

Nesse último aspecto, a celeuma se dá por ocasião das sentenças aditivas de princípio. Na Itália, em um caso que versava acerca da ausência de norma prevendo a correção monetária, a Corte, ante as decisões dos tribunais que negavam o pedido, passou, após uma recalcitrância inicial, a admiti-lo, consoante Gian Paolo Dolso:

Um dos precedentes inaugurais consistiu na Sentenza 497/1988, através da qual se declarou ilegítima uma previsão de indenização, relacionada com desocupação forçada, na parte em que não se previa um mecanismo de atualização monetária. A particularidade da deliberação estava no seguinte: não podendo mais a parte tida como inconstitucional encontrar aplicação, a individuação da norma a reger o caso concreto restava confiada, até posterior atuação do legislador, ao juiz. O mesmo praticamente veio a suceder-se com a Sentenza 307/1990, em que atacada regra que, em sede de campanha de vacinação antipoliomielite, não previa uma indenização equitativa fora das hipóteses do artigo 2.043 do Código Civil de 1942. Assegurou-se compensação equitativa mesmo fora das hipóteses legais atribuindo-se ao juiz sua quantificação em concreto até que interviesse o Legislativo. O trato da matéria veio a sofrer sensível mudança a partir da Sentenza 243/1993, responsável pela declaração de inconstitucionalidade da norma que não previa o cômputo da indenização integrativa especial para os servidores público, para fins do cálculo do T.F.R., a exemplo do praticado com os empregados da iniciativa privada. Apesar do reconhecimento da necessidade do acolhimento do pedido, a Corte entendeu competir necessariamente ao legislador a predisposição do mecanismo idôneo a realizar o equilíbrio reclamado constitucionalmente. Posteriormente, chamou a

⁴⁵⁵ (NOBRE JUNIOR, 2010, p. 59.)

⁴⁵⁶ (SAMPAIO, 2001, p. 170.)

⁴⁵⁷ (NOBRE JUNIOR, 2010, p. 58-62.)

⁴⁵⁸ (NOBRE JUNIOR, 2010, p. 59.)

atenção a Sentença 309/1999, originada de questão de inconstitucionalidade, submetida pelo Pretor de Veneza, em que se discutia sobre a aplicação da Legge 833/178, que limita a assistência à saúde aos cidadãos italianos que se achem no exterior por motivos de estudo ou trabalho, em prol de italiana que fora forçada, nos Estados Unidos, a arcar com vultoso custo terapêutico de urgência. A Corte, embora afirmando que o princípio insculpido no art. 32 da Constituição garante a cura gratuita do cidadão carente de recursos econômicos no exterior, susteve ser da alçada do legislador a identificação dos tipos de patologias em razão das quais o indigente, que se encontre no exterior, faça jus a tal direito. Esta sistemática – advirta-se -, na forma que vem sendo ultimamente posta em prática, é capaz de inserir a Corte numa situação assaz difícil quanto à efetividade de suas edições caso venha a ocorrer uma contínua e demorada inércia legislativa. Postura semelhante à versão inicial das aditivas de princípio teve lugar aqui quanto ao mandado de injunção, conforme se pode ver do MI 283/DF (STF, DJU 14 nov. 1991, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), relativo à compensação pecuniária prevista no art. 8º, § 3º, do ADCT, tendo se deliberado pela notificação ao Congresso Nacional mora legislativa, com a assinatura de prazo para saná-la, consistente no processo legislativo de urgência, acrescido de 15 dias úteis, destinados à sanção presidencial. Expirado in albis tal prazo, poderiam os impetrantes ajuizar, no juízo competente, a ação destinada ao gozo do direito. Sobrevindo lei sobre o assunto, esta poderia ser aplicada retroativamente caso estipulasse condições mais favoráveis⁴⁵⁹.

Sustenta Rui Medeiros que a criação das decisões aditivas *di principio* pelo Tribunal Constitucional Italiano se deveu a um leve recuo do órgão, que passou em alguns casos a evitar realizar uma adição *di remedi specifici* e introduziu como *quid novi*, um princípio em vez de uma regra:

De resto, mesmo em Itália, país das decisões modificativas, a jurisprudência mais recente da **Corte Costituzionale** prefere realçar o papel dos tribunais ordinários neste domínio. São disso testemunha o surgimento das chamadas decisões aditivas **di principio – specifici** e introduz, como *quid novi*, um princípio em vez de uma regra – ou a recente exigência, feita pelo **Palazzo della Consulta**, de que o próprio **juiz a quo** que pretenda obter uma decisão modificativa indique expressamente a solução constitucionalmente devida⁴⁶⁰.

Rui Medeiros exara uma solução, mais ou menos nos moldes que Blanco de Moraes dá para as sentenças oneratórias. A solução, segundo ele, seria a limitação dos efeitos da sentença aditiva para o futuro. Comenta que a sanção, em princípio aplicável à lei que plenifica o princípio da igualdade, passa pela decisão de invalidade total, ainda que com limitação de efeitos – com o que sancionará o legislador, pela cominação de nulidade, e exercerá pressão sobre ele para que edite nova legislação⁴⁶¹. O juiz deverá impugnar a norma implícita, mas limitar temporalmente os efeitos da decisão para o futuro⁴⁶². Com isso, evitará entrar em choque com o Executivo.

⁴⁵⁹ Ibidem. p. 59.

⁴⁶⁰ MEDEIROS, 1999, p. 479.

⁴⁶¹ Ibidem. p. 522.

⁴⁶² “Essa limitação projecta-se n futuro e leva a que a norma possa total ou parcialmente ser aplicada em determinadas situações, durante certo período de tempo, durante o qual o Legislador poderá e deverá emitir a regulação necessário”. (MONTELOBO, 2009, p. 274.)

Em suma, de acordo o posicionamento de Rui Medeiros, declara-se a inconstitucionalidade, mas se difere para o futuro o momento de cessação da vigência da norma declarada inconstitucional. Defende-se tal posicionamento e ele se reputa adequado à realidade brasileira, consoante se viu.

Sofia Montelobo discorda de tal posicionamento e entende que a Constituição permite ao juiz constitucional suavizar a retroatividade e impede-o, expressamente, de moderar o alcance futuro da sentença. Ela dá a entender que a Constituição Portuguesa afasta a hipótese de limitação dos efeitos temporais:

Em segundo lugar, a defesa de uma solução uniforme para a fiscalização concreta e abstracta de invalidação total e limitação de efeitos para o futuro é indesejável e contrária à Constituição. Por esta via, os particulares não retirariam qualquer utilidade, ficando os seus direitos por tutelar. Isto é, aqueles que não fossem contemplados por dada norma que conferisse uma vantagem, os sujeitos que tivessem sido discriminados infundada e inconstitucionalmente, não passariam a ser incluídos no âmbito normativo de aplicação da disposição, por via da mera invalidação total com limitação de efeitos⁴⁶³.

Enfatiza que a decisão é inusitada, porque o juiz entende que uma lei é inconstitucional e deixa que permaneça a sua aplicação. No que tange à fiscalização concreta, a solução é contraditória, porque “não está em causa a invasão da esfera de competências do legislador, mas sim a aplicação do Direito vigente – incluindo o princípio da igualdade – ao caso concreto e a obrigação de preenchimento de lacunas axiológicas”. Além do mais, solução alguma haveria se o legislador não editasse o ato normativo no prazo estabelecido⁴⁶⁴.

19.20 Posicionamento favorável às sentenças aditivas

O mote da separação dos poderes como impeditivo à adoção das sentenças aditivas não vinga. É antiga a controvérsia dos limites entre o poder político e o poder judicial. Face à alta gama de complexas exigências do Judiciário, é quase impossível haver tal separação cimentada em fronteiras rígidas e intransponíveis. Mesmo a França, país no qual nasceu e se exaltou a ideia da separação, como também em outros países continentais que compartilharam essa ideia, estão se movimentando na direção de se modificar o sistema de rígida separação para o sistema de controles recíprocos. Nesse contexto, o crescimento do Poder Judiciário é ingrediente necessário ao equilíbrio dos poderes⁴⁶⁵.

⁴⁶³ (MONTELOBO, 2009, p. 279.)

⁴⁶⁴ (MONTELOBO, 2009, p. 279.)

⁴⁶⁵ (CAPPELLETTI, 1999a, p. 55.)

Ademais, o que realmente faz um juiz ser juiz e um tribunal ser um tribunal não é a falta de criatividade (a sua passividade no plano substancial), mas a conexão da atividade decisória com os *cases and controversies* e com as partes⁴⁶⁶.

19.20.1 Premissas favoráveis à adoção das sentenças aditivas e sua crítica

Jorge Miranda pondera não ser admissível, ante as discriminações ou diferenciações infundadas, deixar de aplicar a decisão aditiva. O órgão de controle não se comporta como legislador porque não age por iniciativa própria ou com critérios políticos. Age em face da provocação, por meio do processo instaurado por outrem e “vinculado aos critérios de interpretação e construção jurídica inerentes à hermenêutica constitucional”⁴⁶⁷.

Ressalta, para tanto, um conjunto de premissas favoráveis à adoção das sentenças aditivas: a) as omissões constituiriam, ou poderiam constituir uma forma de lacuna; b) o juiz, na ausência da lei, não poderia deixar de julgar, sob pena de denegação da justiça; c) as omissões inconstitucionais, relativas ou absolutas, poderiam, em muitos casos, ser integradas pelo juiz, a partir da constituição.

Assim, competiria ao juiz suprir as omissões do legislador e concretizar a constituição, a partir do conteúdo essencial do direito declarado na carta magna e integrar a lacuna axiológica. Importante ressaltar que, segundo o autor, as decisões aditivas exaradas pelo tribunal constitucional só terão eficácia para o caso concreto, não tendo força obrigatória geral para o caso concreto⁴⁶⁸.

Entretanto, Blanco de Moraes critica tal concepção ao argumentar que “no que aparenta ser um salto lógico, passou a considerar-se que os tribunais comuns poderiam passar a integrar todos os tipos de omissões como se de lacunas se tratassem”⁴⁶⁹.

A par dessas questões, acrescem-se as elencadas abaixo.

A primeira é a necessidade de concretização da constituição quando as omissões se revelem danosas aos direitos fundamentais. Derivam do princípio da supremacia

⁴⁶⁶ (CAPPELLETTI, 1999a, p. 74-75.)

⁴⁶⁷ (MIRANDA, 2000, p. 515.)

⁴⁶⁸ Miranda (2000, p. 243). Montelobo (2009) discorda de tal posicionamento ao afirmar que “a tese fornecida por Jorge Miranda é indesejável e iludente, uma vez que é a mais restitiva do que à partida se possa parecer. De facto, o Autor apenas defende a prolação de sentenças aditivas em sede de fiscalização concreta. Fica, pois, posta de parte a possibilidade de emitir uma sentença aditiva dotada de força obrigatória geral”. (MONTELOBO, 2009, p. 295).

⁴⁶⁹ (MORAIS, 2009, p. 78.)

constitucional, da potencialidade expansiva das normas constitucionais e da competência autorizada dos tribunais constitucionais para complementarem a constituição⁴⁷⁰. Nesse contexto, as sentenças aditivas são o melhor remédio para discriminações infundadas e introduziriam no ordenamento jurídico alguma novidade, mas condicionada à necessária adequação do direito normativo à constituição, de maneira por que o tribunal cooperaria com o Poder Legislativo e com o Executivo na colmatação da constituição pelo preenchimento de vazios jurídicos.

A segunda é a relativa à conservação relativa de atos. Entra em cena o princípio do aproveitamento dos atos e o respeito e conservação da lei.

A terceira é o preenchimento de vazios e lacunas técnicas e axiológicas através de soluções integrativas ou critérios determinados pela constituição. Pondera-se, entretanto, que não pode haver uma discricionariedade valorativa, mas o tribunal deve proceder a uma extensão necessária por razões lógicas⁴⁷¹.

A quarta é a consolidação da prática jurisprudencial. As sentenças com efeitos aditivos constituiriam o resultado de uma prática interpretativa reiterada⁴⁷².

Pois bem. Após tecer comentários acerca dos argumentos contrários ao princípio democrático, Jorge Miranda pondera que:

Embora reconhecendo a necessidade de divisas estreitas e de se não menosprezarem os condicionalismos financeiros à luz do postulado da ‘reserva econômica do possível’, não vemos como recusar esse tipo de decisões perante discriminações ou diferenciações infundadas, frente às quais a extensão do regime mais favorável se oferece, simultaneamente, como a decisão mais imediata para a sensibilidade colectiva e a mais próxima dos valores constitucionais. Há imperativos materiais que se sobrepõem a considerações orgânico-funcionais⁴⁷³.

A constituição tem que ser vista como uma ordem de valores, com soluções variáveis e implícitas, o que permite a solução dos casos difíceis, de maneira por que o ativismo não pode ser visto como um atentado à constituição, mas como parte de sua concretização⁴⁷⁴.

Por sua vez, Sofia Montelobo entende que o tribunal constitucional deve ter amarras, mas não demasiadamente apertadas, facultando-se-lhe uma atividade interpretativa ampla, porque o ativismo constitucional “tem permitido a construção dos mais importantes princípios constitucionais e o avanço de inúmeros direitos fundamentais. Todavia, a jurisdição deve

⁴⁷⁰ (MODUGNO, 1982, p. 48.)

⁴⁷¹ (CRISAFULI, 1984, p. 402.)

⁴⁷² (MORAIS, 2009, p. 98.)

⁴⁷³ (MIRANDA, 2002, p. 515.)

⁴⁷⁴ (PALMA, 2000, p. 25. apud MONTELOBO, 2009, p. 254.)

parar onde começa a criação e a novidade legislativa surge, quando o juiz constitucional condiciona o próprio Legislador e torna necessária uma contra-acção revogatória ou, nos melhores casos, uma mera confirmação por parte deste”⁴⁷⁵.

Elival da Silva Ramos destaca que o manejo do uso das aditivas pelo órgão de controle não equivale à extrapolação de suas funções jurisdicionais. Para ele, trata-se de uma interpretação extensiva para o dispositivo impugnado mediante uma interpretação concretizadora.

Na verdade, se examinada atentamente essa modalidade decisória, nela nada mais se faz do que adotar interpretação extensiva para o dispositivo impugnado, a partir de uma perspectiva sistêmica, mediante operação concretizadora que pode ser assim descrita: (A) primeiro, se concentrar o intérprete-aplicador no exame do enunciado normativo questionado e o faz para concluir que nele se contém, *prima facie*, uma omissão ou lacuna técnica, agressiva a princípios ou normas de porte constitucional, a qual decorre da falta de extensão da disciplina imposta a outras situações fáticas ou a outros destinatários; (B) até esse ponto, se articula uma simples decisão de procedência, de perfil comum, pela qual o dispositivo, em toda sua textualidade, seria declarado inconstitucional, já que parte de seu conteúdo prescritivo, que se harmoniza com a Constituição demanda complementação, que não advém desse primeiro significado que lhe foi atribuído pelo intérprete-aplicador; (C) na sequência, recorre-se ao pressuposto teórico da unidade do ordenamento e aos princípios que dele derivam, da supremacia da Constituição e do aproveitamento dos atos normativos, bem como aos princípios ou normas constitucionais concretamente ofendidos (isonomia, ampla defesa etc.), para então, finalmente, estender às situações fáticas ou às categorias de destinatários olvidadas pelo legislador a disciplina por ele traçada de modo ilegítimamente restritivo ou o regime jurídico-legal a que se reporta esse regramento discriminatório, o que acaba redundando na preservação da lei controlada⁴⁷⁶.

19.21 Decisões aditivas de carácter ilegítimo: as sentenças aditivas de “revisão constitucional”

O termo “sentenças aditivas de revisão constitucional” é utilizado sob uma perspectiva crítica, fazendo alusão ao *modus* verdadeiro de se proceder a modificação normativa da constituição: a “revisão constitucional”.

Consideram-se ilegítimas as chamadas sentenças aditivas de revisão constitucional que, sem legitimação ou sem qualquer raciocínio extensivo necessariamente derivado da própria constituição, criam novos parâmetros constitucionais marcados por carácter inovatório.

Blanco de Moraes, invocando John Hart Ely, afirma que “é inaceitável transformar o intérprete jurisdicional numa ‘*câmara de revisão constitucional*’ ou num “*oráculo*” supostamente mais apto do que o legislador constitucional para predizer o futuro ou em

⁴⁷⁵ (MONTELOBO, 2009, p. 257.)

⁴⁷⁶ (RAMOS, 2010, p. 220.)

contradizer a maioria de hoje com os supostos valores que, no seu entender, devem ser adoptados pela maioria de amanhã”⁴⁷⁷.

A soberania constituinte não se encontra na esfera de disponibilidade de qualquer tribunal, e a modificação material nas normas constitucionais devem seguir um itinerário de revisão constitucional e não através de um intérprete constitucional⁴⁷⁸.

19.22 As sentenças aditivas *a rime obligate*

Desde os anos 90, do século XX, há um consenso acerca do fato de que as sentenças aditivas são constitucionalmente obrigatórias ou são juridicamente ilegítimas.

Tal fato deveu-se à construção doutrinária de Crisafulli e da posição jurisprudencial, no sentido de que as decisões aditivas deveriam ser sempre a *rime obligate*, ou seja, decorram da impossibilidade de o legislador criar uma lei com conteúdo diferente. A construção de Crisafulli foi fruto de um amadurecimento no tema, mesmo no sentido de se balancear a atividade *normativa* do tribunal constitucional e a atividade puramente de legislador negativo, em respeito irrestrito ao Poder Legislativo.

As sentenças aditivas *a rime obligate* implicam necessariamente: a) que haja um vazio normativo na norma taxada de inconstitucional que necessite ser preenchido ou integrado pela corte constitucional para reparar uma inconstitucionalidade parcial; b) que a reparação se dê através de uma operação executiva com eficácia *self executing*; c) que a norma a ser construída seja extensão lógica de um princípio ou de uma norma constitucional preceptiva e exequível por si própria; d) que a operação concretizada pelo tribunal constitucional seja a

⁴⁷⁷ (MORAIS, 2005, p. 459.)

⁴⁷⁸ “A soberania constituinte, que não se encontra na disponibilidade de qualquer tribunal, impõe que toda a mutação inovatória e transformadora do sentido das normas constitucionais deva ser decidida no respeito pelos limites materiais, por via de um itinerário de revisão constitucional e não através de um intérprete jurisdicional. Intérprete a quem é vedado que imponha o seu próprio subjectivismo axiológico aos cidadãos ou que descubra e revele os seus próprios valores, em nome dos mesmos cidadãos.

São, pois, inconstitucionais, por invasão clara de reserva parlamentar da função de revisão constitucional, sentenças que criem, porexemplo tal como sucedeu na ordem jurídica italiana..., novos institutos de suspensão de direitos ou garantias, que alarguem os pressupostos de realização de referendos ou que alterem a natureza dos poderes do Estado. Observe-se, igualmente, o caso do Ac. n° 786/86 na ordem interna portuguesa que, de acordo com a argumentação exposta supra § 652, pode configurar ua decisão desta natureza, quando equipara o acto decidido ao caso julgado.

Considera-se que tais decisões, nessa componente normadora, não beneficiam nem da eficácia de caso julgado, nem de força obrigatória geral e, dado que implicam uma usurpação da função de revisão constitucional, devem ser tidas como juridicamente inexistentes, podendo e devendo ser inobservadas pelo legislador, administração e tribunais. (MORAIS, 2005, p. 460.)

única determinada pela constituição, não podendo haver alternativa apta ao preenchimento do vazio jurídico; enfim, a solução deve ser a única possível⁴⁷⁹.

A par de tais considerações pautadas nos limites estruturais das sentenças aditivas, não se impediu as críticas do modelo que se consubstanciam na (a) a possibilidade de carga valorativa axiológica e política na práxis da extensão lógica do princípio constitucional, na concretização das sentenças aditivas; (b) a fragilidade do limite que se centra na ausência de opções alternativas conformes com a constituição e na proibição da discricionariedade, que é imposta ao tribunal constitucional; (c) a crítica quando ao critério utilizado que permite a exclusão da existência de alternativa, constitucionalmente admissível, de preenchimento da lacuna⁴⁸⁰.

Com isso, salienta Blanco de Moraes que alguns autores passaram a rejeitar a sentença aditiva *a rime obligate*, por entendê-la disfarçada de “lobo em pele de cordeiro”, ou seja, seria um mero “chavão” para permitir “a legitimação encapotada de decisões genuinamente discricionárias”⁴⁸¹. Neste sentido, pondera-se, com foco no tribunal constitucional italiano que:

...só com uma boa dose de ingenuidade se pode sustentar que as decisões manipulativas da Corte Costituzionale sejam fruto das **rime obligate** ou até **obbligatissime** impostas pela métrica das normas constituconais, sendo evidente, pelo coontrário, que o TC escolhesse frequentemente de forma mais discricionária entre uma multiplicidade de soluções abstratamente possíveis⁴⁸².

Os portugueses entendem mais plausíveis e com mais liberdade na atuação das sentenças aditivas no controle concreto. Já no abstrato as amarras e o “receio” são bem maiores, face à possibilidade das opções políticas decorrentes do manejo das aditivas.

Tecendo ácida crítica às decisões aditivas *em controle concreto*, cita Blanco de Moraes o Acórdão n. 457/99 que se refere a uma sentença aditiva de prestação que julgou inconstitucional o n. 1, art. 24º, Lei 4/85, que não contemplou a contagem do tempo de serviço prestado como Governador de Macau, para fins de subvenção mensal devida ao titular de cargo político. O tribunal constitucional entendeu inconstitucional o preceito legal, “enquanto não considerar, para contagem do respectivo tempo de serviço, o exercício das funções de Secretário Adjunto de Governo de Macau, reformulando-se a decisão recorrida,

⁴⁷⁹ (MORAIS, 2009, p. 60-61.)

⁴⁸⁰ (MORAIS, 2009, p. 62.)

⁴⁸¹ (MORAIS, 2009, p. 63.)

⁴⁸² (SAITTA, 1996 apud BRUST, 2009, p 502-507.)

com deferimento do pedido”⁴⁸³. Para Blanco de Moraes, trata-se de um “exemplo invulgar de extralimitação dos poderes do Tribunal, de manipulação do princípio da igualdade e de um paradigma de decisão susceptível de provocar tensões indesejáveis entre poderes”⁴⁸⁴.

19.23 Posição intermediária de Blanco de Moraes: a adoção limitada das sentenças com efeitos aditivos

O autor citado defende uma ação “temperada” das sentenças aditivas. Segundo ele, tem-se que analisar as consequências do ato: pelo que se observa, elas são positivas e não causam danos. Em Portugal, são *self restraint*, ou seja, dotadas de baixa carga político-ideológico. Crê-se que no Brasil, no mais das vezes, o que se observa, consoante se vê, é que as sentenças aditivas são utilizadas para a completude de um ordenamento e efetivar o princípio da igualdade.

Discorda, o autor, das sentenças substitutivas que invadem a esfera do legislador em face de seu caráter positivador.

O que se encontra verdadeiramente em causa é a transformação ou o desvio, de um processo que tem por fim o controle de constitucionalidade de uma norma para um processo normativo, pelo qual o Tribunal Constitucional elimina as opções políticas sociais ou técnicas do decisor normativo, substituindo-as pelas suas próprias opções. Opções que raramente derivam de uma operação estritamente analógica, de uma interpretação extensiva ou da aplicação de um princípio ou de uma regra constitucional auto-exequível que guarde um sentido lógico com a disposição remanescente do texto normativo.

Existindo uma opção do legislador tida como ilegítima e que é parcialmente eliminada, criando-se um vazio, verifica-se que o seu preenchimento através da “reconstrução da regra devida” é feito mediante uma escolha política do tribunal, a qual não deriva nem da disposição invalidada (que diz algo de diferente da componente aditiva) nem da componente mutilada e subsistente da norma (já que dela não se extrai sentido gramatical ou lógico para uma operação reconstrutiva)⁴⁸⁵.

E arremata, entendendo que a componente substitutiva da decisão de inconstitucionalidade é eivada de inexistência jurídica.

No que se refere às *aditivas em sentido estrito*, alega que são ilegítimas, se a lacuna puder ser superada por uma pluralidade de soluções normativas⁴⁸⁶.

⁴⁸³ (NOBRE JUNIOR, 2010, p. 105-125.)

⁴⁸⁴ (MORAIS, 2009, p. 63.)

⁴⁸⁵ Ibidem. p. 104.

⁴⁸⁶ Ibidem. p. 107.

Para o citado autor a admissibilidade das sentenças aditivas, encontra os seguintes parâmetros: a) o vazio não pode ser colmatado via repristinação; b) há de haver uma correspondência lexical e lógica entre o segmento inconstitucional do preceito remanescente e o enunciado normativo resultante da Constituição; c) as disposições constitucionais aplicadas devem consistir em princípios ou regras constitucionais, com uma componente autoaplicativa que imponha uma solução inequívoca, verossímil e unitária para a omissão⁴⁸⁷.

19.24 Sentenças aditivas consideradas legítimas e de acordo com a Constituição

19.24.1 Sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias

Blanco de Moraes considera legítimas e de acordo com a constituição as sentenças aditivas de acolhimento, que descodifiquem conceitos jurídicos indeterminados, insertos na constituição, os efeitos aditivos automáticos das sentenças demolitórias, as sentenças aditivas em sentido estrito quando, ao afastarem a norma inconstitucional, determinam que a inclusão de pessoas será um efeito necessário e obrigatório de um princípio ou de normas constitucionais, aptos a serem aplicados⁴⁸⁸.

Importante consignar que o legislador poderá substituir livremente a norma reconstruída através da sentença aditiva, por qualquer outra solução não inconstitucional. Isso se deu com os tribunais italianos no final dos anos 80, do séc. XX, quando confrontados com decisões aditivas de conteúdo discricionário do tribunal constitucional.

Apesar de todas as críticas, o autor entende possível – e disse abrir uma fresta de admissibilidade – para que o tribunal constitucional edite, além das aditivas constitucionalmente obrigatórias com caráter estrito,

as decisões constitucionalmente obrigatórias de natureza conformadora, nas quais possa legitimamente gizar juízos axiológicos de ponderação entre um número restrito de soluções normativas alternativas e hipotéticas, de que resulte a exclusão das que revelarem uma natureza pouco verossímil e desaguada do pensamento legislativo inerente ao regime jurídico sindicado, excessivamente onerosa ou menos afeiçoada aos princípios constitucionais, nomeadamente as que estruturam o sistema de direitos fundamentais⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷

Considera-se que, neste caso, a componente aditiva é juridicamente obrigatória, já que corporiza um critério que decorre directa e necessariamente da Constituição, o que não obsta a uma ulterior intervenção do legislador no sentido de o mesmo vir no futuro modelar e a concretizar os termos em que a norma constitucional é aplicável à situação regida por lei. (MORAIS, 2009, p. 109).

⁴⁸⁸ (MORAIS, 2009, p. 108.)

⁴⁸⁹ Ibidem. p. 115.

19.25 As sentenças aditivas no Brasil: a evolução da posição do STF

Não é pacífico o manejo das decisões aditivas no âmbito do STF, apesar de atualmente ser uma técnica utilizada. Não há muito tempo a voz do STF era diametralmente oposta a sua atuação como legislador positivo. Testemunha esse fato o posicionamento do Ministro Moreira Alves, para quem era inviável a declaração da inconstitucionalidade parcial que mudasse o sentido e o alcance da norma impugnada, sob pena de a Corte se transformar em legislador positivo, e “*o controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo*” (ADIN 896-MC/DF)⁴⁹⁰.

Nos casos, levados à Corte Suprema, nos quais não era possível apreciar a inconstitucionalidade, sem resultar em modificação da concepção originária do legislador, haveria a carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido. Foi o que se deu na ADI 2251-DF, quando o STF ainda negava as sentenças aditivas.

Em suma, o STF entendia inviável que a inconstitucionalidade parcial mudasse o sentido e o alcance da norma impugnada, sob pena de se transformar em legislador positivo, porque, com a supressão de parte da norma, estaria modificando o sentido e seu alcance, quando o controle de constitucionalidade não lhe permitiria agir como legislador positivo.

Sempre que a interpretação pudesse descambar para uma postura mais ativa, pendia o STF a uma postura *self restraint*. Na ADIN 1822/DF, o STF assim refutou a possibilidade de atuar como legislador positivo:

A declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo.

A partir de 2004, passaram a emergir decisões do STF com efeitos aditivos, de estrita criação jurisprudencial. Particularmente, ao que parece, não se trata de sentenças aditivas *stricto sensu*, mas em sentido amplo, o que equivale à criação normativa por meio do ativismo judicial.

O *leading case* acerca das sentenças aditivas surgiu fora do universo de fiscalização abstrata, pelo RMS 22.307/DF, reajuste dos militares de 28,86%, posteriormente estendido aos funcionários públicos civis por uma questão de isonomia – prevalência do princípio da igualdade. Em nome do princípio da igualdade, estenderam-se, judicialmente, benefícios

⁴⁹⁰ (FUX, 2013, p. 203.)

concedidos em lei a outras pessoas ou categorias por ela não contempladas. No caso que versava sobre a revisão geral dos vencimentos dos servidores públicos, detectou-se que, aos servidores militares, foi reconhecido índice nacional de reajuste, em flagrante ofensa ao princípio da isonomia consagrado no inciso X do art. 37 do texto constitucional originário.

Assim, sob o argumento da aplicabilidade imediata do preceito constitucional que veda a revisão diferenciada de vencimentos, o Supremo Tribunal Federal determinou, em sede de controle difuso de constitucionalidade, a extensão do reajuste adicional aos demais servidores civis que ainda não o tinha percebido. Declarou a inconstitucionalidade da lei, na parte em que não se aplicava aos demais servidores públicos federais, suprimindo a lacuna deixada pelo legislador.

No mesmo sentido e conforme já salientado, na ADI 2652-6/DF, *v.g.*, a sentença aditiva *stricto sensu*, que impugnava a Lei 10.358/2001, que deu nova redação ao artigo 14, CPC, excluindo os advogados do pagamento de multa devida, em face ao descumprimento dos provimentos judiciais, “ressalvando os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB”. A ANAPE – Associação Nacional dos Procuradores do Estado pleiteou a isonomia, no sentido de que a norma fosse extensiva também aos advogados, cuja vinculação ao Poder Público decorresse de lei, porque não sujeitos exclusivamente à observância dos estatutos da OAB, o que foi concedido.

Desse modo, nos casos em que há abstrativização do controle difuso, ou seja, um controle concreto que expande seus efeitos nos moldes do abstrato, os efeitos da sentença aditiva se fazem sentir.

19.25.1 Alguns casos na “literatura” jurisprudencial do STF

O STF utilizou as denominadas decisões manipulativas com efeitos aditivos⁴⁹¹. Alguns casos serão analisados abaixo. Ressalva-se que às vezes são decisões estritamente aditivas, outras com efeitos aditivas e outras nitidamente ativistas.

⁴⁹¹ Já abordados (FUX, 2013, p. 204.)

a) ADPF 54⁴⁹²

No julgamento da ADPF n° 54, Rel. Min. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos, o STF proferiu decisão de caráter nitidamente aditivo, ao utilizar a técnica da interpretação conforme, e proferiu uma típica decisão manipulativa, com eficácia aditiva, ao acrescentar uma nova hipótese aos artigos 124 a 128 do Código Penal, e acrescentar mais uma excludente de punibilidade – no caso do feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto.

Esclarece o ministro que a atuação positiva da Corte poderá ser a solução para antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. Necessárias novas soluções, no sentido de que se dê uma *função reparadora* à ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade⁴⁹³.

Observa-se que, apesar de se almejar a inserção de mais uma hipótese de exclusão da punibilidade para se garantir o princípio da igualdade – ainda que de forma não expressa –, ontologicamente, não se trata de uma sentença aditiva, mas uma decisão com caráter nitidamente ativista (ativismo judicial), pois o que se deu foi uma criação da norma por parte do STF – uma nova hipótese de exclusão da punibilidade.

b) ADI 1923 – Qualificação de entidades como organizações sociais⁴⁹⁴

Questão interessante que houve a citação de sentença aditiva ocorreu na ADI 1923, que versava sobre a declaração de inconstitucionalidade da Lei 9637/98 e inciso XXIV, art. 24, Lei 8666/93.

A questão envolvia a qualificação de entidades privadas como Organizações Sociais e, quando da apreciação do caráter liminar, deixou-se clara como a luz do sol a aceitação da sentença aditiva, que poderia ser manejada no mérito do julgamento do pleito. *In verbis*:

Ementa

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI

⁴⁹² (FUX, 2013, p. 204.)

⁴⁹³ ADI 3510, relator Ministro Carlos Britto.

⁴⁹⁴ (FUX, 2013, p. 204.)

N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA.

1. Organizações Sociais – pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.
2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo - os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 - seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva.
3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar.
4. Medida cautelar indeferida.

O então Ministro Eros Grau mencionou a sentença de perfil aditivo, em uma breve menção, nos seguintes termos:

Em suma, são essas circunstâncias, associadas à impossibilidade de nesse momento processual separarmos o joio do trigo, fazem-me reconsiderar meu voto. Sem aderir, de modo nenhum, a qualquer das razões de mérito do Ministro Gilmar Mendes – a que muito respeito -, eu diria que, na oportunidade de examinarmos o mérito, poderemos pensar numa sentença aditiva para encontrar, efetivamente, o bom rumo. Então decidiremos com a prudência que deve nos caracterizar, a *fronesis*. Com a serenidade suficiente para não criarmos um impasse no que tange ao trigo.

c) ADI 3510 – Pesquisas com células tronco embrionárias⁴⁹⁵

Um importante caso envolveu a ADI 3510, relator Ministro Carlos Britto, cujo objeto versava sobre a possibilidade de utilização de células-tronco. A dicção do STF utilizou a técnica da “interpretação conforme” para a realização da sentença de caráter aditivo.

Destacou-se no voto do julgamento que a lei brasileira era assaz lacônica na regulamentação do tema. Versava-se sobre o manejo de células tronco do tecido epitelial e do cordão umbilical, mesmo as de indivíduos adultos, em cotejo com as de embriões humanos.

Um dos artigos objeto de análise era o 5º, da Lei 11.105/2005. Entendeu-se que ele era deficiente, em diversos aspectos, na regulamentação do tema das pesquisas com células-tronco.

Entendeu o ministro relator que a declaração de sua inconstitucionalidade, com a conseqüente pronúncia de sua nulidade total, poderia causar um vácuo normativo mais danoso à ordem jurídica e social do que a manutenção de sua vigência. Naquele momento, ao tecer a

⁴⁹⁵ (FUX, 2013, p. 205-206.)

ponderação de afastamento à declaração total de inconstitucionalidade, ingressa na interpretação conforme e na sentença de perfil aditivo:

...ademais, pois é possível preservar o texto do dispositivo, desde que seja interpretado em conformidade com a constituição, ainda que isso implique numa típica sentença de perfil aditivo.

Nesse sentido, a técnica da interpretação conforme a Constituição pode oferecer uma alternativa viável.

Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição. Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição. O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador.

No tema, defende a preservação da expressão literal e da manutenção do significado normativo, no sentido de que a interpretação conforme a Constituição é apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador.

Pondera o Ministro, todavia, em face da imprecisão dos limites da expressão literal do texto, que pode levar a diversas interpretações. Nesse sentido, a eliminação, ou mesmo a adição pela Corte de determinados sentidos normativos, pode ter o condão de modificar o sentido normativo original traçado pelo legislador, de modo que, muitas vezes, a interpretação conforme, levada a efeito pelo Tribunal, pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto:

Assim, a prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada intenção do legislador, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto. Muitas vezes, porém, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir. Como todo tipo de linguagem, os textos normativos normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações. Assim, é possível entender, como o faz Rui Medeiros, que “a problemática dos limites da interpretação conforme à Constituição está indissociavelmente ligada ao tema dos limites da interpretação em geral”.

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.

De acordo com o Ministro Eros Grau, a sentença aditiva é aquela na qual a Corte adiciona um sentido à norma, que passa, assim, a guardar parametricidade com a Constituição:

Note-se bem que a decisão aditiva acrescenta novo sentido normativo à lei, a fim de que determinado preceito legal seja depurado, adequado aos padrões da constitucionalidade. A esta Corte não cabe acrescentar nada à Constituição, como já se fez, indevidamente – digo-o com as vênias de estilo, ainda que não espontâneas, ainda que não partam do meu íntimo – como indevidamente foi feito no julgamento do MS 26.602. A **decisão aditiva** incorpora preceito novo à legislação infraconstitucional para, salvando-a de inconstitucionalidade, mantê-la em coerência com o bloco de constitucionalidade. Algo é acrescentado ao preceito legal, a Constituição permanecendo intocada, intocável. Ao contrário, porque a decisão aditiva como que captura o preceito legal, trazendo-a para o âmbito da constitucionalidade, a força normativa da Constituição é afirmada nessas decisões⁴⁹⁶.

Ao ponderar acerca das sentenças aditivas, invoca a Corte Constitucional Italiana, que maneja as decisões interpretativas com efeitos modificativos e corretivos da norma como a única forma de “enfrentar 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”.

Em consonância com Joaquim Brage Camazano, o uso das sentenças atípicas aditivas é praticamente inevitável, mesmo que, com outra denominação ou outra particularidade, por qualquer outro órgão jurisdicional que goze de ampla jurisdição. Atualmente, encontra-se superada a concepção de Kelsen acerca do tribunal constitucional como legislador negativo⁴⁹⁷, em face do rico “arsenal sentenciador” que possui para fiscalizar a constitucionalidade das normas. Assim:

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.

As sentenças atípicas, de acordo com tal argumento, decorrem de uma necessidade prática da jurisdição constitucional. No foco no Direito Comparado, o manejo de técnicas

⁴⁹⁶ STF, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Brito, j. 20.05.2008, p. 459.

⁴⁹⁷ STF, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Brito, j. 20.05.2008, p. 459.

inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum, em uma realidade na qual os tribunais não estão mais afetos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a consequente declaração de constitucionalidade⁴⁹⁸.

Após a exposição, pondera o Ministro que se deve conferir ao art. 5º uma interpretação, em conformidade com o princípio da responsabilidade, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Conclui assim, que “a lei viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), ao deixar de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas do embrião humano”. Arremata com uma decisão com efeitos aditivos:

O art. 5º da Lei nº 11.105/2005 deve ser interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia aprovação e autorização por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.

Entendo, portanto, que essa interpretação com conteúdo aditivo pode atender ao princípio da proporcionalidade e, dessa forma, ao princípio responsabilidade.

Assim, **julgo improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde**⁴⁹⁹.

A decisão não planificou o princípio da igualdade, por isso não pode ser entendida como aditiva *stricto sensu*. Na verdade, utilizou-se da técnica da interpretação conforme, mas não se pode dizer que a decisão daí decorrente tenha perfil, na essência, aditivo.

d) MI nº 708, 670 e 712, Rel. Min. Eros Grau⁵⁰⁰

Os mandados de injunção – pedido individual de proteção contra a mora legislativa – acima versam sobre o direito fundamental de greve dos servidores públicos, direito constitucionalmente assegurado no artigo 37, VII, CF, com a condicionante nele disposta da

⁴⁹⁸ ADI 3510, relator Ministro Carlos Britto.

⁴⁹⁹ ADI 3510, relator Ministro Carlos Britto. Destaque nosso.

⁵⁰⁰ (FUX, 2013, p. 208-209, destaque nosso.)

regulamentação via específica – norma de eficácia limitada ou reduzida, o que nunca ocorreu desde a edição da Constituição.

No âmbito privado, a regulamentação do direito de greve ocorre pelo Lei 7.783/89, que não abrange os servidores públicos. Tal situação permitiu que se recorresse ao mandado de injunção, no bojo do qual se pediu a aplicação da norma referente ao setor privado, para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, haja vista que até o momento em que ajuizada as demandas, não teria havido a regulamentação dos direitos de greve dos servidores públicos.

No MI 708, a Corte Maior conheceu do mandado de injunção, determinou a aplicação da Lei 7783/89 para os casos de omissão e fixou o prazo de 60 dias para que o Congresso legislasse sobre a matéria.

A pontuação acerca da sentença aditiva adveio do Ministro Gilmar Mendes, que a fundamenta na *teoria da solução constitucional obrigatória*, que consiste no fato de que a decisão criativa do juiz deve integrar ou completar um regime previamente adotado pelo legislador⁵⁰¹.

Entende o STF, notadamente o Ministro Gilmar Mendes, que ante o vácuo constitucional, deve o STF conceder (MI 670) plena efetividade às normas constitucionais por meio da mitigação da separação dos poderes.

Exposto anteriormente o posicionamento segundo o qual se entende que tal sentença não configura sentença aditiva (em sentido estrito), pois esta tem lugar quando, em uma norma infraconstitucional, há uma lacuna⁵⁰², uma omissão parcial, além do que ocorre no controle abstrato por ação. Assim, na sentença aditiva pressupõe-se uma norma defeituosa, uma inconstitucionalidade omissiva e uma colmatação do julgador. A diferença entre ambas as situações é considerável: na sentença aditiva não há uma previsão constitucional, tratando-se mais de um remédio para evitar-se a declaração de inconstitucionalidade e, no mais das vezes, acontece em sede de interpretação conforme; já no mandado de injunção, há a descrição constitucional de tal “writ”. Acresça-se a isso que a seara das sentenças aditivas é a da inconstitucionalidade por ação e não por omissão, como é o caso do mandado de injunção. No caso do MI, notadamente o direito de greve, não há norma que disciplina a questão. Então, reafirma-se, não se pode dizer que se trata de sentença aditiva, mas de ativismo, em que pese

⁵⁰¹ (BONSAGLIA, 2010, p. 54.)

⁵⁰² (FUX, 2013, p. 205-206.)

à forte atuação da Corte Suprema no caso. O Ministro Levandowski, por exemplo, elencou dezesseis condições para o direito de greve⁵⁰³.

É incorreto afirmar que toda atuação do STF, em sede de MI ou mesmo de Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, caracteriza-se uma sentença aditiva, mas, sim, um ativismo judicial. Caracteriza isto sim, uma sentença normativa. Isto porque, repisa-se, a seara das sentenças aditivas é a da omissão parcial, a da inconstitucionalidade por ação.

Ao tecer comentários acerca do MI 758, que estendeu pela aplicação analógica, o artigo 57, § 1º, Lei 8.213/91, para regular o artigo 40, § 4º, CF/88, afirma o Ministro Gilmar Ferreira Mendes que a Corte “aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, caso se utilizasse a denominação do direito italiano”⁵⁰⁴.

Reitera-se ao que parece, que essa não é a melhor caracterização da sentença aditiva. O fato de se admitir a construção da norma no mandado de injunção, para concretizar direitos fundamentais órfãos de regulamentação, não se traduz em sentença aditiva, salvo melhor juízo, mesmo porque havia uma *omissão total* e, após mais de vinte anos, o STF fez todo o esforço para regulamentar o tema.

A sentença aditiva possui características próprias e requisitos para se configurar como tal, de maneira que não há confundi-la com institutos próximos, mas distintos na essência. Entretanto, o Ministro menciona “uma espécie de sentença aditiva”, o que deixa a questão em aberto. Nesta seara, não se pode esconder que tal decisão tem “efeito aditivo”, como toda decisão criativa o tem. Tenha-se em mente que “efeito aditivo” é diferente de “sentença aditiva”.

e) ADI n°s 1.351 e 1.354, Rel. Min. Marco Aurélio (cláusula de barreira)

As ações abstratas acima tratam da cláusula de barreira instituída pelo art. 13 da Lei n° 9096/95, pelo qual se restringiu o funcionamento parlamentar dos partidos que não obtivessem ao menos 5% dos votos válidos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de 2% do total de eleitores de cada um deles.

As ADINs pleiteavam a inconstitucionalidade do dispositivo. A Corte Suprema decidiu, pela interpretação conforme, a inconstitucionalidade do referido artigo 13, na

⁵⁰³ MI 670, voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 287-290.

⁵⁰⁴ (MENDES, 2011, p. 178.)

expressão “obedecendo aos seguintes critérios”; a contida no *caput* do artigo 41, I e II; artigo 48, a expressão “que atenda ao disposto no art. 13”, contida no *caput* do artigo 49, com redução de texto; *caput* dos artigos 56 e 57, com interpretação que elimina de tais dispositivos as limitações temporais neles constantes, até que sobrevenha disposição legislativa a respeito; e a expressão “no art. 13”, constante no inciso II, artigo 57. Por unanimidade a improcedência do artigo 56, II.

Ao proceder à interpretação conforme, o efeito aditivo foi inegável, pois possibilitou aos chamados “partidos nanicos” a sobrevivência em um jogo no qual somente os partidos mais estruturados teriam chance. Assim, nivelou-se a questão pelo prisma do princípio da igualdade.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, associa a interpretação conforme da sentença aditiva, pois entende que a primeira tem os mesmos limites da interpretação conforme, e entende que a única solução viável para a resolução da questão é a utilização da técnica da decisão com efeitos aditivos, como há muito tempo já faz a Corte Constitucional Italiana:

Assim, é possível entender, como o faz Rui Medeiros, que “a problemática dos limites da interpretação conforme à Constituição está indissociavelmente ligada ao tema dos limites da interpretação em geral”.

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.

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 conseqüências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não-conhecimento da ação.

...

Certas modalidades atípicas de decisão no controle de constitucionalidade decorrem, portanto, de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional.

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 conseqüente declaração de constitucionalidade.

Além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme à Constituição, declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, aferição da “lei ainda constitucional” e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos pro futuro a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal.

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei nº 9.868/99, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da

decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado que essas novas técnicas de decisão têm guarida também no âmbito do controle difuso de constitucionalidade.

Uma breve análise retrospectiva da prática dos Tribunais Constitucionais e de nosso Supremo Tribunal Federal bem demonstra que a ampla utilização dessas decisões, comumente denominadas “atípicas”, as converteram em modalidades “típicas” de decisão no controle de constitucionalidade, de forma que o debate atual não deve mais estar centrado na admissibilidade de tais decisões, mas nos limites que elas devem respeitar.

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de self-restraint ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei.

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.

Em outros vários casos mais antigos, também é possível verificar que o Tribunal, **a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos.**

Sobre a evolução da Jurisdição Constitucional brasileira em tema de decisões manipulativas, o constitucionalista português Blanco de Moraes fez a seguinte análise:

“(...) o fato é que a Justiça Constitucional brasileira deu, onze anos volvidos sobre a aprovação da Constituição de 1988, um importante passo no plano da suavização do regime típico da nulidade com efeitos absolutos, **através do alargamento dos efeitos manipulativos das decisões de inconstitucionalidade.**

Sensivelmente, desde 2004 parecem também ter começado a emergir com maior pregnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos.

Tal parece ter sido o caso de uma acção directa de inconstitucionalidade, a ADIn 3105, a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos. Esta eliminou, com fundamento na violação do princípio da igualdade, uma norma restritiva que, de acordo com o entendimento do Relator, reduziria arbitrariamente para algumas pessoas pertencentes à classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade tributária que a todos aproveitaria. Dessa eliminação resultou automaticamente a aplicação, aos referidos trabalhadores inactivos, de um regime de imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores públicos”.

Em futuro próximo, o Tribunal voltará a se deparar com o problema no julgamento da ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos. Caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva.

Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF nº 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso do feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto. Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá

ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido. O vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de declaração de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados – principalmente as normas de transição contidas no artigo 57 – torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma “função reparadora” ou, como esclarece Blanco de Moraes, “de restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade”.

Entendo que as normas de transição contidas no artigo 57, que disciplinaram a matéria desde o advento da Lei dos Partidos Políticos, de 1995, devam continuar em vigor até que o legislador edite nova lei que dê nova regulamentação ao tema.

Dessa forma, proponho ao Tribunal que o artigo 57 da Lei nº 9.096/95 seja interpretado no sentido de que as normas de transição nele contidas continuem em vigor até que o legislador discipline novamente a matéria, dentro dos limites esclarecidos pelo Tribunal neste julgamento.

Após a exposição, o Ministro decide, em efeitos aditivos, para julgar procedente o pedido em relação ao artigo 57, Lei 9096/95, mas estende a eficácia do dispositivo até que o Congresso legisle sobre o tema.

De se destacar que o Ministro Gilmar Mendes ao ponderar que o artigo 57, Lei 9096/95, declarado inconstitucional, ficará em vigor até o disciplinamento pelo legislador, caracterizou sua decisão como aditiva.

Entretanto, apesar do peso da ponderação, ao que parece, trata-se de decisão modificativa exortativa, na qual a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade prospectiva ou sua eficácia *pro futuro*, em que há a declaração dos efeitos de inconstitucionalidade a partir de determinado fato. É sentença manipulativa, e, na concepção pura, não se trata de sentença aditiva⁵⁰⁵.

19.26 Exemplos de sentença aditiva nas Cortes Estrangeiras

19.26.1 Itália

No início dos anos 60, o ordenamento jurídico italiano destacou-se no manejo das sentenças aditivas por intermédio do tribunal constitucional, não obstante a ausência de previsão na Constituição Italiana. Lacônica quanto ao tema das sentenças manipulativas, ela floresceu em face da criatividade jurisprudencial.

⁵⁰⁵ (FUX, 2013, p. 211-212.)

Entretanto, nos anos 80, o seu uso entrou em declínio, e menciona-se em “crise” desse tipo de decisões, que cederam e perderam terreno, em face de outros tipos de pronunciamentos, como as “sentenças de inconstitucionalidade constatada, porém, não declarada”, as “sentenças de delegação” ou as “aditivas de princípio”⁵⁰⁶.

O estudo crítico de Costantino Mortati, quanto às omissões inconstitucionais, conduziu a reflexão sobre o modo como, através da fiscalização da inconstitucionalidade por ação, seria possível reparar as omissões com caráter relativo⁵⁰⁷.

As omissões relativas inconstitucionais violadoras de direitos fundamentais, associados à ausência de previsão normativa para lidar com esse tipo de situações, foi o que levou a reflexão doutrinária para a solução de tal problema mediante criação das sentenças manipulativas com efeitos aditivos⁵⁰⁸.

Seu escopo é a reparação das omissões de caráter relativo que, diversamente daquelas omissões de caráter absoluto, implicam que uma norma viole, por meio de um “silêncio redutor ou não inclusivo”, princípios reitores do sistema de direitos fundamentais⁵⁰⁹.

O contexto é a violação do princípio da igualdade, “quando certa lei olvida, no tratamento da matéria, grupos de pessoas que, por identidade de razão, aí deveriam ser incluídos. A decisão de inconstitucionalidade implica um alargamento do campo de incidência da norma a pessoas que dela se encontravam subtraídas”⁵¹⁰.

De regra, as sentenças aditivas ocorrem no contexto da violação ao princípio da igualdade, quando determinada lei não contempla certos grupos de pessoas que, por identidade de razão, deveriam ser incluídos⁵¹¹. Mas nem tudo foi “céu de brigadeiro”. Em um primeiro momento, houve forte resistência na doutrina e nos tribunais quanto à aceitação das sentenças aditivas.

Em 1970, a Corte Constitucional Italiana inovou ao aplicar uma sentença aditiva para “estender” os efeitos de um dispositivo processual. Com efeito, pela sentença 190/1970, determinou-se a necessidade da presença do defensor do arguido no interrogatório e, não somente do Ministério Público, e reconheceu-se a inconstitucionalidade do dispositivo. Em

⁵⁰⁶ (REVORIO, 2001, p. 168.)

⁵⁰⁷ (MORTATI, 1972, p. 928.)

⁵⁰⁸ (MORAIS, 2009, p. 28.)

⁵⁰⁹ *Ibidem.* p. 28.

⁵¹⁰ (MORAIS, 2005, p. 320.)

⁵¹¹ (MORAIS, 2009, p. 28-29.)

sua parte adjuntiva, impôs-se a obrigatoriedade dessa presença (sentença n. 190/1970)⁵¹².

Entretanto, devido à falta de vinculatividade da sentença, ela foi rechaçada em parte pelos tribunais italianos, que reconheceram apenas a vinculatividade (*erga omnes*) à parte *ablativa* – parte extraída da sentença – mas não à parcela *adjuntiva* – aditiva⁵¹³.

Tal situação levou o tribunal constitucional a reafirmar sua posição na sentença 67 de 1971 (e depois, na de n. 63, de 1972), “especificando que negar efeitos ‘erga omnes’ à componente ‘aditiva’ seria reconhecer a falta de operatividade directa da Constituição”⁵¹⁴.

Houve uma tensão entre o Tribunal Constitucional e a *Corte Cassazione* – órgão supremo dos tribunais judiciais –, quanto ao manejo das sentenças interpretativas. Os anos 70 marcaram, pois, o recuo do tribunal constitucional, na edição das decisões interpretativas, e o embate passou a ser outro: em relação às sentenças aditivas⁵¹⁵.

O Tribunal passou a considerar como apenas obrigatórias as decisões com efeitos aditivos cuja operação reconstrutiva resultasse da aplicação directa de uma norma constitucional. Contudo, sempre que uma omissão ou lacuna técnica impliquem uma pluralidade de opções correctivas ou integrativas o Tribunal optou pelas referidas “sentenças aditivas de princípio”. Nesta última situação o Tribunal declara a inconstitucionalidade da norma e enuncia um princípio constitucional que deve ser respeitado na operação de integração normativa, a qual ficará o cargo do juiz comum ou do legislador⁵¹⁶.

As sentenças aditivas passaram a fazer parte do regime constitucional italiano. Contudo, a partir da segunda metade dos anos oitenta, o tribunal constitucional fixou um limite às sentenças aditivas, por si proferidas, “e adoptando a figura matizada da sentença aditiva de princípio sempre que uma omissão ou lacuna técnica implicassem uma pluralidade de opções correctivas ou integrativas”⁵¹⁷.

Nestas situações, o tribunal declara a inconstitucionalidade e enuncia um princípio constitucional, a ser respeitado na operação de integração normativa, que ficará a cargo do juiz comum ou do legislador. São as sentenças aditivas de princípio.

Na Sentença n. 409, de 1989, o tribunal constitucional tirou do mundo jurídico a norma que condenava a uma pena de dois a quatro anos de prisão quem se recusasse a prestar serviço militar por razões de consciência, por considerar que esse delito era equiparável ao do

⁵¹² (MORAIS, 2005, p. 320.)

⁵¹³ (MORAIS, 2009, p. 29.)

⁵¹⁴ (MORAIS, 2005, p. 320.)

⁵¹⁵ *Ibidem.* p. 320.

⁵¹⁶ *Ibidem.* p. 321.

⁵¹⁷ (MORAIS, 2009, p. 30.)

militar que faltasse à chamada sem motivo, apenada com seis meses a dois anos. Prevaleceu esta última pena com a sentença aditiva.

Por vezes, o Tribunal profere sentenças aditivas com uma componente inovatória, com base em juízos de ponderação entre direitos fundamentais entre si e/ou interesse público. Foi o que se deu na *sentenza* 219, que julgou a inconstitucionalidade de um preceito normativo de uma lei – programa de intervenção urgente para a prevenção e luta contra a SIDA⁵¹⁸ – na parte, em que esta não previa meios de controle sanitário dos soropositivos, em situações em que os mesmos, mormente no exercício de uma profissão, poderiam representar um risco para a saúde de terceiros. No caso, o Tribunal ponderou a salvaguarda de direitos como o do direito à reserva de privacidade (sobre o seu estado de saúde), e o seu direito ao trabalho, de um lado, e, do outro, o direito à segurança e à saúde de terceiros, expostos ao risco de contágio. A decisão final resultou a adição de uma regra geral de controle sanitário necessário, de soropositividade, para o exercício de certas profissões. O resultado, então, foi uma decisão aditiva de garantia com um componente principiológico que incorpora, mas excede largamente, a tutela do princípio da igualdade⁵¹⁹.

Na *sentenza* 220, de 08.06.2004, na qual se discutiam as garantias da magistratura, consistente na possibilidade de, no procedimento disciplinar, ante o Conselho Superior da Magistratura, apresentar-se a defesa pelo indiciado ou por outro magistrado, consoante previsto na norma. entendeu a Corte, em face ao artigo 24 da Constituição, que a norma era inconstitucional, se o magistrado indicado recusasse o encargo, caso em que o CSM deveria designar um magistrado para atuar como defensor de ofício⁵²⁰.

A *sentenza* 9/1964 estendeu a possibilidade de representação em crimes de ação penal também à figura da mãe, posto que a lei questionada não a previa mas apenas previa a figura do pai⁵²¹.

Na *sentenza* n. 15, de 17.02.1969, do Tribunal Constitucional da Itália, e na de n. 353, de 27.07.1994, foram proferidas sentenças aditivas.

Na segunda metade dos anos 80, mais um recuo, fixando-se limites às sentenças aditivas e adotando-se as de princípio.

O Tribunal passou a considerar como apenas obrigatórias as decisões com efeitos aditivos cuja operação reconstrutiva resultasse da aplicação directa de uma norma

⁵¹⁸ Síndrome da Imunodeficiência adquirida.

⁵¹⁹ (MORAIS, 2005, p. 320.)

⁵²⁰ (NOBRE JUNIOR, 2010, p. 105-125.)

⁵²¹ (SAMPAIO, 2001, p. 168.)

constitucional. Contudo, sempre que uma omissão ou uma lacuna técnica impliquem uma pluralidade de opções correctivas ou integrativas o Tribunal optou pelas referidas “sentenças aditivas de princípio”. Nesta última situação o Tribunal declara a inconstitucionalidade da norma e enuncia um princípio constitucional que deve ser respeitado na operação de integração normativa, a qual ficará a cargo do juiz comum e do legislador⁵²².

No Brasil, *v.g.*, não temos esse embate entre o Supremo Tribunal Federal (que exerce também o papel de tribunal constitucional) e os demais tribunais, porque o modelo brasileiro é estruturalmente diverso. Não há uma Corte Constitucional, à parte dos três Poderes da República, mas o Supremo Tribunal Constitucional concentra os poderes de órgão de Cúpula do Poder Judiciário e de Corte Constitucional, com a qual realiza com primazia o controle de constitucionalidade das normas federais e estaduais.

19.26.2 Espanha

Na Espanha, nas decisões interpretativas de acolhimento e de rejeição, há a eficácia *erga omnes*. E face à interpretação de dispositivo constitucional (artigo 161, i, “a”), estende-se a eficácia vinculante à motivação (fundamento determinante) das decisões de inconstitucionalidade. Entretanto, não é claro se nos casos de interpretação conforme, nos quais há uma decisão de não-constitucionalidade, isso ocorreria.

Na sentença nº 45/99, que versava sobre uma norma que excluía os militares esquerdistas, derrotados da II República, dos benefícios de uma anistia que abrangia os militares vitoriosos do Regime Nacionalista, o Tribunal Constitucional “considerou que a declaração de nulidade, não só lograva reparar a inconstitucionalidade, mas poderia também provocar, prejuízos ainda mais graves do que os resultantes da vigência da própria norma inconstitucional”⁵²³.

Assim, o Tribunal proferiu uma sentença aditiva da qual resultou, simultaneamente, a inconstitucionalidade da hipotética norma discriminatória e a extensão, por via jurisdicional, dos referidos benefícios aos militares republicanos⁵²⁴.

Em outra sentença aditiva, por ocasião da discussão de uma norma da Previdência Social, que previa que o viúvo somente perceberia o benefício se se encontrasse à época do falecimento da consorte, incapacitado para o trabalho, requisito este não exigível para a viúva.

⁵²² (MORAIS, 2005, p. 321.)

⁵²³ (MORAIS, 2011, p. 322.)

⁵²⁴ (MORAIS, 2011, p. 322.)

O tribunal constitucional entendeu discriminatória a exigência e ofensiva ao princípio da igualdade, assegurando, por sentença aditiva, que os viúvos tivessem o mesmo direito⁵²⁵.

Na Sentença 222, 11.12.1992, que tinha por objeto a lei de Arrendamentos Urbanos, cujo artigo 58 previa a possibilidade de subrogação em favor do cônjuge, tão somente, não contemplando as relações concubinárias, mas apenas as matrimoniais, a sentença aditiva reconheceu sua inconstitucionalidade e, com a adição da subrogação também em prol do sobrevivente que resultasse de união diversa do matrimônio, regularizou a situação. Depreende-se a nítida vontade de garantir o princípio da igualdade⁵²⁶.

O Tribunal Constitucional Espanhol também atuou, com efeitos aditivos por sentença, do TC 103/83, de 22.11, na qual a questão referia-se à inconstitucionalidade de um artigo da Lei de Seguridade Social que violava o princípio da igualdade, pelo fato de que o Instituto de Seguros havia negado ao autor a pensão por viuvez, decorrente da morte da esposa, ao argumento de já perceber o autor uma pensão de invalidez permanente absoluta. A norma tratava diferentemente a viúva e o viúvo, impondo mais requisitos a este para perceber a pensão. Para a viúva os requisitos eram a prova da vivência marital e período de contribuição suficiente do cônjuge. Já no caso do viúvo, além destes se impunha a necessidade de estar incapacitado para o trabalho ao tempo da morte da esposa. O Tribunal Constitucional Espanhol entendeu discriminatória e que havia violação ao princípio da igualdade, ao exigir-se mais requisitos à pensão do viúvo. Assim, adicionou os viúvos como sujeitos do direito de receber a pensão de viuvez, em condições de igualdade. Da mesma forma nas sentenças 116/87, 222/92, 204/88, 134/96 e 154/89⁵²⁷.

19.26.3 Portugal

Os portugueses evitam a nomenclatura “sentenças aditivas” e preferem utilizar a expressão inconstitucionalidade parcial. É importante observar, nesse contexto, que, em sede

⁵²⁵ “A título de exemplo, examinemos o Acórdão n. 191/88 sobre a querela das pensões diferenciadas, atribuídas aos viúvos e viúvas de cônjuges mortos em acidentes de trabalho.

O Tribunal Constitucional optou por não acolher o pedido do Ministério Público, na parte em que o mesmo solicitava, a par da declaração de inconstitucionalidade do preceito que discriminava negativamente os viúvos, que procedesse igualmente a uma operação correctiva que estendesse a estes, a norma mais favorável relativa ao cálculo das pensões das viúvas. O Tribunal limitou-se a julgar a inconstitucionalidade do preceito impugnado e a advertir que os viúvos conservariam direito á pensão, devendo o legislador ou os tribunais comuns preencherem a lacuna à luz do princípio da igualdade”. (MORAIS, 2011, p. 472.)

⁵²⁶(NOBRE JUNIOR, 2010, p. 105-125.)

⁵²⁷ (STRECK, 2004, p. 601.)

de fiscalização abstrata *sucessiva*, o Tribunal Constitucional Português restringe suas poucas sentenças aditivas aos pressupostos das *decisões constitucionalmente obrigatórias*.

Dentre as decisões corretivas, cita-se o Ac. nº 103/87, que declarou a inconstitucionalidade da disposição que excluía o direito de os agentes militares da polícia de segurança pública de formularem queixas perante o Provedor da Justiça, por ação ou omissão dos poderes públicos, tendo por objeto a tutela dos seus direitos, liberdades e garantias⁵²⁸. Declarou-se a inconstitucionalidade da norma “*na parte e na medida*” em que restringia o direito de queixa por parte de agentes militares.

19.26.4 Alemanha

A característica básica do Tribunal Constitucional Alemão é ser contido, quanto ao uso das sentenças aditivas, mas há a previsão normativa.

O modelo alemão abstrato de controle de constitucionalidade faz irradiar a força obrigatória de leis das declarações de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) à solução interpretativa que compõe a parte dispositiva da decisão. O fundamento do efeito vinculante é perseguir a unidade da Constituição.

No modelo alemão, analisando-se o Tribunal de Karlsruhe, percebe-se que a maioria das sentenças manipulativas procura reparar, de forma imediata ou mediata, os vazios normativos, mas sem substituir o legislador.

Os silêncios na legislação vigente, que ocasionam o ferimento ao princípio da igualdade, têm sido, na qualidade de omissões relativas inconstitucionais, sancionados em sede do julgamento do recurso de amparo, por meio de uma série de decisões manipulativas.

O Tribunal Constitucional Alemão procura ser mais contido, quanto ao uso das sentenças aditivas, mormente quando possa redundar em uma escolha discricionária por parte do julgador.

Na ocorrência de silêncios discriminatórios, o Tribunal Constitucional Alemão opta, frequentemente, pela figura de declaração de incompatibilidade sem a sanção de nulidade.

A mera declaração de nulidade não resolveria o problema, pois ocasionaria a cessação do regime para os beneficiários e, em consequência, a imposição de um sacrifício desmedido e desnecessário. Assim, o tribunal constitucional opta por declarar a incompatibilidade sem a sanção de nulidade, que concede ao legislador oportunidade para corrigir a situação.

⁵²⁸ (SAMPAIO, 2001, p. 168.)

Entretanto, excepcionalmente, “o Tribunal adota uma subespécie de sentenças aditivas e que assume a natureza cautelar, pressupondo a edição discricionária pelo Tribunal, de ‘medidas de necessidade’, com caráter provisório, que substituem, transitoriamente, as normas julgadas inconstitucionais, tendo em vista evitar um grave vazio normativo”⁵²⁹. Entretanto, são “medidas positivadoras atípicas”, adotadas pela generalidade dos ordenamentos jurídicos – e nas quais o tribunal atua como um verdadeiro legislador⁵³⁰.

O § 31, n. 2 da Lei do tribunal constitucional confere força de lei às decisões de inconstitucionalidade – via controle abstrato, concreto e julgamento de queixa constitucional. Em que pese ao artigo 94.2 da Constituição mencionar em *força de lei* (força obrigatória geral), mas não mencionar em *eficácia vinculativa*, o certo é que o Tribunal estabeleceu uma conexão com o § 31 de sua norma, que determina que as decisões do Tribunal “vinculam os órgãos constitucionais da federação e dos estados, assim como todos os órgãos e autoridades administrativas”. Assim, tais decisões têm *força de lei* e *eficácia vinculativa*.

A partir daí, construiu-se, com certa dose de ativismo, além do dispositivo, também a *motivação* fundamental da decisão que obrigaria todos os poderes do Estado. Entretanto, nada impede o legislador de aprovar uma norma materialmente idêntica à que fora julgada inconstitucional⁵³¹.

No que se refere à interpretação conforme, o tribunal constitucional admite que, ante uma pluralidade de interpretações – constitucionais e não constitucionais –, a vinculatividade abrange apenas as interpretações contrárias à lei fundamental. Com isso, se evitaria que a corte interferisse nas competências do legislador.

⁵²⁹

O Tribunal Constitucional alemão têm-se genericamente refreado quanto ao uso abundante de decisões com efeitos aditivos, excluindo, por regra, a hipótese de as sentenças fixarem regras integrativas de lacunas ou de omissões, sobretudo quando a revelação dessas regras implica uma escolha discricionária (MORAIS, 2011, p. 318-319.)

⁵³⁰ (MORAIS, 2011, p. 318-319.)

⁵³¹ “A atribuição de eficácia vinculativa aos fundamentos principais da solução interpretativa que motiva a sentença ganham particular relevo no plano das soluções interpretativas condicionais, mormente quando o Tribunal Constitucional aprova uma decisão fundada numa solução interpretativa conforme com a Constituição.

Essa “normativização” da decisão não deixou de ser contestada por um sector da doutrina o qual duvida: que o efeito vinculante conferido à motivação fundamental da sentença possa derivar da simples noção de ‘força de lei’; que esta última qualidade logre exceder os limites do dispositivo da decisão; e que uma lei ordinária possa fixar os efeitos das decisões de inconstitucionalidade à margem da Constituição. Outros rejeitam a ‘canonização da motivação’ da sentença, a qual impediria o debate jurídico, comprimiria o poder de outros juizes em sustentarem interpretações diversas e bloquearia a força inovadora de opiniões dissidentes, clausurando-se a existência de uma supostamente desejável ‘sociedade aberta de intérpretes’ da Lei Fundamental”. (MORAIS, 2005, p. 280.)

Nesse tema, Konrad Hesse recomenda o respeito recíproco entre o tribunal constitucional e os demais órgãos superiores do Estado. O poder do Tribunal funda-se sobre sua consideração sobre a força persuasiva de seus argumentos. Ressalta o autor, entretanto, a dificuldade de traçar os limites do controle judicial-constitucional, que o tribunal constitucional sempre os ressalta, mas tais limites nem sempre se deixam traçar de uma forma rígida, válida de uma vez para sempre⁵³². Apesar disso, a tarefa do tribunal nem sempre se deixa resolver com o auxílio do princípio *self-restraint* judicial⁵³³.

Desse modo, o Tribunal Constitucional Alemão também seguiu o mesmo passo e procede à colmatação de espaços vazios normativos, por sentenças manipulativas aditivas, mas sem substituir o legislador⁵³⁴.

Nos casos de omissão que cria a discriminação infundada, concede aquele Tribunal ao órgão ou ao legislador uma oportunidade para corrigir a situação, mas mantendo-se, até lá, a norma na ordem jurídica, podendo proibir sua aplicação pelos tribunais. Entretanto, o Tribunal Alemão, em caráter excepcional, elabora uma subespécie de decisão de caráter cautelar e eficácia positiva, de acordo com o qual edita “medidas de necessidade”, com caráter provisório, que substituem transitoriamente as normas julgadas inconstitucionais, com o fito de evitar um grave vazio normativo⁵³⁵. É o que dispõe o § 32, alínea 1 da Lei do Tribunal Constitucional Alemão:

⁵³² “É essa conexão que confere à questão sobre os limites do controle e decisão judicial-constitucional seu significado eminente. Como o quadro das competências judicial-constitucionais na Lei Fundamental é imaginavelmente formado amplamente, são esses limites, ao lado dos pressupostos do estado de informação igual ou melhor do tribunal e da justiciabilidade das questões a serem obedecidas, traçados, sobretudo, pela distribuição constitucional das funções”. (HESSE, 1998, p. 422-423).

⁵³³ “Essa tarefa não se deixa resolver com o auxílio do princípio da auto-restrição judicial. Porque a exigência de um *self-restraint* judicial descuida a vinculação do Tribunal Constitucional Federal à Constituição, que não deixa ao arbítrio dos juízes se eles querem se restringir ou não. A atividade de controle do Tribunal Constitucional Federal tem de orientar-se, antes, por suas tarefas normalizadas jurídico-constitucionalmente; essas podem também uma vez exigir realmente o contrário da atitude reservada, ou seja, intervenção decisiva.

Há necessidade, portanto, de resoluções diferenciadoras, isto é, segundo os respectivos grupos de problemas e casos, de pontos de vista e critérios graduados adaptados à função de controle judicial-constitucional. Para isso, a jurisprudência, até agora, do tribunal contém inícios essenciais que, no entanto, carecem ainda de realização e aprofundamento mais amplo.

Assim deve ficar ao legislador fundamentalmente um espaço amplo de liberdade conformadora; o Tribunal Constitucional Federal não tem de examinar se uma resolução legal é a mais conveniente, razoável ou justa, e também não é assunto seu dar ao legislador recomendações legislativas gerais. Na medida em que a Constituição somente contém determinações amplas e fragmentárias para a resolução de um problema, o tribunal deve, já que sua tarefa fundamentalmente só pode estar em um controle jurídico, restringir-se a uma densidade de controle menor. Isso vale nomeadamente então, quando a Constituição obriga o Estado não só a uma omissão, mas a atuação conformadora, como, por exemplo, no exercício de deveres de proteção jurídico-fundamentais e nas prognoses que estão na base desse”. (HESSE, 1998, p. 425-426).

⁵³⁴ (MORAIS, 2009, p. 30.)

⁵³⁵ *Ibidem*. p. 31.

Em caso de controvérsia, o Tribunal Constitucional Federal pode regular transitoriamente uma situação mediante medida provisória, quando tal seja requerido com urgência, tendo por fim evitar graves prejuízos, fazer face a um perigo iminente ou em razão de outros factores importantes respeitantes ao bem comum

Há uma regulamentação transitória, por um período de seis meses, que pode, todavia, ser renovada, ante a deliberação da maioria de dois terços dos votos, conforme o § 32, al 6 da citada lei. Entretanto, a particularidade, consiste no fato de que é o legislador “competente para revogar substitutivamente as referidas medidas, as quais são emitidas tão-só com o objetivo de evitar vazios causadores de efeitos prejudiciais, na sequência de uma decisão de inconstitucionalidade”⁵³⁶.

Entende Carlos Blanco de Moraes que tal instituto representa uma subversão do princípio da separação de poderes. Contudo, é de se ponderar que, se o próprio Tribunal Constitucional Alemão evita a prolação das sentenças aditivas, o que faz somente via medidas provisórias com amparo no § 32, al 1, da Lei do TCA, não se depreende o impacto de tal medida no âmbito interno⁵³⁷. Se o TCA é tímido em suas atuações e evita as sentenças aditivas, com a razão – depreende-se – por respeitar a separação dos poderes. Em outros países, como Espanha e Brasil, também não há a regulamentação, mas as Cortes não se eximem de dar a aplicabilidade prática a trechos omissos e que firmam o princípio da igualdade (é o caso mais comum da sentença aditiva).

Nota-se que, na grande maioria dos casos, busca-se a concreção do princípio da igualdade.

⁵³⁶ (MORAIS, 2009, p. 32.)

⁵³⁷ *Ibidem.* p. 32.

CONCLUSÃO

O trabalho propiciou o estudo analítico, em minudência, das sentenças aditivas na jurisdição constitucional.

Como se viu, as sentenças aditivas são polêmicas, mas isto não inviabiliza a sua existência e a sua aplicação.

A clássica separação dos poderes foi se modificando paulatinamente de acordo com as mutações político-institucionais, com reflexos nos direitos sociais e econômicos. Não mais se enquadrava ao cenário contemporâneo face às exigências sociais. A evolução teve curso: do Estado Liberal ao Social, do juiz montesquiniano ao juiz proativo do século XXI.

O fortalecimento do Estado Democrático de Direito trouxe a reboque o do Judiciário – dos Tribunais Constitucionais e das Cortes Supremas –, nos países democráticos, e o manejo do controle de constitucionalidade passou a ser vital para o próprio desenvolvimento do Estado.

Os tribunais constitucionais foram criados com a finalidade de fiscalizar as normas produzidas pelo Legislativo, o que se deu, principalmente, no Segundo Pós-Guerra, para evitar os descalabros produzidos pelo nazismo e fascismo. Surgem os tribunais da Itália e da Alemanha, após os primeiros que foram os da Tchecoslováquia e da Áustria.

As cortes constitucionais trabalham ativamente para analisar a constitucionalidade das normas e, em alguns casos, passam a ter uma postura nitidamente ativista.

As exigências decorrentes das promessas não cumpridas pelo Estado Social forçam o Judiciário a ingressar em seara estranha, mas não invasiva – nos limites da separação dos Poderes, cuja alegação objetiva simplesmente a preservação de “nacos de poder”, mas cederam espaço em prol de uma atividade proativa do Judiciário. Etiquetas como “voz da maioria”, “democrático” ou “não democrático” já não fazem mais sentido. Certamente há muitos casos em que as decisões políticas do governo refletem o sentimento da maioria ou dela decorrem, mas a referida situação não é, nem de perto, unânime.

O cenário abordado é característico da própria evolução da sociedade e das instituições estatais. Nesse enquadre, o cidadão é mais indagador de seu papel e do papel do Estado e, com frequência, recorre ao Judiciário para buscar os seus direitos. Ante a ausência de normas ou a sua imperfeição, não resta alternativa aos juízes senão decidir.

Dogmas tradicionais como “legislador negativo” e “separação dos poderes” estão em processo de mutação. A tarefa das cortes como “legisladoras positivas” está bastante viva, não obstante os embates que ocorrem. Apesar disso, o ativismo judicial e a criação judicial do direito são temas que permeiam ambas as famílias do direito e são, com frequência, utilizados.

O Judiciário tem a árdua missão em planificar e efetivar os direitos do cidadão, uma vez que Executivo e Legislativo não desincumbem de tal encargo. Àquele resta a única saída que é o acesso à justiça. Justiça rápida e útil é a que tem efetividade, ou seja, eficácia social, do juiz monocrático à Suprema Corte. As decisões devem produzir o mesmo efeito que haveria se se não se necessitasse do manejo da Justiça. Neste contexto, o Judiciário não se abstém de agir.

No contexto do Judiciário forte e assumindo competências inicialmente de outros Poderes, tem-se que o tribunal constitucional ou a corte suprema deve decidir quando houve um vácuo legislativo total ou parcial. No manejo das técnicas do controle de constitucionalidade e nas próprias decisões – em nível difuso ou abstrato – surgem soluções que podem colmatar as inconstitucionalidades.

As decisões nas ações abstratas, principalmente, têm uma função precípua de prevenção dos litígios, pois ao ditar o norte a ser seguido, pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis, com caráter *erga omnes* e *força vinculante* propicia-se a “pacificação social”. De melhor modo é o manejo das técnicas do controle de constitucionalidade, o que impede a declaração pura e simples da nulidade e seus reflexos negativos. Observou-se que as sentenças aditivas cumprem esse papel de evitar a declaração da inconstitucionalidade da norma.

Objetivou-se demonstrar a localização das sentenças aditivas no âmbito da jurisdição constitucional, com foco no controle de constitucionalidade, precipuamente abstrato e(ou) concentrado e na espécie de interpretação conforme – ambiente que melhor se amolda às características das sentenças aditivas. Entretanto, isso não quer dizer que elas não se possam desenvolver no âmbito do controle difuso.

Elas são um componente essencial na engrenagem de efetivação dos direitos e aproveitamento de uma norma que contém uma omissão parcial, declarada esta inconstitucional, para que se estenda uma norma benéfica, em obediência ao princípio da igualdade.

Expôs-se a classificação das aditivas para diferenciá-las entre si e dos institutos congêneres. Ademais, a análise das decisões das Cortes Italiana, Portuguesa, Alemã e Espanhola demonstrou a quantas caminha o manejo do instituto. As duas primeiras a utilizam com mais frequência, ao contrário das duas últimas, mais comedidas e sempre tendo por norte o “respeito” à atividade do legislador.

O Supremo Tribunal Federal tem feito uso desse instituto, quando das decisões no controle abstrato, mas pelo que se observa trata-se de utilização ainda relativamente incipiente, às vezes utiliza os “efeitos aditivos” e às vezes a própria “sentença aditiva”.

Desse modo, as cortes constitucionais e as cortes supremas têm essa difícil missão de efetivar as normas constitucionais e as sentenças aditivas são um poderoso instrumento que possibilita a garantia e o exercício de direitos por parte dos cidadãos ávidos na concretização de uma vida mais digna.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

AGRA, Walber de Moura. **A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal**. Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BALLE, José M^a Lafuente. **La Judicialización de la Interpretación Constitucional**. Madrid: COLEX, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008a.

BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. [S.l: s.n, 20--]. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição – Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008b.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, BA, n. 9, mar./abr./maio, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Princípios constitucionais brasileiros. **Revista Jurídica THEMIS**, Curitiba, n. 7, out. 1991.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Influência do direito material sobre o processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOCZAR, Sonia. Sentenças modulatórias: manipulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal e as sentenças aditivas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 99, v. 897, jun. 2010.

BONSAGLIA, Alexandre Antonucci. **Sentenças aditivas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, 2010.

BRUST, Leo. A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas. **Revista de Direito GV**, São Paulo, jul./dez. 2009.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil, Estudos sobre o Processo Civil**. São Paulo: Bookseller, 1999.

CANAS, V. **Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional**. 2. ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Portugal: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **CRP: Constituição da República Portuguesa, Anotada**, v. 1, arts. 1º a 107. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999a.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed., reimpr. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999b.

CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio; ALBINO, Luciano. **Sociologia Geral e Jurídica**. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **ALCEU**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di Diritto Costituzionale**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1984.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle da Constitucionalidade das leis, teoria e prática**. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder Dos Juízes**. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

DAVID, René. **O Direito Inglês**. São Paulo; Ed. Martins Fontes, 2000.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya; GASPARETT, André Ramos. O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 161-181, jul./set. 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Processo Civil Comparado. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 90, abr. 1998.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2010.

ENTERRIA, Eduardo de García. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficácia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público**, Londrina, n. 92, out./dez. 1989.

FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy Ed., 2004.

FELLET, André(Coord.); NOVELINO, Marcelo (Coord.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador, BA: Ed. Jus PODIVM, 2011.

FUX, Luiz (Coord.). **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O valor positivo do Acto Inconstitucional**. Reimpr. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito Lisboa, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2011. v.1.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

LAQUIEZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (Orgs). **O Estado de Direito** – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAVAGNA, C. Sulle sentenze additive additive della Corte Costituzionale. In: LAVAGNA, C. **Ricerche sul sistema normativo**. Milano: Giuffrè, 1984.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial**. Dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à Resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Ricardo Muciato. A atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade como legislador positivo e o princípio da proporcionalidade. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da UNIPAR**. Umuarama. v. 11, n. 1, p. 25-44, jan./jun. 2008.

MAZZAROLLI, Ludovico A. **Il giudice delle leggi tra prederminazione costituzionale e creatività**. Padova: Cedam, 2000.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 13, n.100, p. 165-192, jul/set 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. t.4.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. Coimbra: Ed. Coimbra, 2008. t.6.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

MODUGNO, Franco. Corte Costituzionale e Potere Legislativo. In: BARILE, Paolo; CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano. **Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia**. [Bologna]: Il Mulino, 1982.

MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controlo de constitucionalidade por ação. . In: MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). **As sentenças intermédias da Justiça Constitucional**: estudos Luso- Brasileiros de direito público. Lisboa: AAFDL, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Ed. Jurídico Atlas, 2005.

MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). **As sentenças intermédias da Justiça Constitucional**: estudos Luso- Brasileiros de direito público. Lisboa: AAFDL, 2009.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. Tomo I. Garantia da Constituição e Controle da Constitucionalidade. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentativa do sistema de reenvio. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. TomoII. O Direito no Contencioso Constitucional. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Miradas sobre o Processo Civil Contemporâneo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 79, jul./set. 1995.

_____. **Temas de Direito Processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Temas de Direito Processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Temas de Direito Processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORTATI, C. Appunti per uno Studio sui remedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore. In: MORTATI, C. **Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana**. Milano: Giuffrè, 1972.v.3.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Jurisdição Constitucional**. 1. ed. Curitiba,PR: Juruá, 2010.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Sir Edward Coke e o judicial review inglês. Breve História (artigo) In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Teoria do Processo, panorama doutrinário**

mundial. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2010. v. 2.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. Proposta de formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. Conceitos, sistemas e efeitos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira**. 2. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2011.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Manual de Processo Civil**. Fase Postulatória. 2. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2011.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PICARDI, Nicola. **Le sentenze “integrative” della Corte Costituzionale, en la obra colectiva Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1977.

POST, Robert; SIEGEL; Reva, **Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash**. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=990968>> Acesso em: mar. 2013.

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

RENAULT, Alain. **História da filosofia política: as críticas da modernidade política**. Lisboa: Piaget, 2001. v.4.

REVORIO, F. Javier Diaz, **Las sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional**. Valladolid: Lex Nova, 2001.

RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RODRIGUES, Leda Boechat. **Corte de Warren (1953-1969) Revolução Constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira S.A., 1991a.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal: Tomo I/ 1891 – 1898 – Defesa das Liberdades Civis**. 2. ed., Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1991b.

ROSEMBERG, Leo. **Da jurisdição no Processo Civil**. São Paulo: Impactus, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. Processo de conhecimento. 25. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SEN, Amartya; KLIKSBERT, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar. A ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**. São Paulo: Ed. Landy, 2006.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de Legislar e Protecção Jurisdicional Contra Omissões Legislativas, Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Virgílio Afonso da (Coord.). **Interpretação Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função - A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo”, em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 117-130, jul./set. 2010.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

ULLA, Juan Manuel López. **La cuestión de inconstitucionalidade en el derecho español**. Madrid: Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2000.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

WALD, Arnold. O Novo Supremo Tribunal Federal. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da (Coord.); CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Coord.). **Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais, Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário** – Crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, Derechos Justicia**. 10 ed. Madrid: Trotta, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Processo Costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valéria. **Giustizia Costituzionale**. Bologna: Il Mulino Strumenti, 2012.