**Universidade Federal Fluminense**

**Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional**

**Mestrado em Direito Constitucional**

**Dissertação de Mestrado**

**SENTENÇAS ADITIVAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

**Orientador: Professor Cláudio Pereira de Souza Neto**

**Aluno: Ademar Borges de Sousa Filho**

**Niterói-RJ**

**2014**

**Universidade Federal Fluminense**

**Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional**

**Mestrado em Direito Constitucional**

**Dissertação de Mestrado**

**SENTENÇAS ADITIVAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

**Aluno: Ademar Borges de Sousa Filho**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.**

**Niterói-RJ**

**2014**

|  |
| --- |
| SOUSA FILHO, Ademar Borges de.  As sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira. Ademar Borges de Sousa Filho, UFF – Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional, Niterói, 2014.  Dissertação (Mestrado em direito Constitucional, Universidade Federal Fluminense, 2013. |

**Ademar Borges De Sousa Filho**

**SENTENÇAS ADITIVAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.**

**Aprovada em 24 de novembro de 2014.**

**Banca Examinadora**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**Prof. Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto – Orientador**

**Universidade Federal Fluminense – UFF**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**Profa. Dra. Helena Elias Pinto**

**Universidade Federal Fluminense**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**Prof. Dr. Daniel Sarmento**

**Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ**

**Niterói-RJ**

**2014**

**AGRADECIMENTOS**

Desejo expressar meus agradecimentos aos Professores *Helena Elias Pinto* e *Rogério Dultra dos Santos*, professores do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF) e, em especial, ao meu orientador *Cláudio Pereira de Souza Neto*, partícipe fundamental de todo o trabalho desenvolvido e fonte de inspiração para as reflexões que conduziram a pesquisa. Agradeço, ainda, ao meu pequeno núcleo familiar – minha mãe Rejane, minha irmã Juliana, meu cunhado André, minha sobrinha Viviane (Vivi) e minha tia Sessé – pela segurança de vida que me oferecem. Aos meus diletos colegas de mestrado agradeço pela amizade e pela produtiva convivência dos felizes dois anos de pesquisa. Agradeço também aos meus amigos Carol, Gustavo e Nara, que me acompanham e torcem por mim incondicionalmente. Por fim, agradeço aos meus queridos sócios, o Professor *Juarez Estevam Xavier Tavares* e a brilhante advogada *Fernanda Lara Tórtima*, pelo aprendizado diário, pela paciência com este sócio mais jovem e também pela sólida amizade.

**SUMÁRIO**

|  |  |
| --- | --- |
| **INTRODUÇÃO** | p. 10 |
| **CAPÍTULO 1: A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO** | p. 15 |
| **1.1. A omissão legislativa inconstitucional da constituição de 1988: aproximação do tema** | p. 15 |
| **1.2. Uma teoria das omissões inconstitucionais: proposta de delimitação do campo de investigação** | p. 19 |
| **1.2.1. Definição da omissão legislativa inconstitucional a partir do princípio da proporcionalidade na vertente da proibição de proteção insuficiente** | p. 22 |
| **1.2.2. Uma visão substancial e consequencialista da omissão legislativa inconstitucional** | p. 28 |
| **1.3. A omissão inconstitucional e as sentenças de perfil aditivo** | p. 38 |
| **CAPÍTULO 2: A DIVERSIFICAÇÃO DAS TÉCNICAS DECISÓRIAS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF – O SURGIMENTO DAS SENTENÇAS ADITIVAS NO BRASIL** | p. 55 |
| **2.1. Técnicas decisórias em controle de constitucionalidade de normas a partir da experiência recente do supremo tribunal federal** | p. 55 |
| **2.1.1. A interpretação conforme como *porta de entrada* para as sentenças aditivas na experiência brasileira** | p. 61 |
| **2.2. O problema concernente à autonomia processual do tribunal constitucional** | p. 68 |
| **2.3. O tribunal constitucional como “legislador negativo”: o nascimento de um mito e sua reformulação contemporânea** | p. 73 |
| **2.3.1. A noção de *legislador negativo* e sua gradual superação na jurisprudência do stf** | p. 79 |
| **2.4. A diversificação das técnicas decisórias como consequência de uma visão gradualista da constitucionalidade das normas** | p. 87 |
| **CAPÍTULO 3: SENTENÇAS ADITIVAS – UMA APROXIMAÇÃO DO TEMA** | p. 91 |
| **3.1. O sentido da expressão “sentença aditiva” e o surgimento de um campo de investigação** | p. 91 |
| **3.2. Classificação das sentenças constitucionais manipulativas: uma delimitação metodológica necessária (sentenças aditivas e campo de investigação)** | p. 94 |
| **3.3. Sentenças aditivas: importância da contribuição italiana** | p. 102 |
| **CAPÍTULO 4: O VÁCUO NORMATIVO E AS SENTENÇAS ADITIVAS** | p. 106 |
| **4.1. Delimitação do problema: o vácuo normativo perigoso no contexto do controle de constitucionalidade** | p. 108 |
| **4.1.1. Definição das hipóteses configiradoras do vácuo normativo perigoso (ou indesejável)** | p. 117 |
| **4.1.2. O vácuo normativo perigoso e as sentenças aditivas no contexto brasileiro** | p. 118 |
| **4.1.3. As estratégias adotadas pela corte constitucional para superar o problema concernente ao vácuo normativo perigoso** | p. 120 |
| **4.1.4. A eficácia das técnicas decisórias no contexto das tentativas de superação do vácuo normativo perigoso** | p. 123 |
| **CAPÍTULO 5: CORTES CONSTITUCIONAIS COMO LEGISLADORES POSITIVOS** | p. 132 |
| **5.1. Diálogo entre cortes constitucionais** | p. 133 |
| **5.2. As sentenças aditivas na jurisprudência da corte constitucional da itália** | p. 137 |
| **5.3. Formulação da doutrina *rime obbligate*: uma tentativa argumentativa de justificação da competência da corte constitucional italiana para editar sentenças aditivas** | p. 146 |
| **5.3.1. Crítica à doutrina *rime obbligate* a partir da contribuição da hermenêutica jurídica** | p. 150 |
| **CAPÍTULO 6. AS SENTENÇAS ADITIVAS NO BRASIL: UMA PROPOSTA DE DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA NORMATIVA DO STF** | p. 159 |
| **6.1. Contornos do problema de legitimidade das decisões de perfil aditivo no brasil** | p. 161 |
| **6.2. As sentenças normativas e as concepções procedimentalista e substancialista da jurisdição constitucional** | p. 164 |
| **6.3. As sentenças normativas na jurisprudência do supremo tribunal federal: a experiência recente como *legislador positivo*** | p. 170 |
| **6.3.1. Sentenças normativas proferidas em sede de mandado de injunção** | p. 170 |
| **6.3.2. Sentenças normativas proferidas em outros instrumentos processuais (além do mandado injunção)** | p. 172 |
| **6.3.3. Sentenças normativas proferidas por meio da técnica de modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade** | p. 175 |
| **6.4. Por uma revisão da doutrina *rime obbligate* a partir do uso do argumento analógico baseado na disciplina constitucional do mandado de injunção** | p. 178 |
| **6.5. A competência normativa do supremo tribunal federal na constituição: uma proposta de delimitação** | p. 185 |
| **6.6. Definição do âmbito de competência normativa do stf: produção de normas necessárias para viabilizar o exercício de direitos materialmente fundamentais** | p. 194 |
| **6.6.1. A delimitação do campo dos direitos materialmente fundamentais** | p. 199 |
| **CAPÍTULO 7: CONSEQUÊNCIAS DA ADOÇÃO DA PROPOSTA FORMULADA** | p. 207 |
| **7.1. As sentenças aditivas no controle difuso de constitucionalidade** | p. 207 |
| **7.2. A função interpretativa dos juízes e tribunais e a competência normativa do stf** | p. 209 |
| **7.3. Limitações à competência normativa judicial** | p. 211 |
| **7.4. A modulação de efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade no contexto das sentenças aditivas** | p. 214 |
| **7.5. Diálogos constitucionais e sentenças aditivas** | p. 217 |
| **CONCLUSÕES** | p. 222 |

**RESUMO**

O Supremo Tribunal Federal demonstra nos últimos anos, por meio da utilização da técnica decisória conhecida como aditiva, sólida assunção de competência normativa. Com base em pesquisa comparativa, percebe-se que a preocupação com o vácuo normativo indesejável e o concomitante desenvolvimento do controle judicial de constitucionalidade das omissões inconstitucionais culminaram na afirmação, por parte das Cortes constitucionais, de competência para criar direito novo. A construção de um argumento capaz de entrelaçar de modo coerente as categorias da omissão legislativa inconstitucional, do vácuo normativo indesejável e da competência normativa do Supremo Tribunal Federal é o desafio enfrentado na presente dissertação de mestrado. A pesquisa termina com a formulação de uma proposta de delimitação da competência normativa do Supremo Tribunal Federal – e, portanto, de fixação dos limites das sentenças aditivas – e da indicação das principais consequências da adoção da proposta formulada.

Palavras-chave: jurisdição constitucional. controle judicial da omissão legislativa. vácuo normativo indesejável. competência judicial normativa. sentenças aditivas. limites.

**ABSTRACT**

During the last years the Federal Supreme Court by using the decision making technique known as additive sentences has shown a solid assumption of legislative powers. Based on a comparative research, this concern could be verified by the undesirable legal vacuum and by the concomitant development of the constitutional judicial control on the unconstitutional omissions leading to the affirmation of the constitutional Court on the competence to create a new law. Building a capable argument to consistently interweave the categories of the unconstitutional legislative omission, the undesirable legal vacuum and the legal competence of the Federal Supreme Court is a challenge faced in this dissertation for a master’s degree. The research ends by formulating a proposal to limit the legal powers of the Federal Court – and thus, to fix the limits of the additive sentences – and the statement of the main impacts on the adoption of the proposal proposed herein.

Key-words: constitutional jurisdiction, judicial control of the legislative omission, undesirable legal vacuum, legal legislative powers, additive sentence, limits.

**INTRODUÇÃO**

Em seu discurso de posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Ricardo Lewandowski resumiu a atual preocupação com a procura por um ponto de equilíbrio na atuação da Corte constitucional como suplente dos poderes legislativo e executivo:

Propomo-nos, ademais, a respeitar e fazer respeitar a independência e harmonia entre os Poderes, estimulando nos juízes a adoção da salutar atitude de *self restraint*, de autocontenção, praticada pelas cortes constitucionais dos países democráticos. Com isso queremos dizer que o Judiciário só deve atuar, para suprir eventual lacuna normativa ou inércia administrativa, em caráter excepcional e provisório, e apenas quando a decisão pretoriana se mostrar necessária e inadiável, permitindo, como regra, que o Legislativo ou o Executivo – representantes diretos da soberania popular – possam concluir as suas deliberações no tempo que considerem politicamente mais adequado para o País.[[1]](#footnote-1)

O discurso revela simultaneamente a afirmação em favor da Corte constitucional de competência para suprir lacunas normativas – e com isso exercer inequívoco poder normativo – e o reconhecimento do risco de invasão da função legislativa que resulta da criação judicial de direito novo. Na formulação do Ministro Ricardo Lewandowski, a assunção de uma competência normativa pelo STF deve ser acompanhada de uma postura de autocontenção: (i) de um lado, para restringir o exercício dessa competência aos casos realmente necessários e inadiáveis; (ii) de outro, para permitir, em regra, que o exercício dessa função normativa seja exercida preferencialmente pelo legislador.

Gilmar Mendes, ao discursar sobre o tema da omissão legislativa na Universidade de Columbia[[2]](#footnote-2), em Nova York, depois de afirmar a centralidade do legislador na concretização das normas constitucionais, alertou, ainda no ano de 2008, para uma tendência do Supremo Tribunal Federal em assumir, ainda que limitadamente, típica função normativa de suplência do legislador em casos de omissão inconstitucional:

A concretização da ordem fundamental estabelecida na Constituição de 1988 carece, nas linhas essenciais, de lei. Compete às instâncias políticas e, precipuamente, ao legislador, a tarefa de construção do Estado constitucional. Como a Constituição não basta em si mesma, têm os órgãos legislativos o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social. A omissão legislativa constitui, portanto, objeto fundamental da ação direta de inconstitucionalidade em apreço.

Esta pode ter como objeto todo o ato complexo que forma o processo legislativo, nas suas diferentes fases. Destinatário principal da ordem a ser emanada pelo órgão judiciário é o Poder Legislativo. O sistema de iniciativa reservada, estabelecido na Constituição Federal, faz com que a omissão de outros órgãos, que têm competência para desencadear o processo legislativo, seja também objeto dessa ação direta de inconstitucionalidade.

(...)

De uma perspectiva processual, a principal problemática assenta-se, portanto, menos na necessidade de instituição de determinados processos destinados a controlar essa forma de ofensa constitucional do que na superação do estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa.

(...)

Portanto, a questão fundamental reside menos na escolha de um processo especial do que na adoção de uma técnica de decisão apropriada para resolver as situações inconstitucionais propiciadas pela chamada omissão legislativa.

(...)

Na sessão de 7.6.2006, propôs-se a revisão parcial do entendimento até então adotado pelo Tribunal. Assim, foram apresentados votos que recomendavam a adoção de uma “solução normativa e concretizadora” para a omissão verificada.

Tendo em vista essa situação peculiar, recomendou-se a adoção explícita de um modelo de sentença de perfil aditivo, tal como amplamente desenvolvido na Itália.[[3]](#footnote-3)

A presença constante do tema nas manifestações públicas dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é explicada pelo crescente uso de técnicas decisórias que revelam verdadeira criação de normas jurídicas no âmbito do controle de constitucionalidade. No julgamento da constitucionalidade da pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei n° 11.105/2005, o Supremo Tribunal Federal rejeitou proposta formulada pelo saudoso Ministro Menezes Direito de adicionar conteúdos normativos[[4]](#footnote-4) à Lei de Biossegurança[[5]](#footnote-5). O resultado do julgamento, concluído pelo apertado *score* de seis votos contra cinco, rechaçou a pretensão de investir o Supremo Tribunal Federal em função normativa, preservando, assim, a tradicional visão da Corte como mero legislador negativo.

Cerca de um ano mais tarde, o Supremo, ao julgar ação popular ajuizada para impugnar a Portaria n. 534/2005, do Ministério da Justiça, homologada pelo Presidente da República, em 15 de abril de 2005, a qual promoveu a demarcação da terra indígena “*Raposa Serra do Sol*”, embora rejeitando a pretensão de anular a demarcação contínua da reserva indígena, acolheu proposta pelo Ministro Menezes Direito no sentido de adicionar ao dispositivo da decisão 18 cláusulas que deveriam condicionar as demarcações de terras indígenas que se realizassem no futuro. As 18 cláusulas propostas pelo Ministro Menezes Direito, posteriormente, foram objeto de deliberação do colegiado e resultaram nas 19 “condicionantes” que constam do acórdão[[6]](#footnote-6). O propósito de estabelecer, para o futuro, o regime jurídico do usufruto das terras indígenas ficava claro no voto do Ministro Menezes Direito:

A partir da apreciação deste caso pude perceber que os argumentos deduzidos pelas partes são também extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvam terras indígenas. A decisão adotada neste caso certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório com repercussão também para o futuro. Daí a necessidade do dispositivo explicitar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance.

Em passado recente o STF já havia desempenhado com clareza típica função normativa. No julgamento do RE 197.917, no qual se discutia a constitucionalidade da fixação em 11 do número de vereadores no Município de Mira Estrela, o Tribunal fixou em abstrato um padrão de fixação do número de vereadores em todo o país a partir de faixas populacionais por ele criadas[[7]](#footnote-7). Nos sucessivos precedentes firmados pela Corte em sede de mandado de injunção passou-se a admitir progressivamente a criação judicial de normas jurídicas capazes de suprir casos de omissão legislativa inconstitucional[[8]](#footnote-8). O STF tem afirmado que no julgamento do mandado de injunção o Poder Judiciário está autorizado a formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico[[9]](#footnote-9).

A presente dissertação tem por objetivo estudar uma tipologia específica de sentença no âmbito do controle de constitucionalidade das normas: a sentença manipulativa com efeitos aditivos (sentenças aditivas[[10]](#footnote-10)) na jurisdição constitucional brasileira. Pretende-se identificar, na história do Supremo Tribunal Federal, a incorporação de novos modelos decisórios e relacioná-los com as modificações do direito constitucional brasileiro. A preocupação central deste trabalho está em desenvolver um modelo dogmático capaz de avaliar a legitimidade das sentenças normativas produzidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Como se tentará demonstrar, a produção de sentenças aditivas (ou normativas) no Brasil só poderá ocorrer, segundo a proposta neste trabalho desenvolvida, com o objetivo de superar estado de omissão inconstitucional que obste o exercício de direitos materialmente fundamentais. Pretende-se, com a defesa dessa tese, reconciliar, no campo da técnica decisória aditiva, o princípio democrático e a jurisdição constitucional.

**CAPÍTULO 1: A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**

**1.1. A OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: APROXIMAÇÃO DO TEMA**

A omissão legislativa inconstitucional passou a contar, a partir de Constituição de 1988, com disciplina específica voltada a remediar o silêncio do legislador por meio de novos modelos decisionais. No âmbito do controle difuso de constitucionalidade, o mandado de injunção permitiu, já sob o manto do entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal a respeito da natureza desse instrumento constitucional de concretização de direitos fundamentais[[11]](#footnote-11), a supressão temporária da omissão legislativa por meio da produção normativa levada a efeito pelo Poder Judiciário, ainda que com efeitos *inter partes*[[12]](#footnote-12).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, outra inovação da Constituição vigente, autorizou o Supremo Tribunal Federal a decidir acerca da omissão legislativa no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Os dois instrumentos – mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão – encontraram na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal limites hoje razoavelmente estabelecidos: (i) no julgamento do mandado de injunção o Tribunal supre a omissão legislativa por meio do estabelecimento de normatização provisória, válida até que o Congresso Nacional exerça o dever de legislar, e eficaz apenas para entre as partes; (ii) já na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, até mesmo em virtude da clareza da disposição constitucional disciplinadora[[13]](#footnote-13), o Tribunal tem se limitado, em regra, a sancionar a omissão legislativa com a cientificação do Congresso a respeito da mora legislativa.

A Constituição de 1988 traçou nítida diferenciação entre a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão[[14]](#footnote-14). No âmbito do controle das omissões, convém referir a específica disciplina constitucional, de um lado, para a proteção de direitos subjetivos constitucionalmente assegurados (mandado de injunção); e de outro, para a proteção objetiva do ordenamento jurídico, em sede abstrata, contra a omissão legislativa (ação direta de inconstitucionalidade por omissão).

A prática do controle judicial de constitucionalidade das leis conduziu, especialmente no contexto de vigência de uma Constituição abrangente – ambiente fértil para a identificação de omissão do legislador –, a uma dificuldade em estabelecer clara diferenciação entre a inconstitucionalidade por ação e por omissão, principalmente porque *“se considerada atendida a maioria das exigências constitucionais de legislar, não restarão senão os casos de omissão parcial”*[[15]](#footnote-15). A advertência ganha relevo a partir da constatação de que fica cada vez mais difícil, passadas mais de duas décadas da promulgação da Constituição, identificar uma omissão pura do legislador. A omissão parcial encerra, a um só tempo, afirmação de que o legislador não cumpriu integralmente o dever constitucional de legislar e também uma censura da própria norma produzida pelo legislador. Gilmar Mendes afirma, a esse respeito, que *“a declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial do legislador – mesmo nesses mecanismos especiais como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade da omissão – contém, portanto, a declaração de inconstitucionalidade da lei”*[[16]](#footnote-16).

O tratamento da inconstitucionalidade da omissão parcial sugere a criação de mecanismos de aferição e superação do ato legislativo incompleto no âmbito do controle de constitucionalidade das normas. A declaração de nulidade da lei, que cumpre apenas parcialmente o dever de normatizar, não tem sido a sanção processual aplicada pelo Supremo Tribunal Federal aos casos de inconstitucionalidade por omissão parcial. Tem-se afirmado que a declaração de nulidade da norma, nesses casos, agravaria a situação de inconstitucionalidade. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de criação por lei de benefício incompatível com o princípio da igualdade. A sanção aplicável à inconstitucionalidade da norma que cria o benefício não recebeu resposta definitiva na praxe jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal[[17]](#footnote-17). Sustenta-se, de um lado, a adoção da técnica da declaração parcial de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Preservar-se-ia a norma que institui o benefício porque o reconhecimento de sua nulidade resultaria prejuízo maior que a sua manutenção no ordenamento jurídico. Para outros[[18]](#footnote-18), o juízo de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade deveria ser acompanhado de apelo ao legislador, incitando os órgãos legislativos a estender o benefício para outras categorias de pessoas que se encontrem em situação semelhante à dos atuais beneficiários. Há, ainda, quem sustente a adequação da técnica da declaração da lei ainda constitucional ou em trânsito para a inconstitucionalidade[[19]](#footnote-19).

É certo que a questão concernente à omissão constitucional consubstancia parte importante de uma questão ainda mais abrangente: a efetividade da Constituição[[20]](#footnote-20). A discussão que se pretende desenvolver no âmbito desta pesquisa diz respeito à legitimidade constitucional das sentenças com efeitos aditivos como mecanismo de superação da inércia legislativa. O estudo das sentenças constitucionais aditivas, portanto, está inserido no contexto mais abrangente da busca por tornar eficazes as normas constitucionais. A não produção de normas pelo Legislativo, em regra inserida no âmbito das opções políticas discricionárias, não pode conduzir ao bloqueio do exercício de direitos fundamentais. Admitir o contrário seria negar o fundamento nuclear do constitucionalismo.

O desenvolvimento recente de uma *teoria das omissões inconstitucionais* e suas consequências na alteração da função de controle de constitucionalidade – notadamente no que diz respeito à progressiva atribuição de função normativa à Corte Constitucional – põem em evidência a natureza bifronte do juiz constitucional: as funções exercitadas pela Corte no âmbito do controle de constitucionalidade não são enquadráveis nem entre as funções do tipo legislativo, nem entre aquelas do tipo propriamente jurisdicionais, mas vem a situar-se em uma posição intermédia, o que caracteriza aquela que a maior parte da doutrina italiana define como ambiguidade do papel da Corte ou o caractere híbrido das suas funções e que levou a doutrina a definir o órgão de justiça constitucional como *“órgão jurisdicional dotado de força política”*, *“juiz e legislador ao mesmo tempo”* e as funções como *“controle substancialmente político conduzido sob a forma jurisdicional*”[[21]](#footnote-21). Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos[[22]](#footnote-22),

A afirmação do papel político das cortes não significa que elas sejam órgãos puramente políticos, que decidem livremente conforme vontades ocasionais, sem vínculo aos textos legais e as outras determinantes judiciais, como os precedentes. Isto é inadmissível e importaria negar valores caros do Estado de direito.[[23]](#footnote-23) É tão improdutivo conceber as cortes constitucionais como órgão puramente judiciais quanto obscuro compreende-las como órgãos simplesmente políticos, indistinguíveis dos corpos legislativos e administrativos. Na realidade, o que se quer dizer é que as cortes constitucionais contemporâneas atuam, ao menos, deveriam atuar, em “equilíbrio apropriado” entre função judicial e função política.[[24]](#footnote-24)

O campo de investigação deste trabalho revela de modo particular a dificuldade de equilibrar as funções judiciais e políticas do STF. A criação de direito novo por meio da inserção de novos segmentos normativos no ordenamento jurídico – ainda que no contexto do controle das omissões inconstitucionais – demonstra importante forma de expansão da competência do STF. Ganha relevância, nesse contexto, a tentativa de definir limites para o exercício dessa competência normativa encampada pela jurisdição constitucional.

**1.2. UMA TEORIA DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS: PROPOSTA DE DELIMITAÇÃO DO CAMPO DE INVESTIGAÇÃO**

A função normativa desempenhada pelos órgãos encarregados da jurisdição constitucional, embora largamente presente na recente experiência concreta das Cortes constitucionais, constitui atividade apenas subsidiariamente por elas assumida, diante da reconhecida preferencia dos órgãos legislativos para o exercício da competência de criação de normas jurídicas. A produção de sentenças aditivas pelas Cortes constitucionais ocorre em explícita função de substituição eventual do legislador. Por isso que surge como intuitiva a ideia de que a criação judicial de normas jurídicas exige a demonstração de que o legislador não se desincumbiu de um dever de normatizar. O descumprimento de uma imposição de legislação é que autoriza a assunção pela Corte constitucional, ainda que transitória e subsidiariamente, da função normativa. A identificação dos casos de descumprimento do dever de legislar remete o intérprete, obrigatoriamente, ao estudo do tema das omissões inconstitucionais. Como será mais a frente detalhado, a afirmação da existência de uma omissão inconstitucional é o primeiro passo para a construção de um argumento capaz de legitimar o desempenho de função normativa pelo STF.

O Supremo Tribunal Federal identifica em sua jurisprudência a ocorrência de omissão inconstitucional nas hipóteses em que se verifica o descumprimento de uma previsão positiva do dever estatal de emanar normas legais. A existência de omissão – e o possível correlato direito à emanação de legislação – *“apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público”*[[25]](#footnote-25). A jurisprudência brasileira, no ponto, aproxima-se da vertente doutrinária que relaciona omissão inconstitucional ao descumprimento de um dever específico (ou concreto) de um dever constitucional de legislar[[26]](#footnote-26). Essa visão implica circunscrever as situações de omissão inconstitucional àquelas hipóteses nas quais seja possível identificar a violação patente de uma regra constitucional de imposição ao legislador de uma obrigação clara de produção normativa em determinado setor.

A controvérsia a respeito do conceito de omissão inconstitucional é bem representada pela divergência doutrinária quanto à extensão do parâmetro de controle das omissões do legislador: (i) para Gomes Canotilho e Vital Moreira, por exemplo, a inconstitucionalidade por omissão pode ocorrer tanto na hipótese de descumprimento de disposição-norma (regra) como na hipótese de não observância de um princípio-norma[[27]](#footnote-27); (ii) Blanco de Morais, em sentido mais restritivo, defende que somente a violação de uma regra constitucional impositiva do dever de legislar pode dar ensejo à omissão inconstitucional[[28]](#footnote-28). Atualmente, é prevalecente a posição, entre outros defendida por Fernandez Segado, segundo a qual a omissão inconstitucional pode derivar tanto de mandatos concretos de legislação contidos na Constituição como também dos princípios constitucionais[[29]](#footnote-29). Essa visão confere maior extensão ao parâmetro de controle de constitucionalidade da omissões legislativas quando comparada com a diretriz majoritária do Supremo Tribunal Federal[[30]](#footnote-30).

A admissão da inclusão dos princípios (expressos e implícitos) constitucionais no quadro-parâmetro de controle das omissões legislativas incita à utilização do princípio da proporcionalidade como categoria metodológica de ponderação relevante na identificação das situações de omissão inconstitucional[[31]](#footnote-31). Entre nós, a preocupação mais claramente assumida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apoiada, por todos, na advertência doutrinária de Roberto Barroso[[32]](#footnote-32), está em distinguir o *“dever geral de legislar”* das *“ordens específicas de legislar”*, a fim de imputar somente ao descumprimento destas últimas a pecha de omissão inconstitucional. Mais recentemente, entretanto, a omissão do Poder Público – aqui também situada a omissão legislativa – tem sido objeto de reflexão sob o prisma do princípio da proporcionalidade, na sua vertente de proibição de proteção deficiente[[33]](#footnote-33), como se verá adiante.

**1.2.1. DEFINIÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL A PARTIR DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA VERTENTE DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE**

Embora a formulação original da proibição de insuficiência tenha pretendido desenvolver um método para avaliar a proporcionalidade da omissão estatal – na cultura jurídica germânica a proibição de insuficiência foi construída no contexto da doutrina dos deveres de proteção, âmbito no qual a omissão é identificada como déficit de regulação de um direito –, o uso do argumento pelo Supremo Tribunal Federal dirige-se à solução de casos de déficit de prestações de cunho material (direitos sociais)[[34]](#footnote-34). Até o momento, portanto, o uso errático da ideia de proibição de insuficiência não tem contribuído para a identificação explícita e concreta da omissão estatal, notadamente no campo da regulação de direitos constitucionais. Na síntese de Luís Fernando Matricardi Rodrigues, o Supremo Tribunal Federal é incoerente no emprego do argumento, pois não realiza qualquer controle de proporcionalidade de omissões: *“os julgados até aqui alternaram tal controle na vertente da proibição de excesso com outros mais que, sob argumento de avaliação da suficiência, tudo o que fazem é canalizar temperamentos prudenciais”*. Com isso, conclui que o Tribunal perde *“a chance de ao menos tracejar o que seria um importante parâmetro de desempenho ao Estado na garantia de direitos fundamentais”[[35]](#footnote-35)*.

Se é certo que a forma como o dever de proteção deve ser implementado não remete a uma fórmula exata ou precisa, reconhecendo a Constituição alguma liberdade de conformação[[36]](#footnote-36) ao Poder Público, não menos correto é que a jurisprudência constitucional brasileira, na esteira da experiência comparada, tem buscado identificar um mínimo de proteção aos bens jurídicos constitucionais, aquém do qual se pode falar em violação ao princípio da proporcionalidade[[37]](#footnote-37). A proteção insuficiente de bens jurídicos constitucionais – entre os quais se inserem tanto os direitos fundamentais como também os interesses legítimos e os valores constitucionais – encerra um estado de omissão inconstitucional parcial. Essa visão gradual do nível de proteção de direitos constitucionais, fundada na noção de proporcionalidade, impõe a revisão da rigidez outrora assumida pela jurisprudência na identificação de omissão inconstitucional. A preocupação na identificação de limites – ainda que dotados de alguma imprecisão[[38]](#footnote-38) – mínimos de proteção de bens jurídicos constitucionais (reveladores ou não de direitos subjetivos[[39]](#footnote-39)) impacta diretamente o problema concernente à omissão inconstitucional.

Com efeito, a omissão inconstitucional decorrente da proteção insuficiente do bem jurídico constitucional põe em destaque o problema concernente ao resultado normativo concretamente decorrente da inércia legislativa. O foco de atenção é profundamente alterado: se antes havia uma prevalência absoluta da preocupação com a violação de um dever específico e concreto de legislar em determinado setor, já agora confere-se maior relevância às consequências normativas extraídas da inércia para a configuração de um estado de inconstitucionalidade por omissão. Tais consequências, sob o ângulo normativo, devem ser consideradas a partir do sopesamento entre direitos ou interesses jurídicos colidentes, pois *“esse é ônus de argumentação inerente à aplicação da proporcionalidade, o qual consistem em justificar, embasada em critérios típicos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), a prevalência de um direito sobre outro no caso concreto”[[40]](#footnote-40)*. O uso do princípio da proporcionalidade na versão da proibição de proteção insuficiente contribui para a substituição de uma perspectiva formalista na identificação das omissões inconstitucionais por um parâmetro material que prestigie o real impacto da ausência da lei no contexto normativo.

Imagine-se, por exemplo, que o Tribunal Constitucional declare a inconstitucionalidade formal de lei estadual que dispõe sobre a criação de áreas de preservação permanente. O vácuo normativo criado pela decisão demolitória pode colocar em perigo a proteção ao meio ambiente no Estado-membro respectivo. Note-se que, mesmo não havendo nenhuma disposição constitucional que obrigue os Estados-membros de modo específico a criar áreas de preservação permanente, o vácuo normativo gerado cria um quadro de proteção insuficiente do bem jurídico tutelado (meio ambiente ecologicamente equilibrado). De fato, como visto, a proteção deficiente de um interesse ou direito constitucional revela situação de omissão inconstitucional parcial. O dever de legislar identificável nessa hipótese mais se aproxima de um dever geral de legislar do que de uma ordem específica de emanação de leis em determinado setor. Entretanto, o resultado normativo obtido pela inércia legislativa pode gerar uma situação de omissão inconstitucional. A atenção do intérprete está mais voltada à apreensão das consequências normativas contrárias à Constituição que decorrem da inércia legislativa do que ao descumprimento da obrigação estatal de legislar.

Outros tantos exemplos podem ser citados. Suponha-se agora uma lei federal que disponha sobre a partilha de *royalties* decorrentes da exploração de petróleo entre os entes federados. Se essa lei fosse declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal poder-se-ia estabelecer uma quadra de desordem administrativa e financeira capazes de afetar negativamente interesses públicos relevantes. Novamente, sem que haja violação a um dever específico e concreto de legislar imposto pela Constituição, o vácuo normativo nesse setor teria potencial para colocar em risco o equilíbrio federativo, contexto no qual se poderia divisar um estado de omissão inconstitucional.

Da concreta experiência jurisprudencial brasileira pode-se extrair um outro exemplo: a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que cria milhares de cargos em comissão na Administração Pública direta pode conduzir o funcionamento do Estado ao colapso, o que, ao cabo, produziria uma situação nas relações jurídico-sociais inequivocamente contrária à Constituição, na medida em que abalaria a prestação de serviços públicos essenciais[[41]](#footnote-41). Também na experiência recente do Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento da ação de direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as regras relativas a doações privadas para campanhas eleitorais e partidos políticos, a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos questionados, para o Ministro Luiz Fux, poderia gerar um vácuo normativo indesejável, o que imporia a necessidade de criação de normas transitórias para regular o tema – num primeiro momento pelo Supremo, com a reprodução dos termos da lei inconstitucional pelo prazo de 24 meses, e depois, num segundo momento, com a criação de regras pelo Tribunal Superior Eleitoral, pelo prazo de 18 meses –, enquanto não sobreviesse nova disciplina por parte dos órgãos legislativos competentes[[42]](#footnote-42).

No mesmo sentido, e ainda para demonstrar a preocupação do Supremo Tribunal Federal com a produção de indesejável estado de vácuo normativo, vale destacar a solução engendrada para obviar as consequências negativas que adviriam da declaração de inconstitucionalidade da fixação do adicional de insalubridade com base em salários-mínimos, oportunidade em que o Tribunal resolveu, embora reconhecendo a inconstitucionalidade da norma impugnada, estabelecer que os trabalhores receberiam a verba trabalhista, a partir da decisão, com base no valor nominal extraído da conversão dos salários-mínimos vigentes na data do julgamento[[43]](#footnote-43). Note-se que a decisão tomada pelo Tribunal envolve a criação de uma nova disciplina normativa (provisória) que substituiu a anterior (eivada de inconstitucionalidade). Essa atividade normativa tem por objetivo explícito a evitação do estado de indesejável vácuo normativo.

Parece correto afirmar que em todas aquela situações nas quais se possa divisar um vácuo normativo perigoso ou indesejável[[44]](#footnote-44) – decorrente ou não de uma decisão de inconstitucionalidade – haverá um risco de violação ao princípio da proporcionalidade na vertente da proibição da proteção insuficiente. O vácuo normativo perigoso dá-se sempre que a falta de regulação a respeito de uma determinada matéria concorra para a colocação em perigo de um interesse constitucional relevante, violando-se, dessa forma, o dever de proteção. A declaração de inconstitucionalidade formal de lei criadora de tributo, por exemplo, pode provocar um quadro de desestabilização financeira do ente tributante, pondo em risco, indiretamente, a efetividade de direitos fundamentais prestacionais. Se é verdade que a criação de tributo não constitui uma obrigação constitucional indeclinável para o ente público, também é certo que a nulidade de lei que imponha a obrigação tributária tem potencial para colocar em risco o equilíbrio financeiro estatal, criando, desse modo, um vácuo normativo perigoso. A inércia do legislador em suprir essa lacuna normativa pode caracterizar, a depender das circunstâncias verificadas, verdadeiro estado de omissão inconstitucional[[45]](#footnote-45).

Essa nova forma de encarar o problema de omissão inconstitucional – sem a rigidez própria da concepção meramente obrigacional (centrada na existência de uma ordem constitucional explícita de criação de norma) –, já então influenciada pela contribuição teórica fornecida pelo princípio da proporcionalidade na vertente da proibição de proteção insuficiente, propicia a aproximação das categorias de omissão inconstitucional e vácuo normativo perigoso. A criação de um vazio normativo em determinado setor pode conduzir, a depender dos resultados normativos danosos aos bens jurídicos constitucionais por ele produzidos, a uma situação de verdadeira omissão inconstitucional. Aqui, novamente, mais que o simples descumprimento de uma ordem constitucional explícita de produção normativa, põe-se em relevo a gravidade das consequências geradas pela falta de atuação do legislador.

**1.2.2. UMA VISÃO SUBSTANCIAL E CONSEQUENCIALISTA DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL**

O Supremo Tribunal Federal, ciente das consequências normativas contrárias à Constituição eventualmente produzidas por uma decisão de mero acolhimento da ação direta de inconstitucionalidade, tem, em determinadas situações, manejado instrumentos alternativos de decisão – reveladores, em alguma medida, do exercício de uma função normativa pelo Tribunal – com o objetivo de contornar os inconvenientes extraíveis de um vácuo normativo[[46]](#footnote-46). Nesses casos, mais a frente analisados com maior vagar, o Supremo Tribunal Federal cria normas jurídicas, em típica função de substituição do legislador, precisamente para evitar a criação de um vácuo normativo inconstitucional. Cabe notar que o Tribunal foge à rigidez do esquema acolhimento/rejeição da pretensão de inconstitucionalidade justamente para prevenir a formação de uma iminente situação de omissão inconstitucional.

A compreensão majoritária do Supremo Tribunal Federal a respeito das omissões legislativas inconstitucionais põe em relevo o dever de legislar que poder ser cominado ao legislador. o descumprimento do dever de legislar imposto de modo explícito pela Constituição cria o estado de omissão inconstitucional. Essa ótica desconsidera o princípio da vedação à proteção insuficiente de bens jurídicos constitucionais[[47]](#footnote-47). Nossa proposta é a de substituir o critério formal, que só admite a existência de omissão inconstitucional quando o dever de legislar pode ser inferido de expressa disposição da Constituição, por um critério ao mesmo tempo material e pragmático. A experiência tem demonstrado que o resultado normativo produzido pela inércia legislativa é aspecto de grande relevância para a construção do conteúdo da inconstitucionalidade por omissão. Fernandez Segado traduz de modo preciso o atual estado da arte a respeito do tema:

Por nuestra parte, creemos con Pereira da Silva, que la omisión inconstitucional se nos presenta como una realidad bifronte, esto es, so por un lado, tal omisión es el incumplimiento de una obligación constitucional del legislador, por otro, es también el resultado objetivamente producido en el ordenamiento jurídico por ese mismo incumplimiento. Dicho de otro modo, la caracterización jurídica del concepto que nos ocupa ha de atender tanto a la perspectiva obligacional como a la óptica normativa. Y desde esta óptica, las concepciones obligacionales y normativistas se manifiestan reductoras frente a la complejidad de la figura jurídica considerada.

La conclusión es, a nuestro modo de ver, bastante clara: la inconstitucionalidad de una omisión exige constatar que el legislador ha incumplido que la Constitución le exige de dictar un texto legislativo con ele que dar adecuada respuesta a un mandato constitucional o con el que posibilitar la pela eficacia de una determinada previsión constitucional, incumplimiento que se ha prolongado en el tiempo más allá de un “plazo razonable”, pero también exige verificar de igual modo que la ausencia de esa normación “constitucionalmente debida” ha propiciado la vigencia de normas preconstitucionales en contradicción con los mandatos constitucionales, o que se ha producido una situación en las relaciones jurídico-sociales inequívocamente opuesta a las previsiones de la Constitución. De ora óptica, la verificación de la inconstitucionalidad de una inacción del legislador, tratándose ésta de una omisión parcial o relativa, requiere verificar que el poder legislativo, al dictar el texto, ha incurrido en una omisión parcial vulneradora del principio de igualdad, al generar, por ejemplo, una exclusión arbitraria de beneficio.[[48]](#footnote-48)

Na síntese propugnada por Fernandez Segado, coerente com o atual estado da arte sobre o tema, a omissão legislativa inconstitucional exige a presença dos seguintes pressupostos: (i) o descumprimento de um dever constitucional de legislar; (ii) o transcurso de um período de tempo razoável; (iii) o efeito objetivo de violação da Constituição consistente em permitir a permanência da aplicação de normas implícitas contrárias à Constituição ou a criação de situação jurídico-social contrastante com os postulados constitucionais[[49]](#footnote-49). O terceiro pressuposto acima exposto é o que verdadeiramente importa para a revisitação do tema no contexto brasileiro. Fernandez Segado argumenta, ao defender a tese de que o pressuposto nuclear da omissão inconstitucional é uma lesão objetiva das previsões constitucionais, que *“sem transgressão das normas constitucionais não há inconstitucionalidade nem por ação nem por omissão”*, o que autoriza concluir que *“não é, portanto, o silêncio do legislador o que por si só vulnera a Constituição, mas a interação da omissão de um dever constitucional de legislar prolongada no tempo além de um prazo razoável com suas consequências objetivamente transgressora da Norma suprema”*. Nesse sentido, a inconstitucionalidade por omissão *“aparece, pois, como a resultante de diferentes pressupostos estreitamente interconectados”*[[50]](#footnote-50).

A leitura de Fernandez Segado realça o aspecto objetivo da omissão legislativa inconstitucional, cuja configuração depende do resultado normativo decorrente da inércia do legislador, qual seja a criação de situação jurídico-social contrastante com os postulados constitucionais. Essa posição doutrinária abre um interessante espaço argumentativo capaz de atrair para o debate sobre a omissão legislativa inconstitucional o discurso construído em torno da proibição à proteção deficiente: a demonstração da violação a esse postulado exige um esforço argumentativo altamente vinculado ao resultado objetivo extraído da inércia legislativa. Daí a capacidade epistêmica de proteção normativa contra a omissão legislativa encartada na tese de Fernandez Segado. O importante, segundo essa compreensão, não é tanto identificar o descumprimento de uma norma específica de imposição do dever de legislar, mas compreender as consequências normativas contrárias à Constituição que decorrem da inércia legislativa[[51]](#footnote-51). O silêncio do legislador implica inconstitucionalidade por omissão quando dele se pode deduzir uma situação jurídica contrária à Constituição[[52]](#footnote-52).

Tal modo de enfrentar o problema da omissão legislativa inconstitucional tem pelo menos duas vantagens qualitativas quando comparado com a visão comumente defendida pela doutrina brasileira: (i) expurga do discurso argumentativo criado para proteger os indivíduos contra a inércia legislativa a questão da intencionalidade da omissão, identificada por um setor respeitável da doutrina brasileira como requisito para a configuração da inconstitucionalidade da omissão[[53]](#footnote-53); (ii) compatibiliza o problema da omissão legislativa inconstitucional com a atual preocupação doutrinário de prestígio à dimensão objetiva dos direitos fundamentais[[54]](#footnote-54).

A ascensão dos fatos à categoria normativa de relevo para a compreensão da omissão legislativa inconstitucional – sob a ótica da situação jurídica inconstitucional produzida pela inércia do legislador – toca de perto a teoria estruturante de Müller, para quem o processo de concretização da norma ocorre em dois momentos: (i) o primeiro consistente na demarcação do *“programa da norma”* por meio da interpretação do *“texto da norma”*, a partir do qual se podem divisar limites de correção do processo interpretativo[[55]](#footnote-55); (ii) e o segundo consistente na atividade de concretização por meio da identificação do *“âmbito da norma”*, nele compreendidos, por meio de forma empírica, os *“fatos relevantes para a questão de direito”[[56]](#footnote-56)*. Essa formulação teórica tem o mérito de desenvolver metodologia coerente de aproximação entre norma e realidade, esta reconduzida, de modo contrafático, ao processo interpretativo como elemento normativo capaz de atribuir novos sentidos à norma interpretada.

A solução italiana para a compreensão do conceito de omissão inconstitucional – voltada à reconstituição da norma implícita[[57]](#footnote-57) que positivamente se pode extrair da inércia legislativa[[58]](#footnote-58) – pode ser validamente associada à metódica constitucional estruturante de Müller para atribuir nova configuração ao conceito de omissão inconstitucional[[59]](#footnote-59). O modelo puramente formalista de compreensão da omissão inconstitucional, ao reconduzir todo o problema decorrente da inércia legislativa à possibilidade de identificação de uma norma implícita restritiva subjacente no ordenamento jurídico lacunoso[[60]](#footnote-60), pode ganhar novo colorido a partir da reabilitação da realidade normada no processo interpretativo de compreensão do fenômeno em exame. Adotando-se como modelo argumentativo o esquema lógico de implicação da inércia legislativa com a presença uma norma implícita de caráter positivo que contrasta com a Constituição, pode-se mover no processo interpretativo dessa norma implícita fazendo uso da metódica constitucional estruturante. Desse modo, a norma implícita de que trata a doutrina italiana tradicional não deve ser interpretada apenas sob a ótica do seu *programa normativo*, mas também sob o prisma, não menos relevante, do seu *âmbito normativo*[[61]](#footnote-61). Assim será possível conectar de modo coerente a exigência de apreensão de um resultado normativo inconstitucional na realidade observada[[62]](#footnote-62) (âmbito normativo) com o descumprimento do dever de legislar (programa normativo).

O aspecto normativista do estudo das omissões inconstitucionais – aquele relacionado à estrutura das normas constitucionais confrontadas com o estado de inércia estatal –, embora relevante[[63]](#footnote-63), não pode tornar secundário o importante aspecto concernente à identificação dos resultados inconstitucionais que podem ser identificados a partir de uma atuação deficiente do poder público no mister de garantir o exercício de direitos fundamentais[[64]](#footnote-64). Esse ângulo de observação mais pragmático – ou, como defende Pereira da Silva, mais substancial[[65]](#footnote-65) – a respeito do problema das omissões legislativas inconstitucionais denota uma clara preocupação consequencialista no âmbito do controle de constitucionalidade, pois o foco de maior atenção passa a residir precisamente na busca de soluções eficazes para contornar as consequências normativas contrárias à Constituição, decorram estas da ação ou da omissão, do legislador ou do administrador.

A jurisprudência constitucional colombiana tem oferecido um interessante aporte reconstrutivo do objeto do controle de constitucionalidade por meio do desenvolvimento da interessante noção de *estado de coisas inconstitucional*[[66]](#footnote-66). Essa figura é usada pela Corte constitucional colombiana nos casos em que se constata a vulneração repetida e constante de direitos fundamentais, que afetam uma multiplicidade de pessoas, e cuja solução requer a intervenção de distintas entidades para atender problemas de ordem estrutural[[67]](#footnote-67). Diante dessas circunstâncias, o Tribunal declara o estado de coisas inconstitucional e notifica as autoridades, com o objetivo de dar ordens capazes de proteger não apenas aqueles que reclamam a tutela jurisdicional, senão também outras pessoas colocadas na mesma situação, mas que não tenham exercido qualquer ação judicial. A utilidade da construção jurisprudencial reside na possibilidade de dar ordens gerais que se dirijam a corrigir as causas de uma situação estrutural de violação de direitos fundamentais, ante a qual as ordens convencionais, que atendem aos pedidos particulares dos autores das ações de tutela, resultariam inócuas, precisamente, porque a vulneração não provém de um defeito isolado, seja uma este uma ação ou omissão[[68]](#footnote-68). As ordens emanadas pelo Tribunal são dirigidas às autoridades competentes, para que estas façam ou deixam de fazer aquilo que produz a violação sistemática de direitos fundamentais.

A doutrina do *estado de coisas inconstitucional* contribui decisivamente para a perda de importância da clássica distinção entre ação e omissão inconstitucional. Isso porque a Corte já não se preocupa com o enquadramento preciso da situação inconstitucional revelada nas categorias de ação ou omissão, senão concentra atenção na construção de um diálogo produtivo com as autoridades legislativas ou administrativas competentes para realizar ou deixar de realizar condutas – o Tribunal pode exigir tanto a prática de condutas para superar omissões quanto também, separada ou simultaneamente, a abstenção da prática de determinadas condutas[[69]](#footnote-69).

O estudo do fenômeno da omissão inconstitucional tem estreita relação com o desenvolvimento da categoria da omissão na teoria do direito. Fernández-Segado afirma que a *“ideia de omissão penal foi a que se transladou ao campo do direito constitucional para denominar a instituição que estamos tratando”*[[70]](#footnote-70). E prossegue assinalando que

[a] expressão penal tem embutida uma carga de antijuridicidade e de reprovabilidade que está forçosamente presente uma inatividade inconstitucional. O pano de fundo, fazendo quiçá uma simplificação excessiva, é o mesmo: vulneração do ordenamento jurídico em razão de um deixar de fazer por parte de quem está obrigado a atuar, obrigação que tem sua origem em uma norma vigente no momento de acontecer a infração.[[71]](#footnote-71)

Atualmente, no campo penal, a teoria dos delitos omissivos incorporou as preocupações da filosofia da linguagem[[72]](#footnote-72) para imputar à omissão a qualidade de ato perlocucionário ou para enquadrá-la na categoria do ato de fala indireto dirigido a uma finalidade[[73]](#footnote-73). Situar a omissão legislativa inconstitucional no processo comunicativo desencadeado pela norma constitucional contribui para clarificar que a identificação concreta do estado de omissão depende dos elementos contextuais que compõem o ambiente discursivo do qual se extrai a relevância normativa da omissão: a capacidade do sujeito, o objeto da ação devida, as consequências da inatividade, o papel das pessoas afetadas, a violação do bem jurídico e as demais circunstâncias que ilustram o contexto. Sob esse ponto de vista, é possível explicar a razão pela qual, diante de um mesmo parâmetro normativo-constitucional, a inércia legislativa em determinado setor, tolerada durante anos, pode passar a ser considerada omissão inconstitucional em razão da modificação substancial do ambiente discursivo no qual se insere o legislador[[74]](#footnote-74). A ausência de regulamentação legal da união civil homoafetiva foi tolerada pelo Supremo Tribunal Federal como manifestação da discricionariedade legislativa por mais de duas décadas, após o que afirmou que a lacuna normativa converteu-se em intolerável discriminação.

O mesmo se pode afirmar a propósito da festejada normatização produzida pelo Supremo Tribunal Federal em torno da vedação ao nepotismo na Administração Pública: a falta de produção normativa no setor foi tolerada por mais de duas décadas, quando então a Corte, consciente da necessidade de impor regras de impedimento da ocupação de funções públicas por parentes de autoridades, editou sentença aditiva por meio da qual afirmou: *“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 reciprocas, viola a Constituição Federal”[[75]](#footnote-75).*

A omissão legislativa inconstitucional, em síntese, resulta do descumprimento de um dever de proteção, identificado a partir de parâmetros materiais e com o indispensável auxílio metodológico do princípio da proporcionalidade na vertente da proibição de proteção insuficiente.

**1.3. A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E AS SENTENÇAS DE PERFIL ADITIVO**

O Supremo Tribunal Federal, na esteira da experiência comparada[[76]](#footnote-76), apresenta uma ampla gama de alternativas para enfrentar o problema da omissão legislativa inconstitucional, as quais vão desde sua simples declaração, incitando o legislador omisso a tomar providências para superar o estado de omissão, passando pela fixação de prazos para que o legislador edite a disciplina normativa faltante, chegando ao ponto, enfim, de expedir, ele mesmo, a norma omitida de forma transitória[[77]](#footnote-77). De todas essas estratégias – mais a frente explicitadas com maior detalhamento – aquela consistente na produção da norma faltante pelo próprio Supremo Tribunal Federal incita, preliminarmente, duas preocupações: (i) possui grande potencial concretizador de normas constitucionais, sendo, portanto, festejada como instrumento de realização do programa constitucional; (ii) apresenta um risco relevante de conflito com os órgãos legislativos, destinatários preferenciais da função de produção normativa.

Como visto, a proposta de reformulação da omissão legislativa inconstitucional a partir do referencial teórico extraído do princípio da proporcionalidade na vertente de proibição de proteção insuficiente – e a consequente consideração no processo interpretativo respectivo dos resultados normativos decorrentes do estado de inércia legislativa[[78]](#footnote-78) – constitui passo importante na tentativa de delimitação do campo de atuação judicial voltada à superação desse estado de omissão inconstitucional[[79]](#footnote-79).

As sentenças de perfil aditivo revelam sempre, em alguma medida, o exercício de uma função normativa por parte das Cortes constitucionais. Crisafulli recorda, em obra clássica sobre o tema, que se deve concordar com a noção de que ao menos uma parte das decisões interpretativas de acolhimento (aditivas e substitutivas), não previstas por Kelsen – em sua conhecidíssima fórmula de legislação negativa –, apresentam, do ponto de vista teórico, substância de ato (também) normativo, dando vida à normas e fragmentos de normas, cuja presença não era, de início, prevista no ordenamento[[80]](#footnote-80). Crisafulli, em sua importante contribuição para a discussão do tema, situa as sentenças aditivas no contexto do desenvolvimento legítimo de uma função normativa pela Corte constitucional:

Não é exato, de fato, que a Corte, nos casos em exame, acabe por exercitar uma função legislativa, que não lhe diz respeito, substituindo-se aos órgãos a esta constitucionalmente predispostos. Não considerada a importância que, entre as razões de ordem prática deram origem a esta orientação está a inércia do Parlamento, por muito tempo abstendo-se de adequar a legislação às pronúncias da Corte, colmatando os vácuos inevitavelmente derivados de algumas dessas (onde a assim chamada função de <<suplência>> assumida pela Corte constitucional, foi progressivamente se institucionalizando para além das primeiras e contingentes ocasiões), é fato que, também nas hipóteses acenadas, a Corte não cria livremente (como faria o legislador) a norma, mas se limita a individuar aquela – já implicada no sistema, e talvez realmente extraível das mesmas disposições constitucionais das quais fez aplicação – mediante a qual preenche imediatamente a lacuna que de outro modo restaria aberta na disciplina da matéria, assim conferindo à pronúncia adotada capacidade autoaplicativa. Uma legislação, se assim se quiser chamar (mas descritivamente) <<a rime obbligate>>, portanto, como outra vez tivemos ocasião de destacar, que, por isto, verdadeira legislação não é.[[81]](#footnote-81)

A clássica argumentação crisafulliana sugere a possibilidade de adoção de uma específica estratégia decisória para a superação do problema de omissão inconstitucional: a produção de uma decisão de perfil aditivo que faça integrar ao ordenamento jurídico o conteúdo normativo que faltava para que a disciplina normativa se tornasse compatível com a Constituição. Não é difícil enxergar as razões pelas quais o argumento de Crisafulli passa a enfrentar forte resistência na doutrina: a atribuição de uma nítida competência normativa à Corte constitucional cria um quadro de potencial atrito (conflito de competência) com o legislador. A estratégia argumentativa desenvolvida por Crisafulli para fugir a essa crítica baseia-se na premissa de que a criação normativa levada a cabo pela Corte constitucional não apresenta a nota distintiva da discricionariedade. Daí porque toda a discussão em torno da legitimidade das sentenças aditivas, na perspectiva crisafulliana, residir na identificação ou não de uma vinculação estrita do conteúdo normativo criado pela sentença constitucional ao parâmetro de controle: se a(s) norma(s) constitucional(ais) selecionadas como parâmetro de controle da omissão permitir(em) apenas um resultado normativo, o reconhecimento dessa única saída interpretativa possível, embora traduza exercício de produção normativa, não implica ilegítimo exercício de função legislativa.

Na linguagem norte-americana, pouco usual na doutrina italiana – especialmente quando do surgimento do argumento da legislação *a rime obbligate* –, dir-se-ia que a construção de Crisafulli representaria um reforço a uma posição ativista da Corte constitucional. Marcelo Casseb Continentino, em estudo voltado ao aprofundamento das modalidades semânticas de uso da expressão *ativismo judicial*[[82]](#footnote-82), depois de explicitar a variedade de sentidos a ela atribuída pela doutrina, identifica uma particularmente importante relacionada com a vedação à criação judicial do direito: *“Cortes ativistas seriam aquelas que, ao desprezarem os limites de suas próprias atribuições e o princípio da separação de poderes, criariam direito novo, a pretexto de interpretá-lo”*[[83]](#footnote-83). Esse é o sentido da expressão *ativismo judicial* que melhor representa toda sorte de crítica dirigida à formulação crisfaulliana[[84]](#footnote-84). Sem a mesma carga negativa, Carlos Alexandre de Azevedo Campos recorda que a ideia de ativismo judicial também é utilizada para caracterizar a atividade judicial de criação de normas jurídicas, o que reconduz a discussão sobre o ativismo à clássica divisão funcional entre *legislador positivo* e *negativo[[85]](#footnote-85)*.

Continentino expõe uma série de críticas ao uso da expressão *ativismo judicial* no cenário brasileiro que podem ser assim sintetizadas: (i) o conceito de *ativismo judicial*, em geral, é revestido no Brasil de uma conotação negativa, que expressa extrapolação das funções inerentes ao Poder Judiciário; (ii) aqui reside o primeiro problema, pois o legítimo exercício das funções judiciais é tudo menos objeto de consenso; (iii) o conceito de *ativismo judicial*, de maneira geral, tem sido vítima de um uso retórico e simplista, não se revelando minimamente eficaz para uma crítica sólida e consistente da jurisprudência brasileira; (iv) dito de outro modo, o quadro revela uma generalizada crítica superficial e não fundamentada de decisões judiciais e, em particular, do Supremo Tribunal Federal, o que, no fundo, revela uma mera ideologização da visão de nossa prática judicial e do seu discurso crítico[[86]](#footnote-86).

A recente contribuição de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, depois de identificar como núcleo comportamental do ativismo judicial a expansão de poder decisório que juízes e cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma dada organização sócio política e constitucionalmente estabelecida[[87]](#footnote-87), defende a atribuição de um sentido neutro para o ativismo judicial quanto à correção de mérito das decisões proferidas nesse contexto:

A correção de mérito, portanto, sequer assegura a legitimidade das decisões ativistas. A interpretação correta da constituição como elemento indispensável do acerto de mérito de uma decisão é uma coisa, enquanto a interpretação correta da constituição sobre quem tem o poder de tomar essa decisão é outra. É esta ultima que diz sobre o ativismo judicial. Definitivamente, postura institucional e correção de mérito das decisões judiciais são coisas distintas, e o ativismo judicial refere – se apenas à primeira o que, aliás, é a única perspectiva que corresponde fielmente ao sentido original de “ativismo judicial” formulado por Schlesinger: “uma expressão da discussão acerca do papel do Judiciário, e da Suprema Corte em particular, no sistema político norte americano” (Capítulo I, item 2, *supra*).

Além de nada dizer sobre a correção das decisões no mérito, o ativismo judicial nada diz sobre a legitimidade ou a ilegitimidade *a priori* das decisões judiciais. A conclusão de que um decisão judicial é ativista não significa adiantar o resultado da avaliação de sua ilegitimidade. Ativismo judicial não é sinônimo de ilegitimidade, e essa correlação simplesmente não pode ser feita de modo apriorístico e em nível puramente conceitual. Pensar de modo diverso daria razão àqueles que afirmam a absoluta inutilidade do termo: bastaria então substituí-lo por ilegitimidade.[[88]](#footnote-88)

A percuciente proposta formulada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos afasta a perspectiva consistente em afirmar aprioristicamente que uma decisão judicial ativista é legítima ou ilegítima, *“pois isso dependerá, em cada caso concreto, da conformidade do exercício do poder judicial com os limites institucionais mais ou menos claros impostos pela respectiva constituição de regência e pelas diferentes variáveis políticas e sociais presentes”[[89]](#footnote-89)*. De fato, é de pouca – ou nenhuma – valia atribuir a pecha de ativistas às decisões de perfil aditivo tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, sem que se realize um esforço dogmático voltado à demonstração da correção normativa da solução alvitrada pelo Tribunal em face da Constituição[[90]](#footnote-90).

O estudo das sentenças aditivas, especialmente considerado o contexto atual – caracterizado por Continentino pelo paradigma segundo o qual os direitos fundamentais se fundam diretamente na Constituição, não sendo necessariamente dependentes da intermediação legislativa –, impõe a busca por um novo “ponto de equilíbrio” entre os espaço dos direitos e o espaço da legislação. Não se mostra adequado criticar as decisões que apresentem um perfil aditivo sob o argumento de que a produção normativa, entre nós, constitui função exclusiva do legislador, sem ter seriamente em consideração o marco constitucional vigente. De outro lado, a alteração das expectativas em torno da atuação do Supremo Tribunal Federal, especialmente no campo do proteção efetiva dos direitos fundamentais, não pode conduzir a um quadro de produção assistemática e incoerente de soluções judiciais para os novos desafios desse rico período do nosso Estado Constitucional.

Nesse contexto, e antes de aprofundar o estudo do tema – o que se dará nos capítulos seguintes –, convém estabelecer um primeiro critério interpretativo para a análise das sentenças aditivas no contexto brasileiro: embora nem sempre lembrado nos estudos que tratam do tema concernente às sentenças de perfil aditivo[[91]](#footnote-91), estas têm seu espectro de atuação limitado – em extensão e profundidade – aos casos identificados de omissão legislativa inconstitucional[[92]](#footnote-92).

Eduardo Ferrer Mac-Gregor reafirma que as sentenças que se qualificam como aditivas tem por finalidade *“controlar as omissões inconstitucionais, entendidas em sentido amplo como ausência de previsão legal expressa do que constitucionalmente deveria ter previsto”*[[93]](#footnote-93). A vinculação necessária entre sentenças de perfil aditivo e as omissões inconstitucionais só pode ser realizada, na opinião de Mac-Gregor, se estas foram compreendidas em sentido amplo, como a falta de algo necessário para tornar a disciplina normativa conforme a Constituição. Sob essa perspectiva, a sentença aditiva constitui espécie de pronunciamento que intenta superar o estado de omissão inconstitucional (nesse sentido amplo) de normas legislativas apoiadas em textos implícitos ou expressos que impedem que ditas normas possam se considerar constitucionais[[94]](#footnote-94). Dessa forma, o Tribunal, por meio da sentença aditiva, emite especial juízo de censura sobre a omissão inconstitucional, contornando-a por meio da produção da norma jurídica faltante no ordenamento jurídico.

O próprio Supremo Tribunal Federal não tem olvidado a advertência segundo a qual o desenvolvimento de novas técnicas de decisão – aqui inseridas com peculiar interesse as sentenças aditivas – surge no contexto da criação de fórmulas capazes de eliminar do ordenamento jurídico essa peculiar forma de afronta à Constituição consubstanciada na omissão inconstitucional do legislador[[95]](#footnote-95). A construção de soluções judiciais aditivas pelo Supremo Tribunal Federal está contextuada no âmbito da tentativa de superação do estado de omissão inconstitucional. O reconhecimento da insuficiência da adoção de decisões demolitórias[[96]](#footnote-96) – como meio de obviar o estado de inércia legislativa – é que conduziu o Tribunal a ampliar o arsenal decisional, passando pelos monitos ao legislador e chegando à adoção de típicas sentenças aditivas[[97]](#footnote-97). A indissociável relação entre sentenças aditivas e omissão inconstitucional, conquanto presente na experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – em simetria com o desenvolvimento dessa técnica de decisão pela Corte constitucional italiana –, deve ser remarcada com o objetivo de impor, desde logo, uma primeira e importantíssima limitação à utilização desse sofisticado modelo decisório. Mac-Gregor recorda que por meio das sentenças aditivas o Tribunal agrega à disciplina legal – que padece de uma omissão indevida do legislador – algo que a complementa para lograr sua conformidade constitucional[[98]](#footnote-98).

De fato, é o estado de omissão inconstitucional o primeiro requisito para que se possa cogitar de conceber em favor do Judiciário de uma competência normativa[[99]](#footnote-99). O estado de omissão inconstitucional implica o reconhecimento de um espaço de obrigatoriedade do exercício da função normativa pelo legislador. O descumprimento dessa relevante função, por resultar em ofensa à Constituição, transforma-se em objeto do controle de constitucionalidade. E aqui, no âmbito do controle de constitucionalidade, é que a Corte passa a desenvolver técnicas decisórias tendentes a colmatar a ausência de normas em determinado setor normativo. Esse esquema-síntese do caminho percorrido pela Corte constitucional para empreender, por meio das sentenças aditivas, uma sorte de criação normativa subsidiária, põe luzes sobre um aspecto relevante dessa função judicial excepcional: o Tribunal constitucional não está autorizado – já de antemão – a editar sentenças aditivas que não se proponham a ocupar o espaço claramente identificado da omissão inconstitucional que se pretende superar.

O legislador tem ampla margem de manobra entre as proibições de insuficiência e de excesso, mas esta margem, ou esta latitude de poder, não é a mesma que está liberada à intervenção do Judiciário. Mais do que responder a um dever de tutela, o Judiciário *garante o controle da insuficiência da tutela devida pelo legislador*. Na verdade, o controle da insuficiência tem, no raciocínio argumentativo judicial, o dever de proteção como antecedente lógico, no exato sentido de que o juiz, para controlar a insuficiência e impor o meio mínimo para a satisfação do dever de proteção, deve antes de tudo, verificar se há dever de proteção a direito fundamental e, após, analisar como a legislação deve se manifestar para não descer abaixo do mínimo de proteção jurídico-constitucionalmente exigido.[[100]](#footnote-100)

Nestes termos, o juiz, ao suprir a omissão de tutela a direito fundamental, não pode ir além do que é minimamente suficiente para garantir o dever de proteção. Ir além é adentrar em espaço proibido a quem tem incumbência de apenas controlar a insuficiência de tutela ou, em outros termos, dar o ao juiz poder igual ao do legislador.[[101]](#footnote-101)

A obrigatoriedade da produção normativa por parte do legislador – revelada nas situações de omissão legislativa inconstitucional – contrapõe-se à facultatividade da criação de normas em geral. A discricionariedade de que goza o legislador para produzir normas nas mais variadas situações não se pode identificar nas situações de omissão legislativa inconstitucional. Aqui, ao contrário, existe um dever de legislar, pois, de outro modo, o resultado normativo global, obtido a partir do estado de inércia, ofende a Constituição, o que não pode ser tolerado. Cabe advertir que na doutrina administrativista, âmbito no qual se desenvolveram com maior vigor as categorias de discricionariedade e vinculação das funções estatais, segundo Gustavo Binenbojm, não mais se permite *“falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade”*[[102]](#footnote-102). Esses diferentes graus de vinculação ao ordenamento se pautam por uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa, a saber: (i) atos vinculados por regras; (ii) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados; e (iii) atos vinculados diretamente por princípios[[103]](#footnote-103).

A vinculação da atividade legislativa referida no estudo a respeito das omissões legislativas inconstitucionais – vinculação consistente na obrigatoriedade de produção de normas jurídicas pelo legislador – pode apresentar, na escala proposta por Binenbojm, diferentes níveis de vinculação jurídica à Constituição: (i) a omissão pode decorrer de uma vinculação a uma regra constitucionais específica que imponha irrecusável dever de legislar; (ii) a omissão também pode ser extraída de um conjunto de normas jurídicas dotadas de menor densidade normativa, tal como sucede quando o vácuo normativo decorra da violação ao princípio da proibição da proteção insuficiente, ocasião em que bens jurídicos constitucionais (cuja base normativa assente em regras jurídicas, conceitos indeterminados ou princípios constitucionais) são postos em risco ou sofrem danos diretos. São justamente os aspectos vinculados da competência legislativa que podem sofrer uma sorte de controle judicial mais incisivo, culminando, inclusive, na produção normativa excepcional veiculada por meio de sentenças aditivas[[104]](#footnote-104).

O dever de legislar pode apresentar diferentes graus de vinculação jurídica positiva à Constituição. Numa visão mais tradicional, tributária da noção de omissão legislativa inconstitucional construída sobre bases meramente formais, o dever de legislar surge como decorrência de uma regra constitucional impositiva. Nesse caso, embora o dever de legislar resida em uma regra constitucional, o conteúdo da legislação a ser produzida pode apresentar, a depender do setor disciplinado, diferentes níveis de vinculação positiva à Constituição. Ocorre, entretanto, que o dever de legislar pode surgir também como decorrência de um argumento jurídico mais complexo – já não mais atrelado a uma ordem de legislar específica contida em regras constitucionais –, amparado em um processo interpretativo que envolva conceitos indeterminados e princípios constitucionais. Nesse caso, o dever de legislar pode surgir como consequência da identificação pela Corte constitucional de uma lacuna normativa perigosa, a qual, sob o prisma metodológico do princípio da vedação à proteção insuficiente, revele a necessidade de produção normativa no setor a fim de compatibilizar a disciplina impugnada à Constituição.

Pode-se citar como exemplo dessa última hipótese – dever de legislar extraído de conceitos jurídicos indeterminados e princípios constitucionais – a sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandados de Segurança n. 26.602[[105]](#footnote-105), por meio do qual se reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Supôs-se àquela altura que o legislador – ou o constituinte derivado – deveria estabelecer uma disciplina para concretizar no âmbito infraconstitucional o conteúdo normativo do princípio da fidelidade partidária (cuja existência afirmou o Tribunal na mesma oportunidade). A falta da disciplina normativa, embora não assumida como premissa da decisão, contribuiu decisivamente para que o Supremo Tribunal Federal tenha tomado a posição mais incisiva de criação da disciplina jurídica correspondente à obrigatoriedade de manutenção da fidelidade partidária.

Numa escala decrescente de densidade normativa vinculativa, a obrigatoriedade da atividade legislativa[[106]](#footnote-106) pode decorrer: (i) de uma regra constitucional específica – *“art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (…) XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”*; (ii) de um conceito jurídico indeterminado – art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: *“IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”*; ou (iii) de um princípio constitucional – como no caso da omissão decorrente da violação ao princípio da vedação à proteção insuficiente de bens jurídicos constitucionais[[107]](#footnote-107). Quanto menor a densidade normativa do parâmetro em face do qual se identifica a omissão, maior será o ônus argumentativo imposto ao Judiciário na identificação da ofensa à Constituição resultante da inércia legislativa.

Cabe acentuar que o crescimento vertiginoso da importância dos princípios constitucionais, acentuadamente no que diz respeito à jurisdição constitucional, produz um efeito dúplice ou ambivalente quanto ao tema das omissões legislativas inconstitucionais: (i) em algumas situações, a normatividade do princípio constitucional torna desnecessária a edição de normas secundárias de regulamentação para tornar eficaz a Constituição; (ii) em outras situações, ao contrário, é o próprio princípio constitucional que demanda do legislador uma atuação positiva para tornar plenamente eficaz a Constituição[[108]](#footnote-108). A primeira das duas hipóteses acima mencionadas pode ser exemplificada pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental 144, oportunidade em que se entendeu que o princípio da moralidade administrativa exigiria a edição de lei complementar nacional para cuidar das hipóteses de inelegibilidade[[109]](#footnote-109). Para ilustrar a segunda hipótese pode-se mencionar o precedente com base no qual se fixou o entendimento de que a prática de nomeação de parentes para cargos em comissão ou funções de confiança violaria o princípio da moralidade administrativa[[110]](#footnote-110). O mesmo princípio constitucional pode revelar diferentes formas de eficácia, ora prescindindo da intermediação legislativa para concretizar seu conteúdo normativo e ora dependendo da produção normativo do legislador para realizar integralmente seu programa normativo.

A postura ativista adotada nos últimos anos pelo Supremo Tribunal Federal, sob o prisma metodológico, manifesta-se em grande medida pelo controle das omissões legislativas realizado por meio de decisões reveladoras de (i) expansão normativa de princípios para regular condutas concretas e restringir a liberdade de conformação normativa do legislador ou de (ii) criação de “novas regras constitucionais” extraídas da “inteireza da constituição”. A interpretação de princípios constitucionais dotados de baixa densidade normativa tem conduzido o Supremo Tribunal Federal a inovar na ordem jurídica constitucional e legal por meio da introdução de novas disciplinas normativas. Ao descrever como feição metodológica do ativismo judicial a adoção de comportamento decisório típico de *legislador positivo*, Carlos Alexandre de Azevedo Campos conclui que

[s]erá então ativista, porque naturalmente dotada de auto teor de criatividade normativa, toda decisão judicial expansiva dos significados de princípios constitucionais abstratos e imprecisos a ponto de regular diretamente condutas concretas, excluir o espaço de liberdade de conformação do legislador democrático, criar novas regras constitucionais e direitos fundamentais implícitos, não obstante esses princípios revelarem tão só os fins constitucionais relevantes a serem concretizados e não os meios concretos a serem empregados.[[111]](#footnote-111) O juiz constitucional ativista substitui o legislador na tarefa de definir esses meios, complementando e exaurindo ele mesmo a linha de valoração iniciada pelo constituinte originário.[[112]](#footnote-112)

Em síntese, dizer que as sentenças aditivas tem por objetivo – tanto em extensão como em profundidade – colmatar omissões inconstitucionais significa afirmar: (i) sob o prisma da extensão dessa competência normativa, o exercício da função normativa pelo Judiciário, por meio da sentença aditiva, só tem lugar quando a ausência da norma criar situações jurídicas contrárias à Constituição (omissão inconstitucional); (ii) sob o prisma da profundidade, o exercício dessa função normativa judicial deve ser exercida de modo a promover a menor intervenção possível no ordenamento jurídico, com o único objetivo de superar o estado de omissão inconstitucional. A criação normativa de natureza judicial deve ser aquela suficiente e necessária a superar o estado de omissão inconstitucional, tornando eficaz a norma constitucional com a menor intromissão possível no ordenamento jurídico[[113]](#footnote-113).

**CAPÍTULO 2: A DIVERSIFICAÇÃO DAS TÉCNICAS DECISÓRIAS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF – O SURGIMENTO DAS SENTENÇAS ADITIVAS NO BRASIL**

**2.1. TÉCNICAS DECISÓRIAS EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS A PARTIR DA EXPERIÊNCIA RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

As técnicas decisórias de que o Supremo Tribunal Federal tem lançado mão para superar a omissa legislativa se diversificaram nos últimos anos. Em um primeiro momento, o Tribunal limitava-se a reconhecer a omissão e cientificar os Poderes Executivo e Legislativo da mora[[114]](#footnote-114). Mais recentemente, entretanto, novas técnicas foram incorporadas ao controle de constitucionalidade brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal: (a) a fixação de prazo razoável para a concretização do dever de legislar[[115]](#footnote-115); (b) declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade[[116]](#footnote-116); (c) declaração de inconstitucionalidade com atribuição de interpretação conforme à Constituição[[117]](#footnote-117).

No contexto das decisões de acolhimento parcial da ação de inconstitucionalidade, surgem, à margem das decisões de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e de declaração de inconstitucionalidade com interpretação conforme, decisões que contêm inequívoca pronúncia aditiva, as quais apresentam, quando comparadas às demais técnicas decisórias, maior grau de inovação associado a um inequívoco caráter normativo. A produção de decisões com perfil aditivo pelo Supremo Tribunal Federal[[118]](#footnote-118) foi assim reconhecida pelo Ministro Gilmar Mendes:

Em tema de omissão inconstitucional, o Tribunal já vem adotando, inclusive, típicas sentenças de perfil aditivo, tal como ocorreu no conhecido caso do direito de greve dos servidores públicos. (...)

Em 25 de outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal, em mudança radical de sua jurisprudência, reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e decidiu no sentido de declarar a inconstitucionalidade da omissão legislativa, com a aplicação, por analogia, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. Afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, o Tribunal, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, passou a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória do tema pelo próprio Judiciário. O Tribunal admitiu, portanto, uma moderada sentença de perfil aditivo, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão do mandado de injunção.[[119]](#footnote-119)

A Constituição de 1988 limita-se a disciplinar a declaração de inconstitucionalidade, seus efeitos e aspectos processuais mais importantes. O Supremo Tribunal Federal, com a jurisprudência que produziu no período que sucedeu a entrada em vigor da atual Constituição, reconheceu a si mesmo mera função de legislador negativo a ser exercida por meio da nulificação da lei inconstitucional[[120]](#footnote-120). O modelo decisional, em um contexto em que o Tribunal Constitucional está integralmente vinculado ao dogma do legislador negativo, pode ser resumido na fórmula rejeição/acolhimento do pedido de inconstitucionalidade.

A análise da construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal a respeito da diversificação de técnicas decisórias adotadas no controle de constitucionalidade das leis conduz à conclusão de que a adoção de modelos decisionais diferentes da simples rejeição/acolhimento precede a edição da lei que inseriu no ordenamento jurídico positivado técnicas como a interpretação conforme a Constituição[[121]](#footnote-121), a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade (artigos 27 e 28, parágrafo único, da Lei 9.869 de 1999). Não parece admissível supor que a Corte Constitucional possa desempenhar satisfatoriamente seu papel de fiscalizar a constitucionalidade das leis se não dispuser de meios adequados para tanto. Tanto no Brasil como na Itália a diversificação de técnicas decisionais surge a partir da praxe jurisprudencial e só em momento posterior recebe – sem a pretensão de exaustão – o beneplácito do Poder Legislativo. Esse contexto sugere que a criação de novos modelos de decisão – diferentes do esquema rígido de rejeição/acolhimento – está situada no âmbito dos poderes implícitos da Corte Constitucional[[122]](#footnote-122). Sem a possibilidade de criação e utilização de técnicas decisórias diversas do esquema rígido de rejeição/acolhimento não se pode esperar um eficiente controle de constitucionalidade das leis[[123]](#footnote-123). Patrícia Rodríguez Patrón, com base na lição de Roth[[124]](#footnote-124), assinala que a doutrina alemã tem expressado a ideia de que a especial posição da Corte constitucional – considerada a natureza da relação com os outros órgãos do Estado e com os cidadãos – *“determina a atribuição ao Tribunal de poderes implícitos em relação à criação de soluções processuais”*[[125]](#footnote-125). A autora espanhola, ainda com base na opinião de Roth, adverte que os tais poderes implícitos entram em jogo somente quando sejam necessários para remediar os inconvenientes excepcionais e atípicos de certos pronunciamentos do Tribunal Constitucional, que não podem ser solucionados pelo legislador.

Por diversas razões[[126]](#footnote-126), o Supremo Tribunal Federal desenvolveu ao longo dos últimos anos sofisticados modelos decisionais. O esquema rígido de rejeição/acolhimento do pedido de inconstitucionalidade mostrou-se insuficiente tanto por razões de ordem lógico-jurídico, quanto por contingências histórico-políticas. Não há dúvida, a partir de uma visão inicial sobre o tema, quanto ao fato de que o fenômeno alcunhado pela doutrina como *politização da justiça* tem refletido na praxe judicial do Supremo[[127]](#footnote-127), precisamente na diversificação e aprofundamento de técnicas de controle de constitucionalidade, associados, quando em vez, a uma inquestionável auto-atribuição de poder normativo.

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal passou a incorporar novos modelos decisionais, assim resumidos: (a) declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto[[128]](#footnote-128); (b) declaração de inconstitucionalidade parcial com redução de texto[[129]](#footnote-129); (c) interpretação conforme com redução de texto[[130]](#footnote-130); (d) interpretação conforme sem redução texto[[131]](#footnote-131); (e) declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade[[132]](#footnote-132); (f) reconhecimento do fenômeno do trânsito para a inconstitucionalidade ou da lei ainda constitucional[[133]](#footnote-133); (g) apelo ao legislador[[134]](#footnote-134); (h) modulação dos efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade[[135]](#footnote-135). Essas técnicas decisionais romperam com a tradição da jurisprudência do Tribunal, antes limitado à produção de decisões de simples procedência ou improcedência dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade das normas. As várias técnicas decisionais representam diferentes graus de intervenção judicial nas disposições normativas criadas pelo legislador. As decisões interpretativas de acolhimento – bem representadas nas decisões que declaram a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – revelam, de um lado, a nítida diferença entre o texto legislativo e a norma dele extraída, e de outro, mantêm intacto o dogma da nulidade da lei inconstitucional. Nesses casos, o Tribunal exclui determinados sentidos inconstitucionais virtualmente extraíveis do texto legislativo. O produto do processo legislativo (disposição legal), no entanto, permanece inalterado.

As técnicas de declaração de inconstitucionalidade parcial – com ou sem redução de texto – e de interpretação conforme a Constituição são denominadas pela Corte Constitucional Italiana de sentenças de ilegitimidade parcial. Estas são dividas pela jurisprudência italiana em sentenças de ilegitimidade parcial textual (com redução de texto) e sentenças de ilegitimidade parcial interpretativa (por exclusão de sentidos inconstitucionais ou adoção de um único sentido constitucional possível). Tais modelos de decisão, adverte a própria Corte Constitucional Italiana[[136]](#footnote-136), seja pela via da ablação de fragmento textual, seja pela exclusão de conteúdos normativos, produzem modificação do ordenamento jurídico ainda compatível com o papel de legislador negativo tradicionalmente atribuída às Cortes constitucionais.

Tradicionalmente, a adoção pelo Supremo Tribunal Federal do entendimento de que o controle de constitucionalidade corresponde à função de *“legislador negativo”* apresenta como pano de fundo, explícita ou implicitamente, a preocupação com a manutenção de uma postura de maior deferência em relação ao Poder Legislativo[[137]](#footnote-137). Supõe-se, desse modo, que a função ablativa do Tribunal – consistente no poder de anular a norma inconstitucional – implicará sempre menor intervenção da Corte Constitucional no produto legislativo quando comparada à função aditiva. A assertiva, entretanto, carece de precisão metodológica e implica generalização indevida[[138]](#footnote-138). O maior ou menor grau de intervenção da Corte no produto legislativo somente pode ser medido em função do resultado da decisão no contexto normativo em que inserida a norma objeto do controle judicial. A anulação de uma lei pode interferir de modo mais incisivo no contexto normativo em que inserida quando comparada com a elaboração de regulamentação transitória que permita o exercício de um direito fundamental com base em aplicação analógica de outro diploma legislativo[[139]](#footnote-139). A esse respeito, a valiosa contribuição de Cláudio Pereira de Souza Neto:

Mas, na verdade, em muitos casos, declarar a nulidade de uma norma aprovada pelo Legislativo (ou seja, atuar como “legislador negativo”) pode representar uma interferência muito mais grave na esfera legislativa que elaborar a norma, ou aplicá-la por analogia, na hipótese de inércia dos órgãos legiferantes. No controle de constitucionalidade de emendas à Constituição, o Judiciário invalida a decisão de, pelo menos, três quintos dos parlamentares eleitos pelo voto popular. Ao elaborar normas regulamentadoras, o Judiciário cumpre o comando do legislador constituinte quando o legislador ordinário está inerte. Mesmo em rwlação a este último, sua atuação positiva não será necessariamente contramajoritária, podendo ocorrer em conformidade com propósitos do legislador que ainda não foram positivados[[140]](#footnote-140).

A advertência ganha importância na medida em que abre um novo campo de investigação sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. O aspecto formal concernente ao modelo positivo ou negativo de sentença não esgota suficientemente o tema da legitimidade constitucional da atividade de controle da lei desempenhada pela Corte Constitucional. Embora a diferença de atuação da Corte em uma e outra situação – como *“legislador negativo”* ou como *“legislador positivo”* – seja relevante no trabalho de investigação acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, não se pode afirmar, de antemão, que a primeira seja legítima aprioristicamente ao passo que a segunda apresentaria sempre algum grau de invasão da competência legislativa. Tanto uma como outra forma de decidir pode ser exercida de modo legítimo ou ilegítimo sob o prisma do princípio democrático. Aqui vê-se retomada, já sob a ótica das técnicas decisórias de que se vale a Corte Constitucional, a velha, mas sempre revistada, tensão dialética entre democracia e constitucionalismo.

**2.1.1. A INTERPRETAÇÃO CONFORME COMO *PORTA DE ENTRADA* PARA AS SENTENÇAS ADITIVAS NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA**

É verdade que nas decisões de inconstitucionalidade parcial (textual ou interpretativa) há algum componente manipulativo na decisão do Tribunal Constitucional[[141]](#footnote-141). Isso porque, a norma ao final produzida após o exercício do controle de constitucionalidade já não é exatamente a mesma produzida pelo Legislativo. Haverá, em maior ou menor grau, um novo dado normativo derivado da declaração de inconstitucionalidade parcial. Entretanto, e aqui reside importante componente de auto-restrição da Corte Constitucional[[142]](#footnote-142), o elemento manipulativo da decisão de inconstitucionalidade tem sido reconduzido, tradicionalmente, à noção de *“legislador negativo”*, vale dizer, apresenta-se como atividade redutiva, e não aditiva da norma[[143]](#footnote-143).

Note-se, portanto, que a aplicação ortodoxa das técnicas de declaração de inconstitucionalidade parcial (com ou sem interpretação conforme) configura típica atividade redutiva da norma objeto do controle de constitucionalidade. A preocupação, exposta em diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal, é a manutenção do papel de legislador negativo da Corte. Advertiu o Ministro Carlos Ayres Britto, em julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal a respeito da compatibilidade da lei de imprensa com a Constituição, que

a técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria”. Na mesma oportunidade, observou que “não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada[[144]](#footnote-144).

Essa mesma ordem de ideias conduziu o Supremo Tribunal Federal a rejeitar proposta formulada pelo saudoso Ministro Menezes Direito de adicionar conteúdos normativos à Lei de Biossegurança:

Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.[[145]](#footnote-145)

A preocupação com a utilização da técnica decisional da interpretação conforme como meio processual que autorize o Supremo Tribunal Federal a atuar como legislador positivo é anterior à vigência da atual Constituição. Em precedente de 1987, o Ministro Moreira Alves assinalou que a interpretação conforme – alçada, já àquela altura, à categoria de princípio constitucional do controle de constitucionalidade (em contraposição à ideia de que seria mero princípio interpretativo) – sofre restrições advindas da impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal atuar como legislador positivo. Por isso, concluiu,

se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do Poder Legislativo[[146]](#footnote-146).

Com efeito, mais recentemente, e aqui reside parte da problemática constitucional a ser estudada, o Supremo Tribunal Federal valeu-se do instrumental da interpretação conforme à Constituição[[147]](#footnote-147) para proferir sentenças manipulativas tipicamente aditivas[[148]](#footnote-148), rompendo com longa tradição jurisprudencial de repúdio ao exercício pela Corte do papel de legislador positivo. No julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade 1.351 e 1.354[[149]](#footnote-149), o Ministro Gilmar Mendes[[150]](#footnote-150) analisa com precisão a paulatina mudança da orientação do Tribunal:

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[[151]](#footnote-151) – bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não-conhecimento da ação. (...)

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[[152]](#footnote-152).

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 n° 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei[[153]](#footnote-153).

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[[154]](#footnote-154).

Sobre a evolução da Jurisdição Constitucional brasileira em tema de decisões manipulativas, o constitucionalista português Blanco de Morais faz a seguinte analise:

“(...) 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 pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos.

Tal parece ter sido o caso de uma ação direta 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 inativos, 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 n° 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. (…)

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.[[155]](#footnote-155)

A atualidade da advertência formulada pelo Ministro Gilmar Mendes manifesta-se com vigor na tendência à ampliação da abrangência e importância atribuída pelo Supremo Tribunal à técnica de interpretação conforme a Constituição. Como será demonstrado mais a frente, a interpretação conforme a Constituição, concebida inicialmente como esforço hermenêutico de atribuir interpretação compatível com a Constituição a partir das possibilidades semânticas permitidas pelo texto da norma, funcionou, em tempo mais recente, como *“porta de entrada”* para as sentenças aditivas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O uso da interpretação conforme para evitação de vácuos normativos indesejáveis é prova de que essa técnica decisória tem servido não apenas para a exclusão de normas jurídicas do ordenamento, mas também – e em clara atuação positiva – para criação de disciplina jurídica. No julgamento da ADI 2083, por exemplo, a preocupação com a repristinação de legislação ambiental considerada indesejável fez com que o STF utilizasse a interpretação conforme da lei inconstitucional com o objetivo de criar regra transitória para regular o período coberto pela vigência da disciplina revogada[[156]](#footnote-156). Ao julgar a ADI 2655 o STF, depois de considerar inconstitucional a fixação de custas, despesas e emolumentos fixada em múltiplos de salário-mínimo, criou, por meio da técnica da interpretação conforme, disciplina normativa compatível com a Constituição, permitindo, assim, a cobrança pelo Estado[[157]](#footnote-157).

As decisões firmadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 exemplificam que a discussão sobre a legitimidade da produção de sentenças aditivas pela Corte Constitucional tem tomado lugar precisamente por meio da aplicação da técnica de interpretação conforme. Diz-se, como expôs a Corte no julgamento desses dois casos paradigmáticos, que a adição de conteúdos normativos por meio da sentença não poderia se realizar ante a impossibilidade de utilização do modelo decisional da interpretação conforme. Deve-se alertar, entretanto, para a relevante diferença entre a interpretação conforme e a sentença aditiva[[158]](#footnote-158). Não se pode rejeitar o exercício de função normativa pelo STF sob o argumento de que a técnica decisória da interpretação conforme não comporta a extrapolação dos sentidos extraíveis do dispositivo legal. A confusão entre as duas técnicas decisórias acarreta, portanto, um duplo efeito: (i) a redução quantitativa e qualitativa da técnica consistente na sentença aditiva, forçada pela limitação imposta pelo vetor hermenêutico da interpretação conforme; (ii) a indevida ampliação da utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição, considerada a barreira imposta pelas limitadas interpretações possíveis do texto literal da norma adjudicada[[159]](#footnote-159).

Pode-se afirmar, desse modo, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora de modo geral atenta aos limites tradicionalmente impostos à técnica decisional da interpretação conforme a Constituição, em diversas ocasiões pronunciou verdadeiras sentenças aditivas sob o manto da interpretação conforme. Isso não significa, desde já, que essas sentenças aditivas sejam, por essa razão, ilegítimas. A legitimidade da sentença aditiva, como se verá mais adiante, exige a satisfação de requisitos diferentes daqueles requeridos para o manejo adequado da técnica da interpretação conforme. A insinceridade da Corte Constitucional, nesse campo, revelada por meio da edição de sentenças aditivas *“camufladas”* de sentenças meramente interpretativas (interpretação conforme a Constituição[[160]](#footnote-160)) dificulta a compreensão do exercício da função normativa por parte do Tribunal e impede o desenvolvimento de critérios claros para o controle da legitimidade dessa peculiar função exercida pelo órgão encarregado do controle de constitucionalidade das leis.

A pesquisa adotará como objeto central do estudo as decisões constitucionais com efeitos aditivos, esforçando-se para comparar o desenvolvimento dessa recente e sofisticada técnica decisória na jurisdição constitucional brasileira com a experiência estrangeira (em especial a italiana). Esse esforço de comparação servirá como base para, num segundo momento, se ocupar da problemática relativa à adequação da técnica decisória à realidade constitucional brasileira e também aos limites de sua utilização. A dimensão normativa da dogmática jurídica a ser abordada com profundidade servirá para o desenvolvimento de um modelo[[161]](#footnote-161) de análise que poderá servir como instrumento de discussão sobre casos concretos.

**2.2. O PROBLEMA CONCERNENTE À AUTONOMIA PROCESSUAL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

A diversificação das técnicas decisórias no âmbito do controle de constitucionalidade deve-se, entre nós, majoritariamente à construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Duas observações devem ser remarcadas nesse contexto: (i) o principal marco normativo sobre o tema (a Lei Federal 9.868 de 1999) está longe de esgotar as técnicas decisórias na prática utilizadas pela Corte[[162]](#footnote-162); (ii) essa disciplina legal não poderia criar novas competências para o Supremo Tribunal Federal, senão explicitar, e mesmo assim parcialmente, instrumentos processuais disponíveis no âmbito do controle de constitucionalidade[[163]](#footnote-163).

Se é verdade, como demonstra a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na vigência da atual Constituição, que as técnicas decisórias constantes da Lei Federal 9.868 já eram utilizadas antes da sua entrada em vigor[[164]](#footnote-164), então o fundamento de legitimidade do manejo desses modelos processuais de decisão não parece repousar exatamente sobre a legislação infraconstitucional que regula a matéria. Também não se pode desprezar o fato de que, mesmo após a entrada em vigor da disciplina legal mencionada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem demonstrado que a diversificação das técnicas decisórias vai muito além da previsão legal. A construção de modelos decisórios desprovidos de fundamento legal (ao menos expressamente) reforça a impressão de que a criação de novos modelos decisórios não depende da autorização legislativa.

A particular liberdade demonstrada pela Corte constitucional ao configurar jurisdicionalmente seu processo tem sido qualificada pela doutrina como *autonomia processual* do órgão de controle de constitucionalidade[[165]](#footnote-165). Segundo Rodríguez Patrón, é correto *“incluir a configuração processual autônoma como espécie das decisões políticas, nas quais se argumenta racionalmente a partir dos fins que se perseguem”*[[166]](#footnote-166). O exercício dessa autonomia processual tem por finalidade garantir à Corte liberdade para decidir nos casos concretos sobre a determinação dos efeitos das sentenças de declaração de inconstitucionalidade[[167]](#footnote-167). Entre as estratégias de justificação da configuração jurisdicional autônoma do processo constitucional levada a cabo pela Corte constitucional tem especial importância na doutrina aquela relacionada à noção de *especialidade do direito processual constitucional*.

La gran libertad con la que el TCF configura su proceso encuentra para Haberle y Engelmann, otro fundamento: la autonomía do derecho procesual constitucional. Estos autores parten de la “emancipación del Derecho procesal constitucional respecto al resto del Derecho procesal” sobre la base de la “interpretación jurídico-constitucional específica” que se deriva del Derecho procesal constitucional como “Derecho Constitucional concretado”.

Efectivamente, Haberle pone el acento en la especialidad del Derecho procesal constitucional frente a los demás órdenes procesales. Ésta se debe a la particularidad del objeto al que sirve: la Constitución. El hecho de ser vehículo para la actualización del Derecho constitucional determina su carácter fuertemente “material”. La jurisdicción constitucional es una “función que forma parte del conjunto constitucional” y, como tal, se inscribe en el complejo proceso de formación de la voluntad política. Todo ello exige que el Derecho procesal constitucional sea considerado de forma autónoma respecto a los demás órdenes procesales, como un Derecho jurídico-constitucional específico, como “Derecho constitucional concretado”.

La tesis de Haberle se ven completadas y matizadas por la aportación de Engelmann. También él concibe el Derecho procesal constitucional como “Derecho constitucional concretado”. Pero, para éste, la particular libertad del Tribunal al configurarse su Derecho procesal no se justifica sólo por la especialidad del proprio TCF; en particular, por su doble *status* como tribunal y como órgano constitucional que, junto con el objeto de su jurisdicción, lo distingue del resto de los tribunales.

Ese doble *status* tiene su reflejo procesal, pues implica para el TCF determinados deberes a los que no están sometidos otros tribunales superiores de la Federación. Respecto a las decisiones, le obliga a ser particularmente cuidado con sus resultados políticos, así como con su argumentación.[[168]](#footnote-168)

Essa peculiar interdependência entre o direito processual e material constitucional exige, para Häberle, uma interpretação integral do direito constitucional, o que, a seu turno, demanda manter uma concepção jurídico-material do direito processual constitucional, é dizer, considerá-lo como direito constitucional material[[169]](#footnote-169). Engelmann, a propósito, afirma que a interpretação integral da Constituição tem como correlato necessário a liberdade da Corte constitucional na interpretação e concreção de seu direito processual que é, no seu ponto de vista, direito constitucional material[[170]](#footnote-170). Essa leitura doutrinária, embora levada a efeito no âmbito de uma discussão específica sobre a autonomia processual da Corte constitucional, remonta, sob outra perspectiva, à máxima da unidade como modelo hermenêutico-constitucional. Se é verdade que a Constituição não pode ser interpretada por tiras, senão em sua integralidade, então nenhuma surpresa sugere a advertência de que as normas de processo constitucional devem ser harmonizadas com as demais normas constitucionais. A criação de técnicas de decisão mais bem adaptadas aos objetivos perseguidos pela Corte no exercício de função controladora da constitucionalidade das normas representa, desse modo, a tradução de uma leitura complessiva – ou harmonizadora – das normas processuais e materiais da Constituição.

Não se pode perder de vista, entretanto, que essa peculiar liberdade da Corte constitucional de definir seu direito processual está vinculada à realização das funções constitucionalmente a ela imputadas. A configuração processual atribuída à deliberação promovida pela Corte está indissociavelmente vinculada ao cumprimento da função que a Constituição lhe encomendou. Daí porque, novamente com apoio em Engelmann, ser possível concluir que a posição do Tribunal Constitucional como órgão constitucional e Tribunal especial não só resulta ser a origem da liberdade demonstrada na configuração de seu direito processual, senão que também há de ser a principal fonte que determine seus limites[[171]](#footnote-171). Dito de outro modo, já agora aproximando-se do tema em debate, os limites das técnicas decisórias são também os limites da própria jurisdição constitucional[[172]](#footnote-172).

A tentativa de justificação da autonomia processual do Tribunal constitucional a partir do argumento da *especialidade do direito processual constitucional* é levada a efeito sob diferentes perspectivas na doutrina. Mac-Gregor aponta a existência de duas posturas dominantes sobre a natureza do direito processual constitucional:

De lo dicho en el epígrafe anterior se advierten las dos posturas dominantes sobre la naturaleza del Derecho procesal constitucional: 1) *La europea*, que sin entrar el deslinde con el procesualismo científico considera como parte de estudio de la ciencia constitucional con la denominación mayoritaria de “justicia constitucional”, y 2) *la latinoamericana*, que defiende su autonomía científica con dos vertientes: *a)* “autonomía mixta”, al estimar que deben considerarse los principios, instituciones, metodología y técnicas del Derecho constitucional y del Derecho procesal, y *b)* “autonomía procesual”, que partiendo de la teoría general del proceso deben construirse sus propias categorías, principios, e instituciones, si bien con un acercamiento importante al Derecho constitucional. Esta última postura es la más aceptada y la que si ha ido paulatinamente consolidando. Si bien es una disciplina procesal, los vasos comunicantes con el Derecho constitucional son intensos, incluso con mayores proyecciones que las demás ramas procesales respecto a las materias sustantivas (procesal civil o penal, respecto al Derecho civil o penal, por ejemplo), debido a que en muchas ocasiones sus categorías se encuentran en la propia Constitución.[[173]](#footnote-173)

A quadra atual, entretanto, sugere uma tendência à convergência dessas posturas dominantes. Na América Latina, com Fix-Zamudio, defende-se o argumento de que as conotações de justiça constitucional e direito processual constitucional não são incompatíveis, senão completares na medida em que a justiça constitucional refere-se ao conjunto de instrumentos tutelares que conformam o conteúdo do direito processual constitucional, sendo esta última a disciplina científica que os estuda[[174]](#footnote-174). E na Europa, em direção semelhante, tem-se reivindicado, como adverte Zagrebelsky, a autonomia da reflexão constitucionalista com relação à processualística[[175]](#footnote-175). A proposta europeia trilha um caminho de reconciliação das perspectivas por meio da construção de um direito processual constitucional *sui generis*, permeável às preocupações tradicionalmente formuladas no campo da jurisdição constitucional.

As recentes tentativas de promover a convergência dessas duas perspectivas[[176]](#footnote-176) apontam para uma tendência comum: (i) a possibilidade metodológica de estudo dos aspectos processuais de garantia da constituição; e (ii) a consideração da advertência de não se perder de vista que essa relativa autonomia metodológica deve ser contextuada no âmbito do estudo da jurisdição constitucional (seus limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito). Essa postura de convergência dos estudos da jurisdição constitucional e do direito processual constitucional deixa explícita a necessidade de amparar o esforço de parametrização das técnicas decisórias com base nas limitações materiais da própria jurisdição constitucional[[177]](#footnote-177). Pode-se afirmar, nesse sentido, que os limites das técnicas decisórias são os limites da própria jurisdição constitucional[[178]](#footnote-178). A tendência atual – manifestada claramente nesse movimento de convergência das perspectivas europeia e latino-americana – é de abandono de concepções formalistas em prestígio de soluções substanciais de limitação das competências das Cortes constitucionais.

**2.3. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO “LEGISLADOR NEGATIVO”: O NASCIMENTO DE UM MITO E SUA REFORMULAÇÃO CONTEMPORÂNEA**

A decisão do Tribunal constitucional, segundo Kelsen, referindo-se ao sistema austríaco, tem natureza de um ato de ab-rogação, vale dizer, é em substância *“um ato negativo de legislação”*[[179]](#footnote-179). O juiz constitucional, prossegue Kelsen, *“aplicando a constituição a uma fattispecie de produção legislativa e chegando à anulação da norma inconstitucional, não produz mas anula uma norma geral, criando o actus contrarius, correspondente à produção jurídica, operando como uma sorte de “legislador negativo”*[[180]](#footnote-180). Embora a doutrina especializada seja majoritariamente omissa quanto ao ponto[[181]](#footnote-181), não há dúvida de que a preocupação com o vácuo normativo foi claramente abordada por Kelsen. O perfil normativo da função atribuída ao tribunal constitucional, como Kelsen reconhece, é reforçado pelo fato de que, na espera de uma intervenção do Parlamento, a fim de evitar a criação de indesejável vácuo jurídico, dever-se-ia consentir ao Tribunal, sobre a base de uma autônoma avaliação (da qual se pode colher uma certa dose de discricionariedade), recolocar em vigor a norma geral reguladora da matéria, antes da lei anulada. A concessão, claramente transportada para o artigo 140, seção 4a , da Constituição austríaca, com base na qual, se mediante decisão da Corte constitucional é anulada por inconstitucionalidade uma lei ou parte dessa, as normas jurídicas anuladas por tal lei voltam a entrar em vigor, junto com a decisão da Corte, *salvo quando esta última não disponha diversamente*. Nessa última hipótese, lançando mão da cláusula de exceção, a Corte pode indicar se quais disposições legislativas entrarão em vigor no lugar da disciplina inconstitucional[[182]](#footnote-182).

A categoria *“legislador negativo”* surge na célebre obra de Kelsen para remarcar o caráter criativo da jurisdição constitucional – *“anular uma lei significa pôr uma norma geral, já que tal anulação tem o mesmo caractere de generalidade da formação da lei, sendo por assim dizer uma formação de signo negativo, e portanto uma função legislativa”* – precisamente porque, de um lado, evidencia que todo ato jurídico é ao mesmo tempo criação (de direito novo) e execução de direito existente (já existente) e, por outro, porque lança um golpe contra a ideia tradicional de que entre legislação e jurisdição haveria uma diferença ontológica. A ideia de que a jurisdição constitucional seria desenvolvida por meio de uma atividade legislativa de signo negativo aparece como resposta conceitual (porque pretendia resolver o problema da legitimidade da jurisdição constitucional enquadrando-a na categoria de legislação) à crítica também conceitual formulada por Schmitt – que partiu do conceito de jurisdição por ele formulado para na operação argumentativa seguinte expungir do seu âmbito a atividade exercida pelo Tribunal Constitucional – e depois foi recepcionada pelo senso comum teórico dos juristas como ideia-força da negação à atividade criativa da jurisdição constitucional[[183]](#footnote-183).

Kelsen afirma claramente, em outro trabalho, que, ao repristinar as normas vigentes antes da lei inconstitucional, a decisão da Corte não é *“um simples ato negativo de legislação mas um ato positivo”*[[184]](#footnote-184). Daí a pertinência da advertência no sentido de que o efeito da anulação pode ser muito problemático e andar longe do interesse da defesa da constituição. A Corte, recomendava Kelsen, não pode ser indiferente a respeito das concretas consequências de duas próprias decisões. O exercício de uma função normativa em sentido positivo pela Corte Constitucional pode ser encontrada sem maior esforço na sua obra. Por isso que a noção corrente na doutrina de que este propôs um simplificado esquema decisório baseado em dois únicos tipos de sentença constitucional (procedência ou improcedência)[[185]](#footnote-185) configura uma redução indevida da construção dogmática de Kelsen. A esse respeito, convém transcrever a precisa observação de Adriano Giovannelli:

Dall’idea che in certe ipotesi il giudice costituzionale possa esercitare un ruolo legislativo non meramente negativo (sia pure ristabilendo la situazione giuridica anteriore all’entrata in vigore della legge incostituzionale, in quanto ritenuta preferibile al vuoto normativo), potrebbe ricavarsi forse- anche se, in realtà, Kelsen non ha poi approfondito la sua ricerca in questo senso – l’idea che alla Corte non spetti, in definitiva, il mero compito di identificare un contrasto fra costituzione e legge, da cui discende semplicemente l’annullamento della norma invalida, ma, in certa misura, potenzialmente il compito di effettuare una scelta fra diversi gradi di costituzionalità, operando positivamente perché in concreto si realizzi la situazione meno incompatibile con “l’interesse alla difesa della costituzione”. La cautela do Kelsen a questo proposito ci pare comprensibile, giacche tale concezione comporta, in fondo, conseguenze difficilmente compatibili con la logica che, come vedremo, domina nella sua teoria della giustizia costituzionale.

Ci pare comunque opportuno, a questo proposito, che i poco noti spunti del Maestro della Scuola di Vienna che in certo senso possiamo considerare anomali, rispetto alla sua conosciutissima, prevalente visione del giudice quale legislatore negativo, siano messi meglio in luce (pur senza sopravvalutarne il rilevo nel complesso della visione kelseniana) della dottrina giuridica, per la loro modernità e l’evidente connessione con concrete esigenze di cui, proprio in questi anni, si ava avvertendo, specie nel nostro paese, tutta l’importanza. Problematica della quale `e superfluo rilevare lo stretto collegamento con l’attuale dibattito sulla funzione “legislativa” della Corte italiana. (…)

Alla radice di questa realtà, stanno in fondo le stesse esigenze, embrionalmente avvertite anche da Kelsen (che non ha tuttavia sviluppato la sua analisi alla luce di tale intuizione), le quali, portando a supportare la rigida alternativa fra sentenze di accoglimento e di rigetto, conducono di fatto i tribunali costituzionali contemporanei a forgiare un insieme di duttili e sofisticati strumenti giuridici, attraverso i quali essi concretamente riescono, sempre più spesso, a svolgere un ruolo non meramente negativo, ma una funzione in certo senso all’interno del sistema normativo, superando le inerzie e le resistenze del legislatore, con le quali la Corte deve pragmaticamente fare i conti, non potendo rischiar di aprire vuoti e creare situazioni di incostituzionalità peggiori di quella di partenza, nell’attesa di un intervento parlamentare che può tardare molto e magari non giungere affatto.[[186]](#footnote-186)

A advertência de Giovannelli cumpre funções relevantes na compreensão da conhecida função de legislador negativo tradicionalmente imputada à Corte constitucional: (i) em primeiro lugar realiza justiça histórica à obra de Kelsen, nela compreendendo a presença, ainda que embrionária, de funções tipicamente normativas desempenhadas pelo Tribunal; (ii) expurga da imaginário doutrinário comum a noção de que a proposta de Kelsen, quanto às possibilidades decisórias postas a disposição da Corte, padeceria de vício de ingenuidade[[187]](#footnote-187); (iii) revela que o problema concernente ao vácuo normativo indesejado está na raiz do nascimento das Cortes constitucionais no contexto continental europeu; (iv) sugere, a partir de uma perspectiva histórica, a indeclinabilidade do exercício de funções normativas pelo órgão incumbido de realizar o controle de constitucionalidade das leis, principalmente se considerada a possibilidade de controle das omissões do legislador.

Embora a prática já tenha se encarregado de mostrar que a jurisdição constitucional não se limita à realização dessa atividade denominada legislativa em sentido negativo[[188]](#footnote-188) – no Brasil essa visão entraria em choque com a próprio texto constitucional[[189]](#footnote-189) –, vale recuperar, para os fins deste trabalho, a tentativa contemporânea de Zabregelsky de atribuir à noção de *“jurisprudência em negativo”* sentido compatível com o ambiente democrático no qual se insere o controle de constitucionalidade:

Os espaços abertos à discricionariedade política exigem jurisprudência tangencial, voltada não a substituir mas a excluir as determinações legislativas, quando essas violam os limites constitucionais da discricionariedade política. Em consideração à discricionariedade do legislador, as decisões de inconstitucionalidade, todas as vezes em que a Constituição não regule diretamente e sem resíduo uma *fattispecie*, não devem se prestar a fechar o discurso mas, ao contrário, a reabri-lo, anulando a lei inconstitucional e remetendo à disponibilidade do legislador a elaboração de novas soluções legislativas.

Na jurisprudência da Corte constitucional, a importância dos espaços de escolha legislativa não prejudicadas constitucionalmente se exprime sob a fórmula negativa: as decisões a favor da lei não se concluem com decisão que afirmam a conformidade à Constituição, mas com a afirmação da “não contrariedade” (...)[[190]](#footnote-190).

Essa concepção revela nítida aproximação da ideia de *“jurisprudência em negativo”* – reformulação teórica da noção de *“legislador negativo”*[[191]](#footnote-191) – com a proposta defendida por Cass Sustein de adequação de cortes minimalistas às sociedades plurais contemporâneas. Ao tentar equalizar grandes disputas, cortes que adotam uma postura minimalista limitam-se a argumentações modestas, evitando a inflexibilização das posição e fomentando a deliberação democrática nas instituições politicamente responsáveis[[192]](#footnote-192). A consequência dessa postura no âmbito das técnicas decisórias da Corte constitucional tende a privilegiar a mera exclusão da disciplina legislativa em detrimento da atuação substitutiva de criação de nova disciplina normativa por meio da sentença constitucional.

A preferência pela expressão *“jurisprudência em negativo”*, tal como defendida por Zagrebelsky, atende aos reclamos de imputação da responsabilidade política pela tomada de decisões substanciais ao parlamento. Essa jurisprudência tangencial[[193]](#footnote-193), que se limita modestamente a deduzir as razões necessárias ao enfrentamento da controvérsia constitucional, dando preferência à mera exclusão da opção legislativa abusiva, propõe a reabertura do círculo hermenêutico a partir da sentença anulatória, iniciando, a partir da exclusão de uma determinada opção, uma nova rodada de diálogo institucional entre Corte constitucional e parlamento.

Mesmo defendendo uma postura minimalista por parte da Corte constitucional[[194]](#footnote-194), Zagrebelsky atenta para as dificuldades daí advindas: há situações nas quais a força da Constituição não se realiza por meio da mera eliminação da lei inconstitucional, mas postula a existência de uma norma (diversa daquela declarada inconstitucional) de desenvolvimento ou atuação do preceito constitucional. Por trás dessa preocupação está o temor da criação de um vácuo normativo indesejável, o qual, considerada a reiterada inércia do parlamento, pode causar embaraço à realização da Constituição. É o próprio Zagrebelsky, desta forma, que, a par de recomendar uma postura menos incidente da Corte constitucional no terreno da criação do direito – em virtude da preferência pela *“jurisprudência em negativo”* –, alerta para a insuficiência do paradigma para a efetivação do programa constitucional[[195]](#footnote-195).

**2.3.1. A NOÇÃO DE *LEGISLADOR NEGATIVO* E SUA GRADUAL SUPERAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF**

A despeito das críticas dirigidas à formulação kelseniana do *legislador negativo* – e até mesmo a par da rica experiência recente a demonstrar a incompletude dessa função no plexo competencial das Cortes constitucional –, vale rememorar, na esteira da advertência de Fernandez Segado, que essa concepção tem operado como uma autêntica “ideia-força” que tem impregnado durante muito tempo, até os tempos atuais, a visão que dos Tribunais constitucionais se tem construído: *“em que pese sua relativização, os resquícios de tal ideia ainda seguem exercendo certa ação calorífica”*[[196]](#footnote-196).

A jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal demonstra que a ideia de “legislador negativo” permeia fortemente a compreensão que seus juízes têm da função de garantia da Constituição imputada à Corte. Seria mesmo impossível escrever sobre a assertiva oposta – “legislador positivo” – sem referir a produção jurisprudencial construída em torno da ideia de “legislação negativa”. Ao examinar pretensão veiculada por meio de *habeas corpus* no sentido de promover a alteração por meio de provimento judicial da Corte constitucional da sanção penal prevista em lei para o tipo de injúria qualificada[[197]](#footnote-197), o Supremo Tribunal Federal rechaçou a tese sob o fundamento de que seu acolhimento implicaria a formação de uma terceira lei, o que, pelo menos em regra, seria vedado ao Judiciário[[198]](#footnote-198). Na oportunidade, ressaltou o Ministro Luiz Fux que *“o Supremo Tribunal Federal reiteradamente tem decidido que, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, o Poder Judiciário atua como legislador negativo, jamais como legislador positivo”*. Em outra ocasião, discutindo a possibilidade de extensão de benefício tributário a pessoas não contempladas pela lei tributária – típico caso de benefício incompatível com o princípio da igualdade –, o Supremo Tribunal Federal reafirmou postura de contenção, negando o direito à extensão do benefício ao grupo discriminado, sob o fundamento principal de que, no controle de constitucionalidade, não seria dado ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo, mas apenas como legislador negativo[[199]](#footnote-199).

Há casos, entretanto, nos quais o Supremo Tribunal Federal afasta-se da postura tradicional de “legislador negativo” para assumir uma competência tipicamente normativa. Cite-se, por exemplo, o precedente por meio do qual a Corte, em Sessão Plenária realizada em 29.6.2012, ao julgar a ADI 4.430, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, concedeu interpretação conforme à Constituição ao inciso II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/97, para assegurar aos partidos novos, criados após a realização das últimas eleições gerais para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação[[200]](#footnote-200). Embora a parte dispositiva da sentença constitucional tenha aludido à técnica de interpretação conforme, não há dúvida quanto ao fato de que a Corte inovou no ordenamento ao criar uma disciplina jurídica para situação antes não prevista na lei impugnada por meio da ação direta de inconstitucionalidade. O Ministro Gilmar Mendes assume expressamente uma postura crítica quanto à generalização da ideia de que o Supremo exerce exclusivamente função de legislador negativo:

Presidente, eu gostaria só de fazer uma observação a propósito desse tema, porque ele é recorrente no Plenário.

Essa expressão "legislador negativo" acredito que aparece, pela primeira vez, na célebre obra de Kelsen, a chamada Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (Essência e Desenvolvimento da Jurisdição Constitucional), célebre palestra em que ele dá o marco teórico da jurisdição constitucional e, de certa forma, pacifica a questão tentando tranquilizar, com a proposta de um self-restraint, ao dizer: a Corte vai atuar apenas como legislador negativo. E isso correspondia também a uma premissa teórica dele, que era a de que as decisões só valiam *ex nunc* ou pró-futuro, portanto, não tinham efeitos retroativos. É claro que Kelsen não desconhecia, por exemplo, a possibilidade de uma declaração de inconstitucionalidade parcial, o que já envolve, eventualmente, ter uma capacidade – vamos chamar assim – de revogar parcialmente. Por outro lado, a gente não pode esquecer que o legislador negativo, em certo sentido, é também legislador positivo. Quando se suprime uma tal possibilidade admitida na lei, está-se dizendo *ipso iure* que se admitem outras possibilidades, de modo que esse termo é equívoco.

É bem verdade que depois, seguindo a própria linha também do Direito americano, surgiram limitações em torno desse assunto, a propósito, por exemplo, da interpretação conforme, dizendo que se admite a interpretação conforme até um limite, observada a vontade do legislador. Mas, de novo, nós caímos num ponto que exige também esclarecimento. O que é a vontade do legislador? É a vontade objetiva, é a vontade subjetiva?

Em suma, por outro lado, o eminente Relator chama atenção para algumas revoluções que tivemos nesse plano. Vejam, por exemplo, que, em relação à omissão inconstitucional, até bem pouco tempo, nós não admitimos sequer a ADI, ou ação direta por omissão, quando tivesse por objeto uma omissão parcial, porque dizíamos que a declaração de inconstitucionalidade vai levar a uma situação de maior gravame; por exemplo, eu vou eliminar a tal ADI contra a Lei do salário mínimo, e dizia-se: eu tenho um quadro mais gravoso. Hoje nós já temos alternativas em termos de técnica de decisão, e temos admitido, não só no âmbito da jurisdição da omissão, mas em outros campos, a possibilidade dessas sentenças de caráter aditivo.

A Ministra Cármen Lúcia, ao repisar a profunda alteração da postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao mesmo tema (constitucionalidade inciso II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/97) naquela assentada quando comparada com o entendimento manifestado no ano de 1998 – ocasião em que a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada não foi conhecida pela Corte precisamente em função do entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificaria 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[[201]](#footnote-201) –, observou:

Presidente eu queria apenas dizer, se Vossa Excelência me permitisse, que concordo com o que o Ministro Gilmar aponta. Aliás, por isso fiz referência ao que o Ministro Relator, de maneira muito serena e tranquila, baseado exatamente nessas mudanças da jurisprudência do Supremo Tribunal, firmou e que a própria expressão "legislador negativo ou positivo" é alguma coisa que tende a se superar em muito pouco tempo, até pelas decisões que nós tomamos, em que pese ainda estarmos num momento em que há que se ver, com muito cuidado, aquilo que é não um legislador positivo, mas uma substituição do legislador. Quer dizer, uma norma é interpretada de maneira clara, e se pede aqui a sua interpretação conforme, e, a despeito dos termos do pedido, altera-se isso que foi feito. Eu acho que talvez esse seja o campo em que eventualmente há essas divergências, como nesse caso eu me ponho, mas concordando em que – não tenho dúvida e por isso fiz a ressalva e pedi vênia ao Ministro Relator – realmente, entre o julgamento das Ações Diretas n. 1.822 e a 4.430, que estamos iniciando agora, o Tribunal andou, mudou, o mundo mudou, o Direito mudou, o Direito Constitucional mudou. Não tenho dúvida sobre isso.

O voto vencido do Ministro Marco Aurélio retomava a tradicional lição jurisprudencial no sentido da impossibilidade de atuação da Corte como legislador positivo afirmada quando do julgamento da ADI 1.822:

Então, todos erramos! Entendeu que haveria a impossibilidade jurídica. A meu ver, decidiu bem. Devo ter somado o voto, à época, ao do decano ministro Moreira Alves. Por que decidimos bem? Porque, no caso, se chegarmos à conclusão de que não cabe a dualidade na distribuição do tempo, a distribuição igualitária quanto a um terço e a proporcional à representatividade em uma das casas do Congresso, a Câmara dos Deputados, de dois terços, atuaremos como legisladores positivos. Evidentemente, não somos legisladores positivos. Há de guardar-se a autonomia e independência dos Poderes, cada qual atuando em sua área. Na ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo atua como legislador negativo.

A controvérsia enfrentada no julgamento da ADI 4.430 demonstrou a centralidade e autalidade do discurso formado em torno da noção de legislador positivo. A corrente vencedora, embora sem expressar integral e irrestrita adesão à compreensão de abandono da restrição ao dogma de legislador negativo, admitiu o exercício, na ocasião, de típica função normativa pelo STF. Já a corrente vencida reafirmava o conhecido entendimento jurisprudencial que restringe a função controladora da Corte à produção legislativa em sentido negativo. Os termos do discurso argumentativo empreendido pelos juízes constitucionais demonstra a força da dicotomia representada pelas expressões “legislador negativo” e “legislador positivo”.

No julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54, o Supremo Tribunal Federal afirmou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal[[202]](#footnote-202). Na ocasião, o Ministro Celso de Mello, ao proferir voto concorrente, assinalou que o Tribunal, superando a noção de que somente atua como “legislador negativo”, evoluiu, naquele julgamento, no sentido de acrescentar, às modalidades de exclusão do crime de aborto previstas no art. 128 do CP (aborto necessário e aborto sentimental ou humanitário), uma terceira hipótese – antecipação terapêutica de parto concernente a feto portador de anencefalia – que, longe de se identificar com a prática criminosa de aborto, caracteriza, antes, uma situação de ausência de tipicidade penal[[203]](#footnote-203). Nesse julgamento, mais uma vez o Ministro Gilmar Mendes acentuou a tendência de abandono do dogma cerrado de atuação da Corte como mero legislador negativo:

Sobre o tema, é digno de nota o estudo de Joaquín Brage Camazano, do qual cito a seguir alguns trechos:

“La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es prácticamente inevitable, con una u otra denominación y con unas 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”. 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.

Portanto, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se 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 voto vencido proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, ao julgar improcedente a ação de descumprimento de preceito fundamental, registrou adesão à visão tradicional de integral vinculação do Tribunal ao dogma da legislação negativa:

De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora - função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno.

Em diversas oportunidades o Supremo Tribunal Federal afirmou a impossibilidade de extensão de benefícios a servidores públicos a pretexto de preservação do princípio da isonomia. Difundiu-se, a propósito, a máxima segundo a qual o Supremo Tribunal, ao examinar suposta lesão ao principio constitucional da isonomia, atua como legislador negativo, não podendo aumentar vencimentos sob esse fundamento[[204]](#footnote-204). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em clara adesão à fórmula evocativa da legislação negativa[[205]](#footnote-205), recusou, na generalidade dos casos que enfrentou, a realização de qualquer tipo de ampliação do âmbito normativo expressamente definido pelo legislador[[206]](#footnote-206). Pretensões de implementação de inovações normativas de caráter positivo foram sistematicamente remetidas pelo Supremo Tribunal Federal ao debate político travado no Congresso Nacional.

Embora faça parte do conhecimento convencional, na expressão de Roberto Barroso[[207]](#footnote-207), a noção de que a concepção kelseniana de legislador negativo expressa fiel e integralmente o função de guardião da Constituição, tal compreensão tem sido objeto de severas críticas no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Recentes decisões, como visto, revelam claro afastamento da tradição jurisprudencial de vedação ao exercício de qualquer função de legislação positiva pela Corte constitucional. O arrefecimento da importância da ideia-força da legislação com signo negativo não revelou, até este momento, a generalização de postura de pouca deferência ao legislador. O prestígio da solução legislativa no preenchimento do conteúdo normativo de conceitos constitucionais tem sido afirmado em sucessivos precedentes do Supremo Tribunal Federal[[208]](#footnote-208). Torna-se possível afirmar, contudo, que o parâmetro de legitimidade da função de controle de constitucionalidade das normas tende a substituir a dicotomia da legislação negativa/legislação positiva por argumentos que reflitam a preocupação contramajoritária da jurisdição constitucional sob um prisma material (e não meramente formal)[[209]](#footnote-209):

Tanto o controle da ação quanto o da omissão inconstitucionais representam, em alguma medida, modulação da distribuição de competências entre os poderes do Estado. Mas não violam, necessariamente, o princípio democrático. O pensamento jurídico contemporâneo tende a reconhecer que a legitimação da jurisdição constitucional não se pode resolver considerando apenas aspectos formais, como o modo de positivação dos preceitos e a forma positiva ou negativa da atuação judiciária. O problema demanda o exame de aspectos materiais, como se observará adiante.

(...)

De fato, a afirmação de que o Judiciário só é legítimo para atuar como legislador negativo, nunca como legislador positivo, não se apoia no princípio democrático nem no princípio da separação de poderes. Se considerarmos que os direitos fundamentais são condições para a cooperação democrática,[[210]](#footnote-210) então, o Judiciário possui também a prerrogativa de concretizá-los quando tem lugar a inércia dos demais ramos do Estado na realização dessa tarefa. Isso pode ser dito, por exemplo, em relação ao direito à educação, cujo não-exercício é óbice a uma participação mais efetiva no processo político. Não há, portanto, obstáculos democráticos à possibilidade de o Judiciário elaborar a norma regulamentadora capaz de permitir a concretização de tais condições. Pelo contrário, a democracia o requer. Para que se justifique a atuação judiciária, é necessário apenas que a não-regulamentação implique deixar de concretizar um direito fundamental. Do contrário, cabe à maioria decidir sobre a conveniência e a oportunidade de elaborar a norma regulamentadora.[[211]](#footnote-211)

A afirmação de que o controle judicial de constitucionalidade das leis deve limitar-se à anulação de normas jurídicas não garante a legitimidade democrática das decisões da Corte constitucional. Na quadra atual, prevalece uma concepção material de legitimidade política da atuação jurisdicional – ligada à possibilidade de garantia das condições da realização da democracia associada ao exercício da jurisdição constitucional[[212]](#footnote-212) – em detrimento de uma concepção formalista, limitada à identificação do modelo decisório adotado.

**2.4. A DIVERSIFICAÇÃO DAS TÉCNICAS DECISÓRIAS COMO CONSEQUÊNCIA DE UMA VISÃO GRADUALISTA DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS**

Ferreres Comella, ao explanar a respeito da justificação do controle de constitucionalidade sob o ponto de vista democrático, conclui seu estudo afirmando que a justificação principal do *judicial review* consiste na *“contribuição que pode fazer o juiz para a manutenção da cultura de deliberação pública”*[[213]](#footnote-213). Para que isso ocorra, defende a ideia de que *“esse controle deve ser levado a cabo abaixo de uma presunção de que a lei objeto do juízo é constitucional. Em virtude desta presunção que protege a lei, o juiz deve atuar com deferência em relação ao legislador e, portanto, deve manter uma atitude de confiança nas razões que este aduz para justificar a lei questionada”*[[214]](#footnote-214).

A presunção de constitucionalidade, para Ferreres Comella, funda-se sobre três ordens de argumentos que devem guiar o juiz constitucional em caso de dúvida sobre a validade da lei: (i) epistêmico (segundo o qual a decisão adotada pelo legislador tem maior probabilidade de ser correta quando comparada com aquele adotada pelo juiz constitucional); (ii) da igual dignidade política (segundo o qual a declaração de inconstitucionalidade de uma lei aprovada pelo órgão representativo da vontade popular representa potencialmente uma ofensa à igual dignidade das pessoas); (iii) e, por fim, o argumento da possibilidade de correção dos erros (segundo o qual é menos difícil corrigir o erro consistente em haver declarado válida uma lei inválida que o erro oposto, ou seja, haver declarado inválida uma lei em realidade válida).

Se o juiz constitucional deve seguir, em regra, esta presunção de constitucionalidade das leis, existem casos nos quais a tal presunção se deve poder renunciar. O juiz deverá ter em consideração inúmeros fatores que podem reforçar (no caso da lei que se beneficie de um vasto consenso parlamentar e extraparlamentar, o que, de outro lado, não exclui a possibilidade de superação da presunção de constitucionalidade) ou diminuir tal presunção (quando, por exemplo, a lei afronta interesses dos grupos socialmente mais vulneráveis, ou ainda nos casos de restrição dos direitos de participação política). Daí o surgimento de uma concepção gradualista da presunção de constitucionalidade das leis.

O grau de intervenção do controle de constitucionalidade na obra do legislador será, segundo a concepção de Comella, inversamente proporcional ao grau de presunção de constitucionalidade da lei. Essa formulação conduz não apenas à identificação de graus de permissão para intromissão judicial na lei produzida pelo parlamento, mas também graus da própria constitucionalidade das leis. A graduação da constitucionalidade das leis passa a ser construída a partir da conjunção de fatores que lhes rendem maior ou menor aderência ao princípio democrático. Em última análise, quanto maior a vinculação ao ideal democrático revelado pela lei – a partir dos critérios identificados de forma analítica por Comella –, maior será o grau de compatibilidade com a Constituição.

Giampaolo Parodi recorda que a doutrina italiana tem percebido a ideia de uma possível graduação de constitucionalidade: ao lado da presença de normas inconstitucionais é captada a existência de normas de constitucionalidade duvidosa, de normas talvez inconstitucionais[[215]](#footnote-215). Não por outra razão Zagrebelsky afirma que *“a pluralidade de instrumentos decisionais constitucionais poderia colocar-se ‘em um crescendo’ que culmina com a eliminação da lei, percorrendo passagens intermédias”*[[216]](#footnote-216). Mostra-se relevante atentar para o fato de que a graduação dos instrumentos de controle de constitucionalidade das leis para Zagrebelsky está organizada de forma a afirmar que a declaração de inconstitucionalidade da lei – com a sua respectiva anulação – constitui medida de *ultima ratio*, que só entraria em campo depois do insucesso das tentativas de adoção de sentenças intermédias, vale dizer, apenas depois de frustradas as possibilidades de atribuição de interpretação conforme ou de manipulação da lei (sentenças de acolhimento parcial interpretativas, p. ex., sentenças de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, sentenças aditivas ou substitutivas). Dessa perspectiva conclui que *“as fórmulas decisórias intermédias, se bem utilizadas, são menos brutais, no confronto com os outros poderes envolvidos, e que a pronúncia de mera inconstitucionalidade permanecem, mas só como estremo recurso da Constituição”*[[217]](#footnote-217).

O fato é que já não se pode cogitar, na quadra atual, de uma relação rígida de conformidade-desconformidade da legislação à Constituição, mas de uma relação graduada e graduável de conformidade à Constituição. Modugno acentua que

[p]roprio la graduazione (gradualità della conformità-disformità della normativa legislativa a quella costituzionale consente di individuare *un grado o stadio intermedio* di maggiore conformità o minore disformità alla Costituzione, sia rispetto alla disciplina legislativa vigente sia riguardo alla completa eliminazione della medesima.[[218]](#footnote-218)

Uma relação graduada de conformidade da lei à Constituição exige da Corte constitucional a adoção de um arsenal decisório também graduado quanto à intensidade da incidência do controle de constitucionalidade[[219]](#footnote-219). Os variados estágios de conformação da lei à Constituição conduzem o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade a adotar instrumentos decisórios de graduada intervenção na ordem jurídica. Não faz sentido cogitar de instrumentos decisórios rígidos (acolhimento-rejeição) para o controle de graus diferentes de conformidade-desconformidade à Constituição. A diversificação das técnicas decisórias constitui, sob essa ótica, uma consequência processual da constatação, no plano substancial, dos variados estados ou graus de conformidade da legislação à Constituição[[220]](#footnote-220).

**CAPÍTULO 3: SENTENÇAS ADITIVAS – UMA APROXIMAÇÃO DO TEMA**

**3.1. O SENTIDO DA EXPRESSÃO “SENTENÇA ADITIVA” E O SURGIMENTO DE UM CAMPO DE INVESTIGAÇÃO**

Crisafulli denomina de sentenças aditivas aquelas que declaram a ilegitimidade constitucional da omissa previsão de qualquer coisa, que deveria estar previsto na lei[[221]](#footnote-221). Para esse autor italiano, o juízo de inconstitucionalidade lançado sobre a omissão tem o efeito de introduzir *indiretamente* aquela disciplina faltante: trazendo-a, obviamente, não da fantasia da Corte, mas, por analogia, de outras normas e princípios contidos no sistema (ou efetivamente da mesma norma constitucional em torno da qual se desenvolve o juízo)[[222]](#footnote-222). A omissão referida por Crisafulli tem uma dupla acepção: (i) pode significar propriamente exclusão, caso em que a anulação da parte (idealmente divisível) da disposição que “não diz” elimina um obstáculo à expansão, e consequentemente à aplicabilidade, da norma à hipótese implicitamente (e ilegitimamente) excluída; ou (ii) pode significar uma simples omissão, ou seja, carência de uma disciplina que – sempre a juízo da corte – deveria existir a fim de que a norma não se colocasse em contraste com as normas constitucionais parâmetro de controle[[223]](#footnote-223).

As decisões com efeitos aditivos são obtidas por força 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 (sentenças com efeitos aditivos)”*[[224]](#footnote-224). Na doutrina italiana é uniforme a compreensão de que decisões aditivas têm lugar quando uma disposição tem conteúdo normativo menor do que aquela que, constitucionalmente, deveria ter[[225]](#footnote-225). Assim, a decisão de inconstitucionalidade consubstanciada na sentença aditiva atinge uma omissão do legislador e desta declaração de inconstitucionalidade se extrai, como consequência, que a norma faltante ganha existência.[[226]](#footnote-226)

O grande diferencial desse modelo de decisão constitucional decorre da solução da situação de inconstitucionalidade dada pelo Tribunal por meio da adição de norma jurídica não contida no texto legislativo[[227]](#footnote-227), corrigindo-o ou reparando-o[[228]](#footnote-228), com o objetivo de superar o estado de inconstitucionalidade. À atividade outrora integralmente redutiva ou ablativa (do texto ou dos seus sentidos) do controle de constitucionalidade, soma-se um novo elemento manipulativo da decisão de inconstitucionalidade: a possibilidade de integrar novo elemento normativo à norma objeto de controle.

Segundo Fátima Sá, as sentenças aditivas podem ser definidas como aquelas que declaram que ao preceito impugnado lhe falta algo para ser conforme à Constituição, devendo, assim, o preceito ser aplicado incluindo aquilo que lhe faltava. Nesse passo, é declarada a inconstitucionalidade do preceito na parte em que não inclui algo ou alguém. Censuram, dessa forma, uma omissão legislativa inconstitucional, entendida aqui como um silêncio parcial do legislador, que cria uma situação contrária à Constituição, pois, na maior parte das vezes, violam o princípio da igualdade[[229]](#footnote-229).

Para Revorio[[230]](#footnote-230), sentenças aditivas são aquelas que sem afetar o texto da decisão impugnada produzem um efeito de extensão ou ampliação de seu conteúdo normativo, assinalando que tal dispositivo deve incluir algo que o texto da disposição não prevê expressamente. Fátima Sá, a partir dessa concepção, defende que essas decisões de perfil aditivo retiram do ordenamento jurídico uma norma não expressa (inconstitucionalidade recai no fato da norma não prever aquilo que deveria estar previsto para ser conforme a Constituição) e, contextualmente, juntam ao sistema jurídico uma norma implícita extraída da interpretação da Constituição[[231]](#footnote-231).

A produção de sentenças constitucionais do tipo aditivo pelo Supremo Tribunal Federal é uma realidade inegável[[232]](#footnote-232). O sofisticado modelo decisório, muito embora interfira de modo sensível no conteúdo do princípio da separação de poderes, não tem sido acompanhado, sob o ponto da dogmática, de produção doutrinária crítica a respeito do fenômeno; e sob o prisma da jurisprudência do Supremo, de motivação constitucionalmente válida para a auto-atribuição da competência normativa consubstanciada na produção de sentenças constitucionais de perfil aditivo.

A parcela adjuntiva da sentença, para utilizar a expressão de Carlos Blanco de Morais, consistente no elemento normativo adicionado à lei pelo Tribunal, permanece como um dado meramente pragmático da recente experiência jurisprudencial brasileira[[233]](#footnote-233). É campo fértil para o entendimento das novas relações do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, com os Poderes Legislativo e Executivo. As chamadas “chances de aprendizado”[[234]](#footnote-234) entre os Poderes podem ser incrementadas pelo bom uso das sentenças aditivas. A qualidade do diálogo institucional entre Corte Constitucional e Legislador depende, em grande medida, da correção das técnicas decisórias utilizadas pela Corte, especialmente das sentenças aditivas, campo no qual a possibilidade de concorrência no exercício de função normativa podem implicar irritações mútuas de grande valia para o aperfeiçoamento da democracia e para efetividade dos direitos fundamentais.

Como observou Crisafulli, as sentenças aditivas são nascidas de uma exigência prática; a teorização surge num momento posterior[[235]](#footnote-235). Diante da inegável realidade de que o Supremo Tribunal Federal tem lançado mão dessa espécie de sentença constitucional, propõe-se um trabalho teórico de enquadramento, sistematização e concepção de modelos e limites. Augusto Martín de la Vega alerta para o fato de que a experiência jurisprudencial dos últimos anos, especialmente da Itália, fez com que os autores estivessem diante de um fato consumado dificilmente reversível – a intensa produção de sentenças aditivas –, perante o qual somente seria possível discutir os limites corretos de seu uso por parte do Tribunal Constitucional ou a concreta eficácia jurídica atribuída a esses pronunciamentos[[236]](#footnote-236).

**3.2. CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS CONSTITUCIONAIS MANIPULATIVAS: UMA DELIMITAÇÃO METODOLÓGICA NECESSÁRIA (SENTENÇAS ADITIVAS E CAMPO DE INVESTIGAÇÃO)**

Embora não haja unanimidade quanto à classificação das sentenças constitucionais denominadas manipulativas, alguma opção conceitual deve ser realizada neste trabalho a fim de permitir maior precisão metodológica da investigação. Do universo de classificações difundidas na doutrina, pode-se citar, ilustrativamente, a categorização proposta por Gascón, que situa no campo das sentenças interpretativas – estas partem do pressuposto de que há uma distinção entre disposição e norma[[237]](#footnote-237) – as chamadas sentenças manipulativas, as quais, por sua vez, podem ser substitutivas, redutoras ou aditivas. As primeiras substituem uma interpretação plausível, mas inconstitucional, do preceito legal impugnado, por outra que claramente não se deduz deste último, mas que resulta conforme a Constituição. As redutoras implicam uma interpretação restritiva do âmbito de aplicação do preceito legal questionado, com vistas a conformá-lo à Constituição, de forma que o seu produto, e, desta feita, da tarefa interpretativa, seja uma regra que deixa de ser aplicável a uma ou a várias hipóteses compreendidas em abstrato pelo enunciado legal. Já as aditivas implicam, para Gascón, a aceitação da inconstitucionalidade por omissão, e consistem em uma interpretação extensiva do raio de ação do preceito legal impugnado, com o fito de conformá-lo à Constituição, de forma que o resultado, após a interpretação, seja uma regra que é aplicável a uma quantidade maior de hipóteses em relação àquelas compreendidas abstratamente pelo enunciado legal[[238]](#footnote-238).

Para Zagrebelsky, expoente da respeitável contribuição italiana quanto ao tema, as sentenças manipulativas[[239]](#footnote-239) – com o conjunto de decisões ditas manipulativas a doutrina pretende sublinhar que o escopo dessas decisões é a transformação em vez da eliminação da lei[[240]](#footnote-240) – podem distinguir-se nas seguintes espécies[[241]](#footnote-241): (i) decisões de acolhimento parcial – tais decisões consistem na declaração de inconstitucionalidade de parte do conteúdo normativo de uma disposição, quando essa se presta a ser subdividida em partes, algumas das quais em contraste com a Constituição e outras não; (ii) decisões aditivas – tais decisões são utilizadas no caso inverso àquele que dá lugar à decisão de inconstitucionalidade parcial, isto é, quando uma disposição tem conteúdo normativo menor do que aquele que, constitucionalmente, deveria ter. A decisão de inconstitucionalidade colmata uma omissão do legislador e de tal declaração de inconstitucionalidade traz-se, como consequência, que a norma faltante passa a ter existência; (iii) decisões substitutivas – tais decisões são utilizadas quando a lei prevê alguma coisa enquanto, constitucionalmente, deveria prever uma outra. Nestes casos, a Cote usa a declaração de inconstitucionalidade da lei enquanto (ou na parte) em que contém uma certa prescrição em lugar de outra.

A partir da distinção entre disposição e norma, Guastini propõe a seguinte classificação das sentenças constitucionais:

1. Nell’ambito delle sentenze di rigetto, si distingueranno le sentenze di rigetto *sans phrase* dalle sentenze interpretative di rigetto.

1.1. Le prime vertono su disposizioni, e dichiarano l’infondatezza della questione di legittimità costituzionale in relazione ad una disposizione in quanto tale, senza precluderne dunque alcuna interpretazione.

1.2. Le seconde vertono su norme, e dichiarano l’infondatezza della questione in relazione ad una sola norma tra quelle disgiuntamente espresse da una disposizione (ossia in relazione ad una soltanto delle interpretazioni, disgiuntamente possibili, di una disposizione).

2. Nell’ambito delle sentenze di accoglimento, si distingueranno quelle che vertono su disposizioni da quelle che vertono su norme.

2.1. Le sentenze di accoglimento che vertono su disposizione possono a) annullare “interamente” una disposizione, oppure b) alterarla, annullandola solo “parzialmente”. Le prime possono dirsi sentenze (non interpretative) di accoglimento *sans phrase*; le seconde, sentenze (non interpretative) do accoglimento parziale.

2.2. Le sentenze di accoglimento che vertono su norme, lasciando inalterabile le disposizioni, posso essere: a) interpretative in senso stretto (simmetriche alle interpretative di rigetto), qualora annullino una delle norma disgiuntamente espresse da una disposizione; b) interpretative di accoglimento parziale, qualora annullino una delle norme congiuntamente espresse da una disposizione.

Peraltro, nell’ambito delle sentenze interpretative di accoglimento possono ulteriormente distinguersi: c) quelle che annullano una norma inespressa ricavabile non da una precisa disposizione, ma da una combinazione di disposizioni; d) quelle – dette “sostitutive” – che annullano una delle norme congiuntamente espresse da una disposizione, contestualmente sostituendola con una norma inespressa diversa; e) quelle – dette “additive” – che annullano una norma inespressa, contestualmente sostituendola con una norma diversa, egualmente inespressa.[[242]](#footnote-242)

Com efeito, a distinção entre disposição e norma serve também, segundo Guastini, para traçar uma linha de demarcação entre interpretação de documentos normativos e integração do direito. A interpretação, ao menos nesse sentido estrito, possibilita a extração de uma norma a partir da disposição normativa. Já a integração surge quando da identificação de norma não expressa a partir do contexto normativo, sem que haja uma disposição precisa que a exprima. As sentenças de perfil aditivo produzem norma jurídica na medida em que identificam (ou criam) norma não referível a uma precisa disposição normativa, constituindo, desse modo, espécie de integração do ordenamento jurídico. Crisafulli defende a ideia de que a sentença aditiva opera de modo similar a um procedimento de integração por meio do recurso aos princípios: a norma destinada a preencher a lacuna deriva de um princípio geral ou da mesma norma constitucional violada pela omissão legislativa[[243]](#footnote-243). De fato, a distinção dos processos de interpretação e integração pode auxiliar a produção de um sentido mais específico para as sentenças aditivas. Luís Roberto Barroso afirma, a propósito, que

o processo de preenchimento de eventuais vazios normativos recebe o nome de integração. Nela não se cuida, como na interpretação, de revelar o sentido de uma norma existente e aplicável a dada espécie, mas de pesquisar no ordenamento uma norma capaz de reger adequadamente uma hipótese que não foi especificamente disciplinada pelo legislador[[244]](#footnote-244).

A interpretação jurídica pressupõe a existência de uma norma jurídica cujo programa normativo alcance a situação controvertida. E se é verdade que na interpretação jurídica em geral jamais será possível obter racionalidade e objetividade plenas, como bem adverte o Luís Roberto Barroso, *“é a interpretação gramatical ou literal que delimita o espaço dentro do qual o intérprete vai operar”[[245]](#footnote-245)*. Para além do limite possível da interpretação jurídica – delimitada pelo texto da norma –, haverá mesmo uma lacuna jurídica ou um vazio normativo, cuja colmatação poderá ser realizada por meio da integração do direito. As sentenças aditivas operam precisamente no campo da integração jurídica. Isso porque a atividade desenvolvida pela Corte constitucional, nessa hipótese, encerra a criação de norma jurídica para a superação de uma situação de vazio normativo inconstitucional. Não se trata, pois, de mera interpretação de norma jurídica existente em conformidade com a Constituição (*interpretação conforme à Constituição*); mas de, partindo do reconhecimento de que existe um vazio normativo, realizar verdadeira integração do ordenamento por meio da adição de novo seguimento normativo[[246]](#footnote-246).

Se a norma jurídica infraconstitucional pode ser interpretada de modo a torná-la conforme a Constituição – operação ordinariamente atingida por meio da *interpretação conforme à Constituição* – então de lacuna jurídica não se pode falar. Ao contrário, se não há interpretação possível de normas existentes no ordenamento capaz de tornar eficaz a norma constitucional, então ter-se-á uma verdadeira lacuna normativa, a qual poderá, em algumas circunstâncias – cuja delimitação este trabalho apresentará mais a frente –, ser enfrentada por meio da técnica decisória de perfil aditivo. A sentença aditiva não decorre apenas da interpretação das normas existentes, mas realizam, para além dessa atividade interpretativa – porque já não encontram limitação nas hipóteses abstratamente compreendidas no enunciado legal –, da criação de um novo segmento normativo[[247]](#footnote-247).

A definição do campo de atuação das sentenças de perfil aditivo depende, em grande medida, da prévia delimitação dos âmbitos da interpretação e da integração do direito. Sem pretensão de esgotar a matéria, verdadeiramente controvertida na doutrina, pode-se adotar, ao menos como forma de aproximação de uma distinção viável, o critério consistente na interpretação gramatical. Esta, para Müller, opera um sentido duplo, como método e como fator limitador da concretização: *“o teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis”*[[248]](#footnote-248)*.* Dentro das possibilidades do texto realiza-se interpretação. Fora dessas possibilidades textuais realiza-se, se for o caso, integração.

Assim, como acentua Luís Roberto Barroso, a interpretação cuida de revelar o sentido de uma norma existente e abstratamente aplicável a dada espécie; ao passo que a integração significa o preenchimento de uma vazio normativo, vale dizer, da pesquisa no ordenamento de uma norma capaz de reger adequadamente uma hipótese que não foi especificamente disciplinada pelo legislador. Pode-se afirmar, em síntese, que as sentenças aditivas realizam típica operação de integração do ordenamento jurídico por meio da criação de um novo segmento normativo com o objetivo de superar um estado de omissão inconstitucional (lacuna normativa indesejável capaz de produzir resultados normativos inconstitucionais). Nesse sentido, Leite Sampaio afirma que

(...) a inconstitucionalidade parcial reduz o âmbito subjetivo, objetivo, temporal ou espacial do dispositivo de norma, mediante a inclusão de uma cláusula restritiva de exceção ou de especificação; enquanto a sentença aditiva realiza exatamente a operação inversa: amplia esses âmbitos, incluindo sujeito ou situações, retirando restrições ou especificações.[[249]](#footnote-249)

Em direção semelhante, Díaz Revório afirma que as decisões aditivas transformam uma disciplina inconstitucional em constitucional por meio da adição de norma faltante, ou até mesmo por meio da substituição de algo na previsão legislativa; ou, dito de outro modo, sem afetar a previsão legal, essas sentenças estendem o seu conteúdo normativo ao estabelecer que esse conteúdo deve incluir algo que não está expressamente previsto no seu texto[[250]](#footnote-250). Crisafulli, do mesmo modo, afirma que a sentença aditiva *“opera alguma coisa similar a um procedimento de integração por recurso aos princípios: a norma destinada a colmatar a lacuna deriva de um princípio geral, ou da mesma norma constitucional violada pela omissão legislativa”*[[251]](#footnote-251).

A distinção corrente na doutrina entre interpretação e integração, embora sirva como critério norteador de uma operação racionalizadora[[252]](#footnote-252) que se propõe a distinguir níveis diferentes de criatividade judicial, não pode ser assumida, para os fins deste trabalho, como metodologia classificatória binária, senão deve ser enxergada de modo gradual. A tentativa, sem dúvida, é de identificar um limiar de criatividade capaz de caracterizar, para além da tradicional interpretação recíproca de normas constitucionais e infraconstitucionais – levada a efeito no controle de constitucionalidade ordinariamente –, a produção de normas jurídicas não contidas no ordenamento jurídico por meio da sentença constitucional. A função de legislação positiva tem sido identificada, nessa toada, pela criação *ex novo* de segmentos legislativos:

The main tool of constitutional courts is the power to interpret the Constitution to ensure its application, enforceability, and supremacy by adapting the Constitution when chances and time require such supremacy by adapting the Constitution when chances and time require such task but without assuming the role of a constituent power ou of the Legislator – they cannot on a discretionary political basis create legal norms of provisions that cannot be deducted from Constitutional itself.

That is why, as matter of principal, constitutional courts are considered “negative legislators” particulary when deciding to annul statutes, and they cannot act as “positive legislators” in the sense of creating *ex novo* pieces of legislator or introducing “reforms” to statutes. In the words of Laurence Claus and Richard S. Kay, “We will treat as engaged in positive lawmaking when they originate a schemes of law as opposed to merely considering, revising or rejecting schemes conceived by other legislative actors” or “for a constitutional court to be positive lawmaker under this terminology would involve the court in considering, propounding, and creating a scheme of regulation of its own conception.”[[253]](#footnote-253)

Silvestri, depois de defender a ideia segundo a qual todas as sentenças interpretativas são pelo menos aparentemente (ou minimamente) aditivas, as reais sentenças aditivas seriam aquelas por meio das quais a Corte constitucional impõe um efeito normativo para além do texto legal, ou, dito de outro modo, introduzem norma jurídica nova não imputável ao legislador[[254]](#footnote-254). Por isso que a doutrina italiana, desde a década de 70 do século passado, entende as intervenções normativas da Corte constitucional nos termos de uma verdadeira manipulação textual da norma[[255]](#footnote-255).

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, a seu turno, defende a ideia de que as sentenças ordinariamente denominadas pela doutrina italiana como manipulativas, corretivas, substitutivas e inclusive legislativas poderiam ser melhor enquadradas no conceito de sentenças normativas, proferidas no âmbito do controle da omissão inconstitucional, para superá-las e ao mesmo tempo orientar o legislador sobre as disposições que devem aprovar para salvar a omissão e que se consideram mais adequadas para cumprir com a obrigação fundamental[[256]](#footnote-256). Adotando proposta classificatória semelhante, Leite Sampaio denomina sentenças normativas *“aqueles pronunciamentos judiciais que importam a criação de norma jurídica de caráter geral e vinculante. São elas: (a) as sentenças interpretativas ou de interpretação conforme à Constituição; (b) aditivas; (c) as aditivas de princípio e (d) as substitutivas”*[[257]](#footnote-257). Embora a melhor denominação para essa espécie decisória seja a de sentenças normativas[[258]](#footnote-258), não há prejuízo em utilizar a denominação corrente na doutrina italiana e incorporada em diversos trabalhos doutrinários brasileiros (sentença aditiva).

**3.3. SENTENÇAS ADITIVAS: IMPORTÂNCIA DA CONTRIBUIÇÃO ITALIANA**

Não se pretende fazer uma simples análise dos precedentes da Corte Constitucional italiana, aplicando diretamente seus resultados ao modelo de controle constitucional brasileiro. A razão da escolha da doutrina italiana é temática e metodológica: (a) temática, porque o problema atinente às sentenças aditivas no controle de constitucionalidade é questão tradicional no direito italiano; e (b) metodológica, porque o enfoque dogmático-analítico tem grande tradição no direito italiano. A doutrina italiana sobre o tema é, portanto, não apenas volumosa, como fruto de antigas e maduras reflexões[[259]](#footnote-259).

Mortati produziu, ainda no início da década de 70, importante trabalho doutrinário crítico[[260]](#footnote-260) a respeito da tentativa de superação das omissões inconstitucionais resultantes da emanação de sentenças aditivas pela Corte constitucional italiana. Com efeito, a doutrina italiana[[261]](#footnote-261) construiu a partir da década de 1970 importantes contribuições no campo da legitimidade constitucional da produção de sentenças aditivas pela Corte constitucional, extraindo dos princípios da supremacia constitucional e da interpretação conforme a Constituição justificação para a atividade de complementação normativa emanada pelo Poder Judiciário. Fátima Sá esclarece que, no ordenamento italiano, *“as sentenças aditivas constituem um fenômeno quantitativa e qualitativamente muito relevante, sendo de onde deriva a maior parte dos estudos doutrinários dedicados a elas, bem como as suas variadíssimas denominações, entre as quais sentenze additive e sentenze aggiuntive”*[[262]](#footnote-262). No mesmo trabalho, Fátima Sá cita Acosta Sánchez para justificar a forte atuação da Corte Italiana no campo das sentenças constitucionais aditivas. Esse autor afirma que na Itália

el dogma se la soberanía de ley, que nunca gozó de gran tradición n fuerza, cedió fácilmente a la supremacía da Constitución. De manera adicional, las negativas vicisitudes del régimen parlamentario italiano han golpeado con más fuerza que en ninguna otra democracia occidental el prestigio del legislador, cuya actividad ha estado marcada por la partidocracia y la inercia (...) la jurisdicción constitucional no ha llegado a engendrar en Italia en ningún momento el típico temor al “gobierno de los jueces”; el Tribunal Constitucional italiano ha conquistado un papel estelar en la realidad democrática en que se mueve a diferencia de otros Tribunales Constitucionales europeos, “no se preocupa en disimular su poder creador”; reconoce sin ambages a su jurisprudencia como fuente de Derecho; tiende a desligarse con facilidad de reglas de interpretación fijas y entiende la interpretación constitucional desde el realismo jurídico, sobre métodos ampliamente deductivos, en particular el *histórico-evolutivo*, es decir, la entiende como *acto de voluntad* y no como *acto de conocimiento*, concepción esta típica del positivismo jurídico, como es sabido.[[263]](#footnote-263)

Ainda a respeito da importância da produção jurisprudencial e doutrinária italianas, observa Augusto Martín de la Vega que

[U]n primer dato resulta insoslayable para cualquier estudioso que se acerque al tema de las sentencias manipulativas de la Corte: la extraordinaria importancia cualitativa y cuantitativa que dicho fenómeno adquiere en la jurisdicción constitucional italiana. No sin razón Sandulli mantenía ya en 1967 que nos encontrábamos ante un <<nuevo corso>> de dicha jurisdicción. Dejante aparte la extraordinaria influencia de la jurisprudencia <<creativa>> del Tribunal en prácticamente todos los campos del ordenamiento jurídico, lo cierto es que el período de 1980 a 1987 las sentencias aditivas o sustitutivas llegan a representar más del 55% de las sentencias estimatorias, dentro de una tendencia que, lejos de descender en los primeros años de los ochenta, tal y como un sector doctrinal pareció advertir, se consolida en esta década para no disminuir, aun cuando adopte nuevas formas, en los años noventa. Es esta realidad la que lleva a la literatura jurídica, quizás algo enfáticamente, a remarcar que semejante invención <<extra ordinem>> constituye un rasgo específico de su jurisdicción constitucional, una verdadera <<solución italiana>> alternativa a otras ofrecidas por el derecho comparado, y que implica una <<auténtica revolución>> en el sistema, constituyendo tal vez el <<punto crucial>> de la obra de la Corte en sus años de funcionamiento[[264]](#footnote-264).

A Corte constitucional italiana, por diversas razões, acumulou nas últimas cinco décadas relevante experiência no campo da produção de sentenças constitucionais de perfil aditivo. A alteração da compreensão daquele Tribunal a respeito do seu próprio papel no âmbito da democracia constitucional – revelado pela intensa produção normativa veiculada nas sentenças aditivas – repercutiu gravemente no campo da separação de poderes e desempenhou importante função na concretização de direitos e garantias fundamentais. A intensa produção jurisprudencial italiana a respeito do tema, associada à contemporânea e farta produção dogmática, constitui elemento fundamental para a compreensão do fenômeno no Brasil.

É evidente que as diferenças políticas e jurídicas entre Itália e Brasil devem ser levadas em consideração[[265]](#footnote-265). Entretanto, a nítida semelhança entre os movimentos de auto-atribuição gradual de competência normativa por parte das Cortes Constitucionais dos dois países merece especial atenção. Aliás, há de ser considerada a semelhança dos fatores que determinaram a proliferação de sentenças aditivas em ambos países: (a) a existência de uma Constituição com uma forte carga programática e vocacionada a um desenvolvimento progressivo; (b) a continuidade básica de um ordenamento legal com fortes resquícios autoritários; (c) a simultânea ineficácia do Parlamento para dar uma resposta em tempo socialmente requerido tanto às demandas de atuação da Constituição, como à necessária adequação do preexistente ordenamento legal à ordem constitucional[[266]](#footnote-266).

Há no Brasil importantes estudos realizados a respeito da mudança do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no contexto de realização de direitos e garantias fundamentais. Não por acaso, diversos trabalhos acadêmicos têm cuidado do fenômeno do ativismo judicial[[267]](#footnote-267). Rareiam contudo, estudos do fenômeno sob o prisma específico da adoção pelo Supremo Tribunal Federal da técnica decisória manipulativa com efeitos aditivos[[268]](#footnote-268). Os capítulos seguintes demonstrarão a importância da contribuição jurisprudencial e doutrinária italiana para a compreensão do recente desenvolvimento das sentenças aditivas no contexto brasileiro.

**CAPÍTULO 4: O VÁCUO NORMATIVO E AS SENTENÇAS ADITIVAS**

O modelo tradicional de controle de constitucionalidade, baseado no esquema rígido de acolhimento/rejeição da pretensão ou da questão da inconstitucionalidade, impõe grave limitação à função de controle exercida pela Corte constitucional. O juízo de constitucionalidade, segundo esse modelo, pressupõe uma escolha entre dois resultados claramente projetáveis pela Corte: (i) a rejeição da questão constitucional com a consequente manutenção da vigência da disciplina impugnada; ou (ii) o acolhimento da questão constitucional com a consequente anulação da disciplina normativa. O exercício da função de controle de constitucionalidade exige em alguma medida o efetivo reconhecimento por parte da Corte da violação à Constituição pelo poder legislativo, o que conduz, inevitavelmente, ao enfrentamento da questão concernente ao vácuo legislativo. A anulação da disciplina normativa examinada pela Corte tem potencial de gerar uma verdadeira lacuna normativa no setor regulado pela norma considerada inconstitucional.

No Brasil, conquanto seja uniforme a orientação jurisprudencial no sentido de que a decisão do Supremo Tribunal Federal que declara, em sede de fiscalização abstrata, a inconstitucionalidade de determinado diploma normativo tem o condão de provocar a repristinação dos atos estatais anteriores que foram revogados pela lei proclamada inconstitucional[[269]](#footnote-269), o problema atinente à produção de vácuos normativos perigosos pela decisão de inconstitucionalidade permanece altamente relevante. De um lado, essa constatação deve-se ao fato de que, em regime constitucional relativamente novo, a anulação da disciplina impugnada apresenta forte potencial de repristinação de disciplina normativa pré-constitucional, a qual, também muito provavelmente, não apresenta condições de satisfazer as novas demandas criadas pela Constituição vigente. De outro, mas não menos importante, cabe considerar que o Supremo Tribunal Federal tem imputado ao legislador um dever de atualização normativa com o objetivo de afastar os riscos de um reforço a um processo de inconstitucionalização decorrente das mudanças fáticas e jurídicas verificadas no tempo[[270]](#footnote-270).

A repristinação de normativas revogadas, especialmente quando em jogo normas pré-constitucionais, não parece, atualmente, responder aos anseios de efetivação de direitos fundamentais por meio da produção legislativa regulamentadora. A tudo isso impõe-se somar a circunstância de que grande parte da legislação concretizadora de direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição vigente constitui inovação no ordenamento jurídico, não tendo sequer revogado disciplina anterior, contexto no qual fica ainda mais evidente o problema do vácuo normativo em hipóteses de invalidação da disciplina legal impugnada.

A preocupação com a produção de vácuo normativo perigoso pela sentença constitucional não tem escapado à experiência jurisprudencial brasileira. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal – às vezes explicitamente[[271]](#footnote-271) e outras implicitamente[[272]](#footnote-272) – tem desenvolvido técnicas de decisão voltadas precisamente à superação do inconveniente vácuo normativo eventualmente produzido por uma decisão seca de acolhimento da ação de inconstitucionalidade. A atenção dispensada pela Corte aos resultados normativos no meio social e jurídico decorrentes de suas decisões – na linha da recente reconfiguração do próprio problema da omissão inconstitucional, tal como apontado no capítulo 2 deste trabalho – incita à verificação, sempre que vislumbrada a inconstitucionalidade de um determinado diploma normativo, da possibilidade de criação de vácuo normativo perigoso; e, em caso positivo, das possibilidades de superação do problema a disposição da Corte. Aqui, preside todo o raciocínio empregado pelo órgão de controle de constitucionalidade das leis a legítima preocupação com a evitação de resultados inconstitucionais a partir da decisão caducatória formulada pela Corte.

Pode-se afirmar, portanto, que a busca por alternativas decisórias para além do esquema acolhimento/rejeição está na base do desenvolvimento normal da função de controle de constitucionalidade das leis. Se essa atividade redunda na eventual anulação de leis e se dessa anulação pode resultar uma situação de inconstitucionalidade – porque o vácuo normativo pode causar empeço ao gozo de direitos constitucionalmente protegidos –, não há surpresa em que o órgão de controle, que não pode renunciar à função que lhe foi imputada pela Constituição (e com isso simplesmente optar pela manutenção da normativa inconstitucional), desenvolva meios para evitar o problema de ordem normativa fruto do vácuo legislativo gerado pela decisão anulatória da disciplina impugnada.

A experiência jurisprudencial brasileira, assim como a valiosa contribuição jurisprudencial de outras Cortes constitucionais – tais como a italiana e a alemã –, demonstra que a adoção de decisões de perfil aditivo constitui o principal instrumento de superação do problema concernente ao vácuo normativo perigoso causado pela decisão de acolhimento da pretensão de inconstitucionalidade. O aprofundamento da pesquisa, nesse capítulo do trabalho, permitirá tornar a essa assertiva já então em ordem de conclusão das considerações a seguir expostas. A despeito da rica produção doutrinária italiana a respeito do tema, a mais completa análise sobre o tema veio a cargo de Roberto Pinardi, que, em festejada monografia[[273]](#footnote-273), abordou de modo abrangente o problema do vácuo normativo no controle de constitucionalidade. O presente capítulo deste trabalho adota o esquema de análise proposto por Pinardi e desenvolve, a partir desse referencial doutrinário, a análise do problema à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

**4.1. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA: O VÁCUO NORMATIVO PERIGOSO NO CONTEXTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Em primeiro lugar, convém delinear de forma mais detalhada os termos em que se põe, tanto aqui como na Itália, o problema do vácuo normativo perigoso – ou, na fórmula evocativa proposta por Pinardi, do *horror vacui* –, para então analisar os instrumentos utilizados pela Corte constitucional para a sua superação.

De fato, no contexto do qual se ocupa o presente capítulo, o nascimento da exigência de uma intervenção reconstrutiva de um setor normativo considerado está umbilicalmente ligado à declaração de inconstitucionalidade da disciplina normativa sujeita ao controle. É evidente que o vácuo normativo perigoso pode surgir da simples ausência de cumprimento de uma obrigação de legislar imposta pela Constituição. Entretanto, a esta parte, analisar-se-á, em específico, o vácuo normativo perigoso causado pela decisão demolitória da Corte constitucional.

O enfrentamento da questão não pode desprezar que a recomposição de um quadro normativo compatível com a Constituição nem sempre é atingida por meio de uma decisão de mero acolhimento (de natureza demolitória). A essa conclusão o Supremo Tribunal Federal chegou sem demora, como se pode perceber, por exemplo, do julgamento por meio do qual se reconheceu a inconstitucionalidade parcial da lei que fixara o salário mínimo, mas recusou-se, por razões óbvias, a solução de anulação da disciplina normativa[[274]](#footnote-274). O STF, ao examinar as diversas situações reveladoras de concessão de benefícios incompatíveis com o princípio da igualdade, afastou o uso de soluções demolitórias[[275]](#footnote-275).

Pinardi observa que a opção pela decisão demolitória apresenta dois tipos de eficácia: (i) uma negativa própria da anulação da disciplina normativa questionada; e (ii) outra positiva, consistente em fazer operar o preceito diverso que o ordenamento é capaz de exprimir após a anulação da norma inconstitucional[[276]](#footnote-276). Essa denominada eficácia positiva da decisão de acolhimento da pretensão de inconstitucionalidade equivale à noção de norma implícita extraída pelo intérprete a partir do estado de omissão legislativa. É dizer, a produção de um vácuo normativo pela decisão de anulação da disciplina normativa tem o potencial de gerar um resultado normativo positivo de natureza limitativa de direitos constitucionalmente protegidos. Da ausência de norma extrai-se, nesse sentido, um obstáculo ao exercício de um direito. Esse obstáculo, a seu turno, é compreendido, em termos argumentativos, como decorrência de uma limitação normativa de natureza positiva. Daí falar-se em norma positiva implícita inconstitucional nas situações de omissão legislativa. Embora atualmente essa formulação argumentativa já não angarie adesão irrestrita da doutrina e da jurisprudência, possibilita clarificar uma realidade irrecusável: a declaração de inconstitucionalidade de uma norma tem o potencial de criar um quadro normativo que, em sua unidade, produza a limitação ou a restrição de um direito constitucional.

Essa ordem de consideração é bem representada por Zagrebelsky, para quem *“enquanto jurisdição de anulação, a Corte constitucional, por meio de suas decisões de inconstitucionalidade, de fato não fecha o problema constitucional, mas o abre”*[[277]](#footnote-277). Na verdade, considerada a máxima segundo a qual o legislador não opera senão para atingir uma finalidade legítima[[278]](#footnote-278), a pronúncia demolitória da Corte determina, em regra, a necessidade de uma posterior recomposição da ordem jurídica por meio da produção de outras normas jurídicas. Surgem aqui, segundo Pinardi, duas situações diversas: (i) a disciplina normativa para setor específico é extraída pela via interpretativa (instrumentos de autointegração do sistema), contexto no qual a Corte pode valer-se de decisão manipulativa para indicar a nova norma a ser aplicada, não sendo possível falar, nesse caso, de um verdadeiro vácuo normativo; (ii) a consequência da decisão de simples acolhimento é uma lacuna de direito, donde surge a necessidade de intervenção reconstrutiva do ordenamento normativo, a qual normalmente não é, ordinariamente, realizada em tempo e modo adequados pelo legislador. Na segunda hipótese, a decisão de inconstitucionalidade pode gerar uma verdadeira omissão inconstitucional cujos efeitos no tempo podem ser perigosos no setor normativo interessado[[279]](#footnote-279).

Sem desprezar a parcela da doutrina que defende a impossibilidade de criação jurisprudencial de técnicas de decisão alternativas ao esquema seco de acolhimento/rejeição[[280]](#footnote-280) – tese que desemboca na conclusão de que, no caso de o acolhimento implicar lacuna ou omissão, caberia à Corte constitucional devolver ao Parlamento a sua responsabilidade de reconstrução normativa –, é certo que a doutrina majoritária, representada por Pinardi, tem alertado para o fato de que o problema decorrente do vácuo normativo criado pela decisão de inconstitucionalidade não pode ser resolvido no plano meramente teórico, prescindindo da experiência acumulada no sentido de que a recomposição do quadro normativo pelo legislador demanda um tempo – nem sempre breve – para o exaurimento do processo legislativo, devendo a Corte constitucional ocupar-se das consequências prováveis de uma longa carência de norma a respeito da matéria. Essas preocupações, consideradas essenciais à boa realização do controle de constitucionalidade, impõem a conclusão de que a elaboração de instrumentos de decisão intermédios constitui vicissitude inerente à função imputada à Corte[[281]](#footnote-281).

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, com base na fórmula americana dos poderes implícitos, que a competência principal atribuída aos órgãos estatais pela Constituição pressupõe o reconhecimento da competência acessória exigida para o escorreito exercício daquela[[282]](#footnote-282). A proteção judicial contra os efeitos negativos advindos do vácuo normativo criado pela decisão de inconstitucionalidade estaria, segundo a ótica oferecida pela teoria dos poderes implícitos[[283]](#footnote-283), situada no campo dos meios necessários à realização da função de controle de constitucionalidade. Sem o reconhecimento à Corte constitucional do poder de obviar os efeitos de suas próprias decisões, a própria competência principal exercida pelo órgão – controle de constitucionalidade das leis – ficaria comprometida.

A falta de instrumentos capazes de evitar a produção de resultados inconstitucionais a partir das decisões demolitórias tomadas pela Corte provocaria, sem dúvida, um recuo no cumprimento da atribuição de guarda da Constituição. Constrangida entre anular a disciplina normativa eivada de inconstitucionalidade – e com isso criar uma situação de vácuo normativo perigoso, apto a criar situação de verdadeira omissão inconstitucional até que sobrevenha a intervenção legislativa reparadora – e mantê-la vigente, esta última opção poderia parecer à Corte menos gravosa, e com isso renunciar-se-ia, ao menos parcialmente, à função de guardiã da Constituição.

A advertência segundo a qual os juízes devem atentar para as consequências de suas decisões ganha maior relevância quando em jogo a atuação da Corte constitucional, que não pode se comportar como se não participasse da vida política do país. Pinardi alerta para a necessidade – de resto já absorvida pela prática institucional do Supremo Tribunal Federal – de uma consciência prognóstica dos efeitos das próprias decisões[[284]](#footnote-284). Afinal, as decisões do Supremo Tribunal Federal, como de resto todos os atos do poder público[[285]](#footnote-285), estão sujeitas à aferição de justiça material a partir do princípio da proporcionalidade em cujo âmbito o subprincípio da adequação cumpre o papel de exigir que as medidas interventivas adotadas pelo Estado mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos[[286]](#footnote-286). Considerando a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, questiona-se: a declaração de inconstitucionalidade de uma disciplina normativa que gera um vácuo normativo perigoso (equiparável à situação de omissão legislativa inconstitucional) é medida apta a atingir o objetivo de garantir a força normativa da Constituição? A resposta é negativa. A atenção que a Corte reserva às consequências de suas decisões parece não apenas legítima, mas também necessária para o fiel cumprimento de sua função de guardiã da Constituição. A Corte deve atentar, portanto, para o fato de que o resultado normativo produzido pelas suas decisões deve apresentar um grau de conformidade à Constituição superior àquele decorrente da manutenção em vigor da disciplina normativa impugnada.

Como visto, o controle de constitucionalidade efetuado pela Corte constitucional também está sujeito ao crivo do princípio da proporcionalidade – em juízo formulado pela própria Corte –, de modo que não se pode cogitar de uma decisão proferida no âmbito desse controle da qual resulte violação à Constituição. Se o objetivo do controle é preservar a força normativa da Constituição, não passa pelo filtro da adequação (subprincípio da proporcionalidade) a decisão da Corte Constitucional que, a despeito de reconhecer a inconstitucionalidade da norma controlada, impõe um resultado normativo que também implica ofensa à Constituição[[287]](#footnote-287). É o que se teria se a Corte se visse na contingência de escolher entre não exercer seu papel de guardião da Constituição, mantendo a norma inconstitucional em vigor, ou exercê-lo de modo a gerar um vácuo normativo prejudicial às relações jurídico-sociais e contrário à Constituição que se visava proteger.

De fato, a preocupação com as consequências práticas das decisões de inconstitucionalidade tem conduzido os vários sistemas de justiça constitucional, como demonstram os estudos de direito comparado, a adotar modelos diferenciados de controle da lei, todos eles caracterizados pela procura de instrumentos que possibilitem assegurar uma certa flexibilidade ao regime previsto, em geral, para os efeitos caducatórios decorrentes da declaração de ilegitimidade constitucional. Pegoraro, a propósito, recorda que

“[a]qui como de lá do oceano, a alternativa seca ‘acolhimento-rejeição’, pensada por Kelsen, demonstrou logo todos os seus limites frente à extraordinária variedade de situações que as Cortes constitucionais tem encontrado para regular). De fato, a busca por técnicas decisórias diversas, nos vários ordenamentos, responde à exigência de fundo comum: a necessidade de evitar com a decisão de acolhimento da questão, traumáticos vácuos normativos ou situações jurídicas de posterior e ainda mais grave inconstitucionalidade”[[288]](#footnote-288).

Embora não se tenha formado consenso em torno da tese segundo a qual *“todos os órgãos de controle de constitucionalidade da lei dispõem dos efeitos das próprias decisões”*[[289]](#footnote-289), parece ser correto ao menos consentir aos órgãos de justiça constitucional a competência de limitar, ainda que parcialmente, o impacto das próprias pronúncias sobre o desenvolvimento do sistema normativo, seja por meio de instrumentos previstos normativamente, seja pela utilização de instrumentos criados *ad hoc* pela própria Corte (e às vezes recepcionadas e consolidadas legislativamente)[[290]](#footnote-290).

O Supremo Tribunal Federal, fortemente impulsionado à imitação de experiências estrangeiras[[291]](#footnote-291) – especialmente aquelas da Alemanha e da Itália[[292]](#footnote-292) –, adquiriu paulatinamente, após a Constituição de 1988, uma quase plena disponibilidade dos efeitos de suas decisões, não obstante um quadro relativamente pobre de marcos normativos. Os instrumentos de decisão trazidos pela Lei Federal n. 9.868 – modulação de efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade[[293]](#footnote-293), interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto[[294]](#footnote-294) –, além de não esgotarem o arsenal decisional da experiência jurisprudencial recente, podem ser enxergadas como mera positivação de uma precedente construção do próprio STF. Tais modelos de decisão, consolidados legislativamente no ano de 1999, constituem expressão do reconhecimento de poderes implícitos à função de guardião da Constituição imputada ao Supremo Tribunal Federal.

Ya hemos visto que, en Alemania, algunos autores entienden la “autonomía procesal” del TCF como un corolario de sus competencias, dotándola así de un claro carácter funcional o instrumental. Porque cuando se encomienda una competencia al Tribunal, se le debe dotar también de un procedimiento para ello, y, en tanto el mismo Tribunal debe encontrar los principios jurídicos que sean necesarios para la consecución del proceso conforme a Derecho y al ordevarse a cabo.[[295]](#footnote-295)

A experiência alemã demonstrou, assim como em momento mais recente ocorreu entre nós, a constante e progressiva aquisição pelo Tribunal Constitucional de disponibilidade dos efeitos de suas decisões. Cervati, importante representante da doutrina italiana, menciona a construção jurisprudencial alemã como importante referência sobre o tema na medida em que teve o mérito de antever diversas possibilidades de contornar o problema do vácuo normativo perigoso: (i) declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; (ii) possibilidade de que a lei taxada de inconstitucional continue a ser aplicada na falta de interposição legislativa; (iii) criação de uma disciplina transitória (sorte de poder normativo transitório). Essa última alternativa, mais incisivamente criativa, surge de forma excepcional diante das seguintes exigências: (i) necessidade de proteger o princípio da segurança jurídica e também de evitar que a declaração de nulidade possa criar um vácuo legislativo; (ii) a exigência de ter em consideração as consequências políticas e sociais que derivariam de uma pronúncia de nulidade da norma, especialmente naqueles casos nos quais a proteção do direito constitucionalmente garantido não possa prescindir da efetiva presença de uma específica disciplina legislativa; e (iii) a necessidade de evitar que na sequência da pronúncia possa surgir uma situação ainda menos conforme a Constituição do que aquela que se obtém com a manutenção provisória da disciplina inconstitucional. A técnica consistente em admitir a criação de uma disciplina transitória, segundo Cervati, representou uma invenção jurisprudencial do Tribunal alemão que depois foi codificada no ano de 1970[[296]](#footnote-296).

O desenvolvimento pela Corte constitucional italiana de uma rica construção jurisprudencial de superação do problema concernente ao vácuo normativo perigoso – ou, na dicção italiana, *dell’horror vacui* (fórmula evocativa reproduzida na doutrina) – surge de uma sorte de pragmatismo decorrente de uma exigência quase natural de superação dos inconvenientes práticos da tomada de decisões caducatórias secas[[297]](#footnote-297). Pinardi observa que a escolha efetuada pelos juízes da Corte constitucional não pode dizer-se determinada pelo vácuo normativo perigoso em si e por si, mas sim como catalizador de uma mais grave situação de inconstitucionalidade[[298]](#footnote-298). Na dicção de Giannini, o objeto da valoração coincide não tanto com a singular disposição examinada, quanto principalmente com a situação normativa do ordenamento em relação à específica situação indicada, ou seja com *“a norma não isoladamente considerada, mas enquanto seja compreendida como parte de um contexto”*[[299]](#footnote-299). A formulação de Giannini parece inteiramente compatível com a estratégia argumentativa, própria da teoria estruturante de Müller, que aporta na ascensão dos fatos à categoria normativa de relevo para a compreensão da omissão legislativa inconstitucional – sob a ótica da situação jurídica inconstitucional produzida pela inércia do legislador. A atenção destinada aos resultados normativos gerados pelo vácuo normativo compõe uma etapa do processo de concretização da norma, precisamente aquele que se dá por meio da identificação do *âmbito da norma*, nele compreendidos, por meio de forma empírica, os *fatos relevantes para a questão de direito*.

**4.1.1. DEFINIÇÃO DAS HIPÓTESES CONFIGIRADORAS DO VÁCUO NORMATIVO PERIGOSO (OU INDESEJÁVEL)**

Se a observação empírica da rica jurisprudencial italiana a respeito das sentenças aditivas sugere que essa experiência deve-se, em grande medida, à legítima preocupação com o problema do vácuo normativo perigoso, adverte Pinardi, impõe-se a realização de uma tentativa de individualização das situações nas quais esse temor do vácuo normativo efetivamente existe. Daí porque o autor propõe um esquema-síntese dos casos nos quais se verifica a presença de um vácuo normativo perigoso (*l’horror vacui*): (i) um primeiro segmento de decisões da Corte parece ser influenciada pela preocupação de fundo de que após a adoção de uma sentença meramente caducatória surjam impedimentos para o gozo de direitos constitucionalmente garantidos. É esta uma hipótese de que falava Mortati, quando afirmava que a consideração dos efeitos consequentes do acolhimento poderia implicar a invalidação da disciplina posta ao juízo da Corte e o surgimento ao mesmo tempo de uma situação normativa pejorativa, sob o aspecto da tutela das situações de garantia asseguradas pela Constituição, em relação àquela derivada da lei invalidada[[300]](#footnote-300). Pinardi, ao sobrelevar a necessidade de verificação pela Corte quanto aos possíveis efeitos negativos em termos de proteção dos direitos da pessoa advindos de eventual acolhimento da pretensão de inconstitucionalidade, observa, com acerto, que a mudança de papel da jurisdição constitucional – que passa a tutelar os direitos subjetivos constitucionalmente garantidos – implica uma valorização das consequências do controle de constitucionalidade sobre o efetivo gozo daqueles direitos[[301]](#footnote-301). (ii) Em outras hipóteses o juízo que compõe a base da pronúncia da Corte consiste no temor que na sequência da adoção de uma sentença de acolhimento *tour* *court* possam determinar-se lesões de um princípio que podemos definir como princípio de continuidade (ou integridade) institucional do ordenamento[[302]](#footnote-302). Essas situações podem ser assim exemplificadas: (ii.a) solução de continuidade no exercício das funções públicas essenciais; e (ii.b) mais particularmente, a paralisação do funcionamento de órgãos constitucionais ou de relevância constitucional[[303]](#footnote-303).

Depois de individuar as situações nas quais surge o temor do vácuo normativo (perigoso para a proteção de bens jurídicos constitucionais), Pinardi assevera que as duas macro-hipóteses acima descritas podem também (parcialmente) sobreporem-se (e até confundirem-se), como ocorreria por exemplo no caso em que da paralisia no exercício de uma função pública essencial, provocada pela declaração de inconstitucionalidade da disciplina impugnada, resulte impedimento ao exercício de um direito fundamental (pense-se no bloco da atividade jurisdicional em relação ao direito constitucional de defesa[[304]](#footnote-304)); ou na hipótese em que na sequência do impedimento no funcionamento de um órgão constitucional surjam repercussões graves e até um dano a uma liberdade constitucionalmente garantida, como é esperado, por exemplo, a partir do deficiente funcionamento do órgão parlamentar[[305]](#footnote-305).

**4.1.2. O VÁCUO NORMATIVO PERIGOSO E AS SENTENÇAS ADITIVAS NO CONTEXTO BRASILEIRO**

A partir do referencial normativo brasileiro – estabelecido a partir da competência normativa primária deferida ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição (art. 5o, inciso LXXI *– “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”*), é de cogitar-se que somente quando a primeira das situações indicadas por Pinardi (impedimento para o gozo de direitos constitucionalmente garantidos) se fizer presente, a segunda hipótese (lesões de um princípio que podemos definir como princípio de continuidade – ou integridade – institucional do ordenamento) poderá traduzir verdadeira situação de vácuo normativo perigoso para fins de legitimação da função normativa da Corte constitucional. Dito de outro modo: a primeira das macro-hipóteses acima mencionadas – impedimento para o gozo de direitos constitucionalmente garantidos decorrente de lacuna normativa – autoriza, por si só, a atividade normativa de suplência da Corte constitucional de modo a obviar o estado de inércia do legislador. A segunda das macro-hipóteses – temor de lesão ao princípio da continuidade ou integridade institucional do ordenamento – só autorizará a produção de sentenças aditivas pela Corte constitucional se estiver presente, concomitantemente (ao menos parcialmente), a primeira macro-hipótese (impedimento para o gozo de direitos constitucionalmente garantidos).

Para ilustrar situação na qual está presente apenas a segunda macro-hipótese (lesões de um princípio que podemos definir como princípio de continuidade – ou integridade – institucional do ordenamento) pode-se citar a arguição de descumprimento de preceito fundamental por meio da qual associações de magistrados[[306]](#footnote-306) pedia a imposição, por sentença do Supremo Tribunal Federal, à Presidência da República, no exercício da sua competência de escolha e de nomeação de membros dos Tribunais Superiores e de segunda instância da União, a observância do prazo máximo de 20 (vinte) dias. O quadro traçado pelas associações de magistrados não autorizava, segundo decisão proferida pelo Ministro Teori Zavascki, a produção de sentença normativa pelo Supremo Tribunal Federal:

A despeito, porém, da amplitude dos domínios da ADPF, neles não se comporta a possibilidade de deduzir pretensões que, sob a justificativa de “omissão” ou “demora” ou “atraso” na indicação ou nomeação, busquem obter provimento de caráter tipicamente normativo, consistente em fixar prazo para o exercício da atribuição que a Constituição confere ao Presidente da República de indicar ou nomear membros do Poder Judiciário e, mais ainda, criar consequências sancionatórias para o seu descumprimento (que seria a própria destituição da competência, que passaria a outra autoridade). O atendimento de postulação dessa natureza equivaleria, como se percebe, à introdução, por via pretoriana, de novo preceito constitucional, resultado que sequer seria viável, nesses termos, por acabo de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2o, da CF: “*Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será́ dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”*). (...)

A se considerar que o prazo existe, não haveria razão para fixá-lo por provimento judicial, razão pela qual o objeto nessa postulação ficaria reduzido a fixar a consequência jurídica sancionatória pelo descumprimento do referido prazo. Ora, provimento dessa natureza, repita-se, equivaleria a introduzir na Constituição um preceito normativo que nela não se contem, nem explícita e nem implicitamente. (...)[[307]](#footnote-307)

Em ordem a ilustrar situação reveladora da presença simultânea das duas macro-hipóteses (lesão de um princípio que podemos definir como princípio de continuidade – ou integridade – institucional do ordenamento associada ao impedimento para o gozo de direitos constitucionalmente garantidos), pode-se citar a inconstitucionalidade, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, do modelo de repartição de recursos públicos consubstanciado no Fundo de Participação dos Estados[[308]](#footnote-308). A lesão do princípio da continuidade institucional do ordenamento jurídico produzida pela simples anulação da disciplina legal impugnada acarretaria sérios prejuízos para a população na medida em que se obstaria a regular distribuição de receitas públicas entres os Estados da federação. Daí ter o Supremo Tribunal Federal assumido competência normativa traduzida na produção de norma transitória regulamentadora do dispositivo constitucional, de modo a permitir a criação pelo Congresso Nacional da regulamentação definitiva sem que um vácuo normativo indesejável fosse estabelecido.

**4.1.3. AS ESTRATÉGIAS ADOTADAS PELA CORTE CONSTITUCIONAL PARA SUPERAR O PROBLEMA CONCERNENTE AO VÁCUO NORMATIVO PERIGOSO**

A pesquisa empreendida por Pinardi revela, nesse contexto, que a diversificação das técnicas decisórias na experiência italiana corresponde exatamente à tentativa de superação do problema do vácuo normativo perigoso. Uma das estratégias adotadas para reduzir os efeitos jurídicos negativos decorrentes de decisões de acolhimento com perfil demolitório, assinala Pinardi, consiste nos pronunciamentos do Presidente da Corte, classificados em três tipos básicos: (i) pronunciamentos sobre os problemas decorrentes da ausência de produção legislativa na sequencia do pronunciamento da Corte[[309]](#footnote-309); (ii) pronunciamentos para explicar ou defender uma específica técnica decisional adotada para evitar lesões ao princípio da continuidade do ordenamento normativo[[310]](#footnote-310); (iii) pronunciamentos voltados à atuação concernente a singulares decisões da Corte[[311]](#footnote-311).

Outra estratégia utilizada pela Corte constitucional italiana para prevenir perigosas descontinuidades consiste na dilação do tempo processual para consentir aos órgãos legislativos de modificar a disciplina *sub judice* antes que esta seja anulada. Os instrumentos elaborados pelo órgão de justiça constitucional podem ser subdivididos, para fins meramente descritivos, da seguinte forma: (i) mecanismos processuais que visam procrastinar o momento da deliberação judicial; (ii) instrumentos utilizados pela Corte na fase sucessiva a esse momento, com o escopo de retardar a produção dos efeitos do dispositivo da decisão[[312]](#footnote-312).

Além desses instrumentos – de cuja utilização não se tem notícia no Brasil –, Pinardi refere, aproximando-se do foco de atenção do presente estudo, as estratégias decisionais utilizadas pela Corte constitucional para contornar o medo de vácuo normativo. Com efeito, a Corte italiana tem procurador obviar os inconvenientes que derivam de um excessivo impacto demolitório das próprias pronúncias de inconstitucionalidade por meio da utilização de numerosas técnicas decisionais, tanto que a esse respeito afirma-se que *“a estória dos instrumentos decisionais forjados pela Corte pela via jurisprudencial pode ser lida como uma constante tentativa de reduzir ao mínimo os vácuos normativos que se seguem à declaração de inconstitucionalidade”*[[313]](#footnote-313).

As diversas estratégias que a Corte constitucional italiana desenvolveu para contornar o *horror vacui* podem ser assim sintetizadas: (i) em alguns casos a Corte simplesmente decide não decidir, prevenindo, desse modo, a produção de uma lacunas reais; (ii) em outras circunstâncias, a Corte emite pronunciamento sobre o mérito da controvérsia constitucional, mas evita a criação de um vácuo normativo; (iii) em outras hipóteses, a Corte não apenas emite pronunciamento sobre o mérito, mas produz uma lacuna no ordenamento, procurando, todavia, reduzir ao mínimo o impacto demolitório que venha contextualmente a ser produzido pela declaração de inconstitucionalidade.

A primeira das estratégias é comumente traduzida na adoção da pronúncia de inconstitucionalidade acertada mas não declarada, por meio da qual a Corte, embora reconhecendo a ilegitimidade certa e atual da disciplina impugnada, acaba por não anular a normativa examinada, exortando, ao mesmo tempo, os órgãos legislativos a intervir em tempo rápido para adequar a disciplina vigente aos preceitos contidos na Constituição. Com estas decisões a Corte procura obviar o problema do *horror vacui* não por meio da prevenção do impacto da sentença de acolhimento sobre o sistema normativo, mas antes pela prevenção da adoção de uma sentença demolitória. Essa estratégia decisional pode ser traduzida por dois diferentes esquemas argumentativos da Corte: (i) em algumas situações, a Corte, depois de haver assentado a ilegitimidade da disciplina impugnada, emite pronunciamento de inadmissibilidade da questão constitucional, aduzindo a necessidade de não invadir, como meio de superação do vácuo normativo, com uma decisão de natureza manipulativa não respeitosa do limite da *rime obbligate*, a esfera de discricionariedade política que é reservada aos órgãos legislativo; (ii) em outras hipóteses, a Corte, a fim de evitar a produção de lesões a cargo do princípio da continuidade do ordenamento, degrada a lei impugnada da condição de disciplina estável à condição de disciplina meramente provisória daquele determinado âmbito material[[314]](#footnote-314).

Uma segunda estratégia – emissão de pronunciamento sobre o mérito da controvérsia constitucional que não produz lacunas normativas – é encampada pela Corte a partir do seguinte arsenal decisional: (i) decisões interpretativas tomadas em respeito à exigência de remover fatores de inconstitucionalidade sem com isso criar vácuos normativos. Esse modelo de decisão – que dialoga intensamente com a exigência de conservação do texto polissêmico em detrimento da opção de acolhimento simples – possibilita a profunda alteração do significado normativo de uma certa disciplina, sem, porém, apostar na sua formal eliminação, o que se mostrou extremamente vantajoso para a Corte, especialmente pela desnecessidade de diálogo com o legislador. (ii) sentenças manipulativas, por meio das quais a Corte não se limita a anular a disciplina *sub iudice*, mas promove a modificação do texto normativo com o escopo de torná-lo conforme os preceitos constitucionais. Isto dá-se, em extrema síntese*, “ou mediante a individuação e adição de uma específica previsão normativa cuja falta, no pensamento do juiz constitucional, torna inconstitucional a disposição impugnada (sentença do tipo aditiva); ou mediante a substituição de uma norma tida por ilegítima por uma outra conforme a Constituição (sentença do tipo substitutiva)”*[[315]](#footnote-315). A Corte se encarrega, em casos do gênero, não apenas de reconhecer a inconstitucionalidade da norma, mas também de individuar, na parte dispositiva da sua pronúncia, a norma que deverá ser adicionada (ou ocupar o posto) no lugar daquela censurada, tudo com o escopo de evitar a produção do vácuo normativo que se produziria com a adoção de um dispositivo de puro acolhimento. Daí porque tem insistido a doutrina em falar de uma função de suplência que vem a ser exercitada pela Corte constitucional em face da inércia historicamente demonstrada pelos órgãos legislativos no cumprimento da função de dar sequência à pronuncia de inconstitucionalidade[[316]](#footnote-316).

**4.1.4. A EFICÁCIA DAS TÉCNICAS DECISÓRIAS NO CONTEXTO DAS TENTATIVAS DE SUPERAÇÃO DO VÁCUO NORMATIVO PERIGOSO**

Não basta, para o estudo ora proposto, identificar a extensão do problema concernente ao vácuo normativo perigoso (e sua relação com o estado de omissão inconstitucional) e tampouco descrever as estratégias (especialmente aquelas consubstanciadas na diversificação de técnicas decisórias) utilizadas pela Corte constitucional para obviar a inércia do legislador. Interessa, mais de perto, identificar, ainda que sem o objetivo de exaurir a pesquisa, o grau de eficácia do emprego das técnicas decisórias de que se vale o Supremo Tribunal Federal.

Não existem dados estatísticos completos (tampouco oficiais) que forneçam um quadro exaustivo e ao mesmo tempo detalhado a respeito das consequências legislativas obtidas a partir das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses últimos anos. Daí a constrição à cautela na observação. Entretanto, pode-se propor uma análise pontual da resposta legislativa às decisões da nossa Corte constitucional mais especificamente no campo delimitado pela categoria do vácuo normativo perigoso. Para tanto, mostra-se pertinente a adoção da nova chave de leitura proposta por Pinardi – chave esta que permite reclassificar as técnicas de decisão, agrupando-as em categorias homogêneas, as quais resultem significativas não tanto ao escopo de descrever os tipos de intervenção postos a disposição da Corte, quanto principalmente de avaliar, *ex post*, o (diverso) grau de eficácia. Nesta seara, Pinardi propõe que o indicador adequado seja aquele que diz respeito aos diversos sujeitos chamados a dar sequência ao *dictum* da Corte, ou, dito de outro modo, aos diversos interlocutores institucionais aos quais a Corte se reporta na tentativa de contornar o problema do vácuo normativo perigoso. Sob esse ponto de vista, o universo de tipologia decisional descrita anteriormente – *“adoção da pronúncia de inconstitucionalidade acertada mas não declarada”* e *“emissão de pronunciamento sobre o mérito da controvérsia constitucional que não produz lacunas normativas”* – pode ser aqui utilmente subdividido nas seguintes três categorias: (i) decisões com as quais a Corte se reporta, *in primis*, aos juízes comuns; (ii) decisões com as quais a Corte dialoga diretamente com os órgãos legislativos; (iii) decisões com as quais a Corte se reporta a ambos os interlocutores institucionais (juízes comuns e órgãos legislativos)[[317]](#footnote-317).

Na primeira categoria – decisões com as quais a Corte se reporta, num primeiro plano, aos juízes comuns –, Pinardi enquadra decisões de natureza interpretativa, decisões manipulativas e sentenças de inconstitucionalidade diferida[[318]](#footnote-318). Com as primeiras – interpretativas –, a Corte conclama os juízes a aplicar a disciplina normativa segundo a leitura fornecida pela ela. A adoção de sentenças de natureza manipulativas representa o caso mais claro de suplência do legislador por parte do juiz constitucional. Nesta hipótese, em particular, a Corte providencia diretamente à modificação da disciplina impugnada para torná-la conforme o parâmetro de controle. Pinardi ressalta que o funcionamento do mecanismo baseia-se, em última análise, na promessa de que os juízes comuns dão plena e difusa aplicação à normativa criada pela sentença da Corte como se a mesma fosse fruto de uma intervenção dos órgãos legislativos.

Na segunda categoria – decisões com as quais a Corte dialoga diretamente com os órgãos legislativos – entram as categorias de técnicas de decisão as pronúncias de inconstitucionalidade acertada mas não declarada[[319]](#footnote-319), os monitos[[320]](#footnote-320) contidos nas sentenças de acolhimento e aquelas particulares espécies de decisão aditivas de princípio[[321]](#footnote-321).

Na terceira categoria – decisões com as quais a Corte se reporta a ambos os interlocutores institucionais (juízes comuns e órgãos legislativos) –, na tentativa de evitar que na sequência do acolhimento se produza uma perigosa descontinuidade, requer a direta e necessária colaboração dos juízes e dos órgãos legislativos. O instrumento utilizado pela Corte se coloca entre as duas categorias antes citadas. O principal exemplo desse modelo de decisão pode ser encontrado na sentença aditiva de princípio em sentido estrito[[322]](#footnote-322). Sob um prima mais imediato, a Corte solicita aos juízes comuns a colaboração no sentido de recompor os significados mais específicos de um princípio geral que vem enunciado na sentença (princípio cujo conteúdo *a rime obbligate* pode ser identificado pela Corte). O juiz comum, na falta da intervenção legislativa, também requerida pela Corte na mesma sentença, individua uma norma a partir do cânone hermenêutico fornecido pela sentença aditiva de princípio, num processo de progressiva especificação e concretização do princípio geral[[323]](#footnote-323).

A partir dessas categorias, Pinardi observa, a partir da experiência italiana, que a Corte tem obtido uma colaboração substancialmente maior dos juízes quando comparada com os órgãos legislativos. A prática tem demonstrado uma evidente insensibilidade do Parlamento aos problemas postos pelas decisões da Corte. Com efeito, a observação dos resultados das decisões proferidas pela Corte italiana, sugere que as poucas respostas do legislador mostram-se fragmentadas e casuais.

No Brasil, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade teve pouca utilização na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, talvez porque a disciplina legislativa, nessa hipótese, continua vigente, a despeito do apelo para sua modificação contido na decisão, contexto no qual provavelmente o legislador – tradicionalmente pouco atento às decisões do Tribunal – não se sente pressionado a promover as alterações legislativas necessárias. O receio da produção do vácuo normativo indesejável – fundamento último da utilização da técnica da inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade – produz um efeito dúplice: (i) a manutenção da vigência da disciplina inconstitucional; e (ii) a diminuição da carga obrigacional dirigida ao legislador para a realização das modificações necessárias na disciplina normativa considerada inconstitucional.

Pode-se também citar, no Brasil, a escassa eficácia persuasiva dos monitos ao legislador. O Supremo Tribunal Federal fixou prazo de 60 dias para fosse ultimado o processo legislativo de regulamentação do parágrafo 3o do artigo 8o do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias[[324]](#footnote-324). O Congresso Nacional não observou a recomendação do Tribunal, conduzindo-o a qualificar a norma constitucional como de eficácia plena, a despeito da falta de regulamentação[[325]](#footnote-325). Há muitos exemplos de não acolhimento pelo Congresso e pelo Presidente da República dos apelos feitos pelo Supremo Tribunal Federal: (i) não elaboração de lei de revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos federais recomendada pelo Supremo Tribunal Federal[[326]](#footnote-326); (ii) não edição de lei complementar regulamentando o direito de greve pelos servidores públicos, a despeito do apelo formulado pelo Supremo Tribunal Federal[[327]](#footnote-327); não criação de regulamentação do artigo 18, § 4º, da Constituição, que versa a criação de novos Municípios, em desrespeito à ordem de legislar expedida em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade[[328]](#footnote-328).

Confirma-se, nesse campo, a impressão de um legislador evidentemente pouco atento às solicitações que lhe dirige a Corte constitucional. Deve-se ponderar, nesse contexto, a relevância a ser debitada à falta de canais institucionais por meio dos quais os membros do Parlamento possam conhecer as pronúncias da Corte constitucional. Aqui parece residir uma deficiência na relação formal existente entre a Corte e o Parlamento[[329]](#footnote-329). A mesma deficiência pode ser verificada entre a Corte e o Governo, considerando, inclusive, que considerável parte das omissões legislativas começam pela inércia do Executivo em iniciar o processo legislativo[[330]](#footnote-330). Para contornar esse problema e melhorar o diálogo entre Corte constitucional e Parlamento parece ser necessário criar canais institucionais melhor adaptados à recepção pelo Congresso nacional dos sinais emitidos pelo STF[[331]](#footnote-331). Pinardi, a esse respeito, alerta ainda para a ausência de uma aposta no convite político de colaboração. Em raras ocasiões o Parlamento percebe o convite da Corte de forma política, e não meramente jurídica[[332]](#footnote-332). É parca a aposta, entre nós, no convite político dirigido pelo Supremo Tribunal Federal ao Congresso Nacional ou ao Presidente da República.

Não de pode desprezar, ainda, a dificuldade intrínseca à formulação de uma resposta legislativa ao vácuo normativo considerada a necessidade de formação de consensos políticos. Esse contexto, ademais, parece favorecer, na prática, o exercício de um papel de suplência pela Corte. A utilização excessiva dessa posição de suplência, entretanto, pode engendrar verdadeira situação de patologia constitucional:

Le ragioni che hanno fatto sviluppare il fenomeno delle sentenze normative della Corte si potrebbero forse cercare in quella che si presente come l’ideologia dell’immobilismo, cioè la precostituita volontà di evitare il più possibile scelte politiche che tutelino chiaramente certi interessi a discapito di altri. In un sistema politico in cui i gruppi dirigenti fondano la perpetuazione del loto potere su un precario equilibrio di divergenti e spesso opposti interessi corporativi è quasi inevitabile che gli organi costituzionali politici attuino una continua <fuga> dalla responsabilità, che consiste nel non assumere posizioni decise e quindi capaci di scatenare opposte reazioni di gruppi corporativi confliggenti, dei quali si ricerca il consenso con mediazioni puramente verbali tra interesse concretamente contrapposti. I governanti tentano, in questa situazione, di far ricorso, quanto più possibile, a fonti <oracolari>, che creano le norme sulla base di altre norme sovrastanti, indiscutibili e già in vigore, come le norme costituzionali, senza dovere adottare decisioni politiche di cui si porta per intero la responsabilità. La norma nuova introdotta dalla Corte non ha le stesse potenzialità di scissione sociale che avrebbe se fosse emanata dal Parlamento. Avviene così che *una scelta politica nuova viene presentata come inevitabile conseguenza di una direttiva costituzionale*.[[333]](#footnote-333)

A maior utilização da técnica decisória consistente em modular os efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade sugere a estabilização no âmbito da Corte de uma percepção de que a superação de vácuos normativos pelo Congresso Nacional, quando realizada, depende de um grande lapso temporal[[334]](#footnote-334). Não parece demasiado assinalar que os âmbitos da maior colaboração do Parlamento com a Corte tem ocorrido em temas de maior relevância política – senão mesmo eleitoral[[335]](#footnote-335) –, o que põe em dúvida, em certo sentido, a relevância da técnica decisória adotada pela Corte para a obtenção de uma resposta do legislador.

O fato é que no Brasil, como em outros quadrantes, a ampliação da tipologia das decisões no controle de constitucionalidade – chegando até as soluções aditivas –, *“parece inspirada especialmente pela exigência de não produzir vácuos no ordenamento jurídico, acrescida e dramatizada pela efetiva inércia do legislador, o qual realmente, a mais das vezes, tem não só tolerado, mas também favorecido a obra de suplência da Corte”*[[336]](#footnote-336). A impressão de um legislador pouco atento às solicitações dirigidas pela Corte foi um dos fatores catalizadores da assunção pelo Supremo Tribunal Federal de uma função normativa. No caso brasileiro, a falta de resposta aos apelos dirigidos ao legislador foi considerada importante elemento legitimador da atividade de criação de normas jurídicas pelo Supremo Tribunal Federal.

Depois de uma série de precedentes declarando a mora do legislador em definir as possibilidades e condições para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis[[337]](#footnote-337), e considerando a insistência da inércia do legislador, o Supremo Tribunal Federal resolveu adotar uma solução normativa de modo a regulamentar o direito constitucional cuja eficácia estava interditada pela mora legislativa[[338]](#footnote-338). O direito à percepção de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço teve sua eficácia garantida por meio de sentença normativa do Supremo Tribunal Federal[[339]](#footnote-339) mais de duas décadas depois do primeiro reconhecimento da mora legislativa no setor específico[[340]](#footnote-340).

A pouca atenção do legislador aos monitos incentivou a Corte constitucional italiana a incrementar o uso da técnica da sentença aditiva de princípio. Por meio da adoção desse tipo de decisão, a Corte pretende assegurar a discricionariedade legislativa e ao mesmo tempo contornar as graves consequências advindas da inércia do legislador. Com efeito, a Corte, por meio desse tipo de pronúncia, exprime a declaração de ilegitimidade constitucional de uma omissão legislativa – consistente na ausência de previsão, da parte da norma de lei reguladora de uma direito constitucionalmente garantido, de um mecanismo idôneo a assegurar a efetividade deste – que deixa ao legislador a competência de introduzir a disciplina faltante, mas, ao mesmo tempo, prescreve um princípio com o qual o juiz comum é habilitado a fazer referência para superar a omissão inconstitucional pela via da individualização da regra nos casos concretos[[341]](#footnote-341).

No Brasil, a necessidade de adotar soluções normativas para superar omissões inconstitucionais – especialmente considerando a persistência de uma postura de pouca deferência do legislador aos apelos que lhe dirige o Supremo Tribunal Federal – pode encontrar importante mecanismos decisório nas sentenças aditivas de princípio. Por meio dessas sentenças a Corte constitucional estabelece uma orientação tanto para o legislador – na necessária atividade normativa a ser desenvolvida para superar o estado de omissão – como para os juízes ordinários – para que estes, enquanto aguardam a intervenção legislativa, encontrem, a partir do referencial ofertado pela sentença constitucional, a solução para as controvérsias que lhes forem submetidas. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento não concluído, inclina-se pela edição de sentença aditiva de princípio. A proposta do Ministro Luiz Fux, que conta com adesão da maioria dos juízes do Tribunal, ao reconhecer a inconstitucionalidade da regra que impõe limite de até dez por cento dos rendimentos do ano anterior à eleição para doações de pessoas físicas, autorizou o Tribunal Superior Eleitoral a editar regulamentação provisória sobre o tema, respeitando a diretrize segundo a qual a criação de um limite para doação por pessoa natural seja uniforme e fixada em patamares que não comprometam a igualdade de oportunidades entre os candidatos[[342]](#footnote-342).

**CAPÍTULO 5: CORTES CONSTITUCIONAIS COMO LEGISLADORES POSITIVOS**

Como produto dos trabalhos de pesquisa realizados no Congresso Internacional de Direito Comparado em Washington, D.C., em julho de 2010, Brewer-Carías, depois de analisar o papel das Cortes constitucionais como legisladores positivos no direito comparado chegou às seguintes conclusões: (i) não há mais uma distinção relevante entre os dois grandes modelos de controle de constitucionalidade (americano e europeu-continental)[[343]](#footnote-343); (ii) o claro e simples sistema concentrado de controle de constitucionalidade, baseado no binômio inconstitucionalidade-invalidade, ou inconstitucionalidade-nulidade, exercido pela Corte constitucional como legislador negativo, tornou-se atualmente dificilmente defensável[[344]](#footnote-344).

Como tendência geral registrada no estudo de direito constitucional comparado, a assunção pelas Cortes constitucionais nos mais diversos quadrantes de funções tipicamente normativas sugere a possibilidade de aprendizado recíproco por meio do intercâmbio de experiências jurisprudenciais. A rica construção jurisprudencial italiana a respeito do tema concernente às sentenças de perfil aditivo torna a Corte constitucional daquele país uma referência natural para os sistemas que vieram a desenvolver nos últimos anos esquemas decisórios aptos a dar vazão à função de legislador positivo[[345]](#footnote-345). O Supremo Tribunal Federal tem recorrido expressamente à jurisprudência da Corte italiana para o desenvolvimento da técnica decisória aditiva entre nós[[346]](#footnote-346).

**5.1. DIÁLOGO ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS**

O constitucionalismo do segundo pós-guerra ofereceu uma verdadeira eclosão de institutos e órgãos de controle de constitucionalidade[[347]](#footnote-347), marcada fortemente por uma elevação da sensibilidade dos Tribunais constitucionais em ordem a tornar mais eficaz a salvaguarda dos direitos, o que propiciou, na dicção de Capelletti, o surgimento de uma “jurisdição constitucional da liberdade”[[348]](#footnote-348). Para Fernandez Segado, parece correta a ideia de que a justiça constitucional é filha da cultura do constitucionalismo, isto é, de uma concepção de democracia que em quanto sustentada em um conjunto de valores sociais presididos pela ideia e o valor de liberdade[[349]](#footnote-349).

Assiste-se atualmente a um contínuo processo de importação de soluções para problemas comuns, discutidos em diversas instâncias nacionais, internacionais e supranacionais[[350]](#footnote-350). Marcelo Varella alerta, nesse contexto, para o fato de que *“os diferentes atores estatais sentem-se como parte de um processo de discussão comum e se convencem sobre determinadas soluções ou, então, se sentem obrigados a cumprir o direito internacional – mesmo que não integrem eventuais tratados – por considerarem como a melhor solução a ser tomada para um problema concreto”[[351]](#footnote-351)*. Além da influência exercida por normas internacionais não-obrigatórias e também com normas de organizações que o Estado sequer integra – em razão da força persuasiva que estas manifestam no contexto discursivo interno –, Marcelo Varella menciona outros processos de influência, construídos a partir da força argumentativa que a proteção de determinados valores (em conflito no próprio Estado) exerce no debate levado a efeito pelos atores nacionais: *“[u]ma decisão internacional serve como contrapeso a um debate interno, reforçando um dos lados, invertendo o jogo de forças políticas nacionais”[[352]](#footnote-352)*. A recente experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal tem demonstrado que a maior parte das citações da experiência estrangeira não se constitui como

um processo democrático, multilateral ou sempre presente nos diferentes países, mesmo nos países que mais influenciam o mundo. Escolher respeitar ou citar tribunais é em si uma atividade seletiva, de exclusão. Ao eleger um tribunal ou forma de pensar o direito, como fonte de inspiração para o caso concreto nacional, excluem-se outras opções possíveis. Os critérios de seleção vêm em geral da busca de legitimidade para decisões já tomadas, ou seja, da simples busca de fontes estrangeiras que confirmem a decisão anterior; do país de origem da formação acadêmica do magistrado; do prestígio e da circulação de ideias em determinados países onde o tema é mais desenvolvido; da consolidação de posições estrangeiras majoritárias com a real percepção de uma comunidade global de juízes; ou da simples influência política de nações mais fortes sobre nações periféricas.[[353]](#footnote-353)

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento asseveram que atualmente *“há uma positiva troca de experiências, conceitos e teorias entre cortes nacionais e internacionais, com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as instâncias envolvidas nesse diálogo”[[354]](#footnote-354)*. Referem, ainda, ao fato de que se ampliou *“a possibilidade real de integração não apenas econômica ou política entre os países e organizações internacionais, mas também discursiva: não só a normativa internacional, como também os argumentos empregados pelas cortes constitucionais e internacionais passam a ser cada vez mais considerados nas decisões adotadas na esfera interna em matéria constitucional”[[355]](#footnote-355)*. É perceptível a tentativa de juízes constitucionais, inclusive no Brasil, de integrar uma espécie de uma “*comunidade informal de juízes, por meio do intercâmbio de formas de pensar o direito, da aplicação do direito internacional em cortes nacionais, da aplicação de decisões com efeitos extraterritoriais”[[356]](#footnote-356)*. Varella afirma, a propósito, que

[n]um primeiro momento, o diálogo entre juízes permite conhecer o direito do outro, diminuir distâncias, eventualmente contribui para a criação de uma gramática jurídica comum. Neste caso, reforça-se o processo da construção de um direito mundial pluralista, onde se conhece o outro, ainda que se mantenha a diferença. Em um segundo estágio, aproxima os direitos nacionais, gerando interpretações comuns, embora fundadas em normas nacionais diferentes. Em um segundo momento, caso realmente exista a fertilização cruzada, os juízes funcionariam como pontes de eliminação de antagonismos entre diferentes subsistemas jurídicos, eliminando aparentes conflitos entre normas e jurisdições.[[357]](#footnote-357)

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento denominam essa tendência crescente e positiva de invocação do direito comparado na interpretação constitucional de *princípio do cosmopolitismo*. A tensão entre constitucionalismo e democracia revela um dos seus aspectos mais importantes no âmbito da construção de propostas tendentes a circunscrever a função normativa das Cortes constitucionais. Brewer-Carías recorda, a propósito, que

[i]n almost all democratic countries, a convergence of principles anda solutions on matters of judicial review has progressively occurred[[358]](#footnote-358), to the point that nowadays it is possible to say that there are no means or solutions that apply exclusively in one or another system[[359]](#footnote-359).

Nesse contexto, o diálogo entre juízes nacionais e a jurisprudência das Cortes Constitucionais de outros países constitui uma decorrência da disposição para a aprendizagem recíproca, mediante a formação de uma rede transversal construtiva[[360]](#footnote-360), ou seja, o transconstitucionalismo[[361]](#footnote-361). O campo de pesquisa adotado neste trabalho sugere a conveniência da abertura a uma postura cosmopolita por três razões principais: (i) o tema concernente à função normativa das Cortes constitucionais está estreitamente relacionado, tanto aqui como em outros quadrantes (Itália, por exemplo), ao problema da efetividade dos direitos fundamentais; (ii) os direitos fundamentais representam o mais fiel exemplo da busca pela construção de valores comuns, especialmente no período que sucedeu a 2a Guerra Mundial, marcado por tentativas de universalização de direitos básicos do homem[[362]](#footnote-362); (iii) a concretização de direitos fundamentais pela via da criação judicial de normas jurídicas suscita questionamentos do ponto de vista democrático, preocupação também fortemente mundializada.

**5.2. AS SENTENÇAS ADITIVAS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL DA ITÁLIA**

O excepcional desenvolvimento de técnicas decisórias na Itália derivou de uma gradual e contínua evolução jurisprudencial, sendo possível afirmar, em linhas gerais, que cada técnica decisória representou um aperfeiçoamento daquela precedente. A referência à intensa produção jurisprudencial da Corte constitucional italiana não tenciona realizar uma resenha completa de todas as técnicas decisórias, mas apenas apresentar as principais inovações quanto ao tema, de modo a permitir, de um lado, a compreensão da experiência brasileira – explicitamente inspirada pela italiana –, e de outro, a identificação de tendências de modificação dos modelos decisórios de perfil normativo a partir do exercício de comparação jurídica.

A primeira *“mutação genética”* no modelo decisório no contexto do controle de constitucionalidade italiano ocorreu por meio do desenvolvimento das sentenças interpretativas, por meio das quais a Corte expurga sentidos inconstitucionais de textos normativos que permanecem vigentes. A partir da clássica e fundamental dissociação teórica entre disposição e norma, firmou-se na jurisprudência da Corte constitucional italiana um vínculo fraco, do tipo negativo-residual, em relação ao juiz ordinário, obrigado a não insistir na interpretação descartada pela jurisdição constitucional, mas livre para seguir qualquer outra[[363]](#footnote-363). A Corte preferiu essa solução – de liberar a magistratura ordinária para a realização de qualquer interpretação diversa daquela considerada inconstitucional – para compatibilizar o exercício da jurisdição constitucional com as competências do juiz comum. O único modo de impor à magistratura uma decisão interpretativa da jurisdição constitucional foi, desde o início da atividade da Corte, a declaração de inconstitucionalidade da norma.

A distinção entre disposição e norma, criada como apoio teórico para legitimação *ex post* das sentenças interpretativas, ofereceu as condições para as sucessivas evoluções das técnicas decisórias na Itália, justificadas com novos argumentos, os quais, a seu turno, possibilitaram ulteriores progressos, segundo um *efeito dominó* não previsto pelo Constituinte[[364]](#footnote-364). Essa concatenação é particularmente evidente na passagem das sentenças interpretativas para as sentenças manipulativas, que incidem sobre textos e/ou seus significados, alterando-lhes o conteúdo (tolhendo, adicionando ou substituindo qualquer coisa). Panzera recorda como prenúncio do surgimento de decisões manipulativas o pronunciamento do Presidente da Corte constitucional italiana em seu segundo ano de funcionamento segundo o qual seria *“grave eliminar uma norma de lei vigente sem ter o poder para substituí-la ou adaptar a norma residual que com aquele tinha conexão”[[365]](#footnote-365)*. Uma quadra marcada pela persistência de uma legislação autoritária em um novo ambiente constitucional incitava a preocupação com a mera anulação das leis vigentes – que poderia criar perigosos vácuos normativos –, especialmente considerada a grave inércia de que padecia o Parlamento àquela altura.

O dualismo conceitual *disposição-norma* tornou possível à Corte adquirir aqueles poderes de que no início lamentava a ausência, chegando ao ponto de permitir o controle da lei não apenas por aquilo que essa prevê, mas também por aquilo se omite de prever. Surge de forma concreta, nesse contexto, o problema concernente à possibilidade da Corte intervir sobre disposições que resultam viciadas não por excesso (a ser tolhido por sentenças caducatórias ou interpretativas), mas por insuficiência (a ser superada com adição de normas jurídicas)[[366]](#footnote-366). Passa a ser perceptível, a essa altura, que o juiz constitucional, para além de agir como legislador negativo, desenvolveria também uma função integrativa do ordenamento jurídico – criando normas antes inexistentes[[367]](#footnote-367). Na jurisprudência, começam a aparecer dispositivos aditivos, ora sob a forma de ilegitimidade de uma exclusão (explícita ou, a mais das vezes, implícita no texto), ora na fórmula de ilegitimidade “na parte em que não” (prevê, consente, dispõe, estabelece, etc.)[[368]](#footnote-368). Como desdobramento das sentenças aditivas, surgem, na sequência, àquelas substitutivas, que repetem o mesmo esquema decisório com uma pequena variação verbal (ilegitimidade na parte em que prevê algo em vez daquilo que deveria prever)[[369]](#footnote-369).

No início da década de 70 do século passado, a discussão acerca dos remédios processuais para superação da omissão inconstitucional do legislador torna-se central na jurisprudência da Corte constitucional italiana, pondo-se de modo particular a questão concernente à admissibilidade do poder normativo desenvolvido pela justiça constitucional. Panzera enfatiza que as sentenças aditivas e substitutivas afastam abertamente a ideia de que a criação de normas gerais e abstratas competem apenas ao legislador, exaltando, ao contrário, a tendência de que as técnicas decisórias desempenhem típica função de heterointegração do ordenamento jurídico[[370]](#footnote-370). A expressiva evolução das técnicas decisórias representada pela passagem das sentenças interpretativas para as manipulativas – notadamente as aditivas e substitutivas – mantém inalterada o escopo consistente em promover a constante adequação da legislação ordinária à Constituição. Assim como a dissociação das categorias disposição e norma deram conforto teórico às sentenças interpretativas, a sofisticada doutrina da legislação *a rime obbligate* ofereceu cobertura teórica à manipulação aditiva: “*tratando-se de introduzir no texto de lei a norma constitucionalmente obrigatória, a única possível, a decisão da Corte não invadiria o campo reservado à escolha da política e se imporia por força própria aos juízes”[[371]](#footnote-371)*. A jurisprudência da Corte constitucional nas décadas de 80 e 90 do século passado recusou sistematicamente a realização de intervenções aditivas quando a solução normativa faltante não se apresentava constitucionalmente obrigatória, mas, ao contrário, fosse possível identificar uma pluralidade de legítimas opções entre as quais competiria ao legislador escolher[[372]](#footnote-372).

A doutrina *rime obbligate* expõe um ponto de máxima tensão entre efetividade da jurisdição constitucional e o respeito à competência do legislador: a inadmissibilidade da questão constitucional em razão da existência de plúrimas soluções normativas capazes de obviar o estado de omissão inconstitucional conduz, na dicção de Panzera, a uma substancial *“confissão de impotência”*, notadamente quando acompanhada do reconhecimento explícito da inconstitucionalidade da disciplina normativa examinada[[373]](#footnote-373). Esse impasse funcionou como propulsor de uma primeira importante transformação da técnica aditiva de decisão constitucional, pois a Corte constitucional foi constrangida a desenvolver um modelo decisional capaz de equilibrar a necessidade de superação do estado de omissão inconstitucional com respeito à discricionariedade legislativa. O novo tipo de decisão aditiva (sentença aditiva de princípio) censura a falta na disciplina legislativa não de uma específica regra (considerada a pluralidade de soluções possíveis), mas sim de um princípio geral em torno do qual a normativa deve ser ulteriormente desenvolvida. Em 1987, a Corte constitucional, ao suprir omissão estatal consistente na falta de disciplina normativa que assegurasse o direito de pessoas portadoras de deficiência a frequentar o sistema público de ensino médio superior, estabeleceu a obrigatoriedade do ensino, deixando ao legislador e ao administrador a competência para estabelecer as normas específicas garantidoras do direito à educação[[374]](#footnote-374). A sentença aditiva de princípio representou um avanço significativo da capacidade de intervenção do juiz constitucional também sob o ponto de vista prático: ao mesmo tempo que oferece uma resposta incompleta sob o prisma da criação normativa – permitindo ao legislador uma sucessiva e importante fase concretizadora –, permite aos juízes ordinários resolver os casos particulares com base na aplicação do princípio geral informado pela sentença constitucional.

O aperfeiçoamento das decisões aditivas de princípio representou, na Itália, importante arsenal metodológico para sindicar a inconstitucionalidade decorrente do excesso de rigidez normativa. A imposição de regras uniformes para situações jurídicas extremamente diversas pode produzir acoimar a disposição legal do vício de inconstitucionalidade. Daí ter surgido na jurisprudência constitucional italiana a sentença aditiva de princípio por déficit de flexibilidade[[375]](#footnote-375). A partir desse instrumental decisório, por exemplo, a Corte constitucional italiana passou a transformar presunções absolutas em relativas e incorporar exceções inexistentes na disciplina legal. No campo penal, é farta a jurisprudência italiana na imposição, por via de decisões aditivas de princípio, de exceções à regras penais desprovidas de flexibilidade[[376]](#footnote-376).

Depois de uma frutífera experiência com a produção de sentenças aditivas de princípio, a Corte constitucional italiana passou a realizar uma importante mescla de técnicas decisórias para chegar à sentença aditiva *plúrime* (ou de princípio com regra). O modelo decisório tem espaço em casos excepcionais nos quais a Corte introduz, ao lado de um princípio não auto-aplicativo, uma das suas possíveis especificações – portanto uma regra – que valerá transitoriamente e de forma subsidiária (porque cederá à futura regulamentação legislativa). Essa técnica rompe com uma tradicional lógica de funcionamento das sentenças aditivas, pois, mesmo na reconhecida falta de solução a *rime obbligate*, a Corte supre diretamente a lacuna jurídica indesejável por meio da adição de uma regra concretizadora do princípio indicado ao legislador como vetor material da norma a ser futuramente produzida. Dessa forma, a Corte constitucional, de um lado, indica o princípio não auto-aplicativo que dever guiar o legislador na disciplina da matéria; e de outro, oferece desde logo uma das soluções compatíveis com aquele princípio, tolhendo o impacto jurídico que decorreria da ausência de disciplina normativa autoaplicativa. A doutrina, atenta ao risco de subversão do princípio da preferência do legislador, acentua as seguintes advertências quanto ao uso da técnica decisória: (i) a excepcionalidade do contexto, ou seja, o risco de uma lesão grave e irreparável a uma norma constitucional; e (ii) o caractere subsidiário e transitório da regulamentação de detalhamento, válida apenas até que sobrevenha a intervenção reparadora do legislador[[377]](#footnote-377).

A compreensão das principais tipologias decisórias criadas pela jurisprudência constitucional italiana constitui passo importante para a identificação de uma recente experiência de fungibilidade entre as técnicas decisórias. Panzera afirma que existe atualmente um fenômeno de avizinhamento entre os vários tipos de decisão, que pode chegar mesmo ao limite da “intercambialidade” e, em todo caso, constitui um fator de relativização do tradicional esquema classificatório[[378]](#footnote-378). Daí falar o autor em fatores (ou *standards*) que determinam a escolha da técnica decisória. O emprego de diversas tipologias de sentenças para alcançar um mesmo objetivo indica que não existe uma regra gral e imutável de aplicação em qualquer hipótese, mas sim vários *standards* operativos, sempre derrogáveis, que dependem de fatores normativos (*rime obbligate*, direito vivente, lacuna não superável pela via interpretativa) e da conduta dos demais poderes (inércia legislativa, resistência dos juízes)[[379]](#footnote-379).

O momento atual da doutrina italiana a propósito do tema, fortemente marcado pelo estágio de desenvolvimento das técnicas decisórias na jurisdição constitucional daquele país, destina maior atenção ao fenômeno, até então sobrevalorizado, de combinação de técnicas decisórias. Trata-se, segundo Panzera, do emprego combinado, pela Corte constitucional italiana, de mais de uma técnica decisória na solução da mesma questão constitucional. Em princípio, apresentam-se como viáveis as seguintes combinações: (i) redutiva e substitutiva; (ii) redutiva e aditiva; (iii) aditiva e substitutiva; (iv) redutiva, aditiva e substitutiva; (v) modulação de efeitos temporais no passo e no futuro.

Se é verdade que a atividade de “classificação pela classificação” não se mostra produtivo, não se pode perder de vista que as classificações das técnicas decisórias no controle de constitucionalidade podem servir como meio de estudo baseado em um profícuo esforço teórico de racionalização da experiência jurisprudencial. A resenha da história da criação e desenvolvimento de técnicas decisórias na Itália tem o potencial de aumentar a consciência do jurista brasileiro quanto às possibilidades de superação da omissão inconstitucional por meio da atividade judicial normativa. Uma breve comparação entre as experiências brasileira e italiana é capaz de demonstrar as potencialidades metodológicas que os modelos decisórios de origem italiana oferecem para o processo constitucional brasileiro.

A falta de efeito vinculante das decisões de rejeição da arguição de inconstitucionalidade na Itália tem como fundamento político-institucional a impossibilidade de constranger os juízes ordinários a interpretar a norma exatamente da mesma forma como interpretada pela Corte constitucional. A jurisdição constitucional italiana desenvolveu-se numa sorte de frutífera competição com a Corte de Cassação e com os juízes ordinários, o que conduziu a justiça constitucional daquele país a afirmar a vinculação obrigatória das instâncias inferiores apenas aos juízos de inconstitucionalidade emanados pela Corte constitucional. No Brasil, não apenas a improcedência das ações diretas de controle constitucional possui eficácia vinculante, mas também a técnica de interpretação conforme tem sido utilizada para fixar, desde logo, a única interpretação possível da disposição legal capaz de conforma-la à Constituição[[380]](#footnote-380). Atualmente, portanto, quando o magistrado brasileiro atribui à norma sobre a qual incidiu intepretação conforme em juízo de controle de constitucionalidade abstrato uma interpretação diversa – ainda que possível diante das possibilidades gramaticais do texto interpretado –, incorre-se em violação à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal. A técnica decisória da intepretação conforme, entre nós, implica grave restrição à função interpretativa do juiz ordinário. Em matéria de controle de constitucionalidade deve o intérprete, em prestígio ao pluralismo democrático e à abertura do processo de interpretação da Constituição[[381]](#footnote-381), limitar-se a invocar os fundamentos que se mostrem estritamente necessários[[382]](#footnote-382) à formação de conclusão segura quanto a (in)constitucionalidade da lei[[383]](#footnote-383). A fixação de um sentido único à norma objeto do controle de constitucionalidade não se compatibiliza com a dinâmica interpretativa das sociedades contemporâneas e interrompe abruptamente a competência constitucional da magistratura ordinária de interpretar continuamente as normas jurídicas em vigor de modo a delas extrair a máxima eficácia constitucional.

O estudo dos novos modelos decisórios na jurisdição constitucional italiana pode contribuir para o aperfeiçoamento do nosso modelo de justiça constitucional. Sem intenção de exaustão, podem-se citar exemplos importantes de como a influência da jurisprudência italiana entre nós pode auxiliar na tomada de decisões mais adequadas no contexto brasileiro. A utilização da técnica denomina sentença aditiva de princípio por déficit de flexibilidade poderia ter sido utilizada pela superar graves situações de inconstitucionalidade enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal: (i) a questão da constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 – *“considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”* –, o qual, por excesso de rigidez na fixação de um requisito financeiro indeclinável, permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente[[384]](#footnote-384); (ii) a questão da constitucionalidade da prisão cautelar obrigatória para determinados crimes[[385]](#footnote-385); (iii) o problema concernente à constitucionalidade da presunção absoluta de violência nos casos de prática de relação sexual com menor de quatorze anos[[386]](#footnote-386); (iv) a questão da constitucionalidade da regra que estabelece a impenhorabilidade absoluta de salários, independente do seu valor[[387]](#footnote-387).

Por outro lado, a combinação de tipologias decisórias para a solução da mesma questão constitucional pode contribuir para a adoção de soluções mais efetivas no controle de constitucionalidade, notadamente das omissões inconstitucionais. A superação do vácuo normativo perigoso – equiparado à omissão inconstitucional – deve prestigiar ao máximo as esferas de competência do legislador e dos juízes ordinários, fazendo do controle de constitucionalidade um efetivo meio de diálogo institucional. Para isso, entretanto, o conteúdo normativo a ser adicionado pela sentença constitucional deve trilhar o caminho da adoção da solução normativa que implique menor restrição possível à prática consequencial a ser realizada pelo legislador e pela magistratura. A proposta de delimitação da competência normativa do Supremo Tribunal Federal traçada neste trabalho tem por objetivo intensificar e qualificar o diálogo colaborativo da Corte com o legislador e com os juízes.

**5.3. FORMULAÇÃO DA DOUTRINA *RIME OBBLIGATE*: UMA TENTATIVA ARGUMENTATIVA DE JUSTIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA PARA EDITAR SENTENÇAS ADITIVAS**

A assunção pela Corte Constitucional de competência para colmatar o ordenamento jurídico de modo a conformá-lo ao paradigma constitucional não se produziria sem resistência, o que demandaria dos defensores da possibilidade de edição de sentenças aditivas constitucionais algum esforço argumentativo para acomodar essa competência no esquema tradicional de separação de poderes então vigente.

A noção de legislação negativa que identificava a jurisdição constitucional na conhecida construção argumentativa de Kelsen (legislador negativo) é caracterizada como insuficiente por Crisafulli, que sustenta, então, que Kelsen não havia previsto a produção de atos com substancia normativa pela Corte Constitucional (revelada pela maior parte das sentenças interpretativas de acolhimento na Itália da segunda metade do século XX). O autor italiano admite que a atividade normativa da Corte fica evidente na medida em que a sentença aditiva ou substitutiva dá vida à norma ou à fragmento de norma cuja presença não era, de início, encontrada no ordenamento. Assumir que a jurisdição constitucional poderia implicar o exercício de função tipicamente normativa, considerado o grande potencial atrativo exercido pelo dogma do legislador negativo, não era de pouca relevância.

O argumento legitimador dessa competência normativa da Corte Constitucional não poderia bastar-se na afirmação de que Kelsen não previra essa forma de atuação da jurisdição constitucional. Daí porque prossegue Crisafulli na tentativa de formular uma distinção entre função legislativa e função normativa, com base na qual fundará a teoria legitimadora das sentenças de perfil aditivo na jurisdição constitucional: mesmo na hipótese em que a Corte exercita função normativa de suplência[[388]](#footnote-388), não cria livremente (como faria o legislador) a norma, mas se limita a individuar aquela – já implicada no sistema, e talvez extraível da própria disposição constitucional da qual fez aplicação – mediante a qual preenche imediatamente a lacuna que de outro modo restaria aberta na disciplina da matéria, assim conferindo à pronúncia adotada capacidade autoaplicativa. E conclui afirmando que a função normativa exercida pela Corte constitui *“uma legislação, se assim se quer dizer (mas descritivamente) a rime obbligate, por isso que, por isso só, verdadeira legislação não é”*. A base do argumento, portanto, está em que a função legislativa consiste em criação normativa discricionária ao passo que a função desempenhada pela jurisdição constitucional revelaria, quando muito, função normativa vinculada (e, portanto, não legislativa).

A Corte constitucional italiana, por meio da sentença n. 140 de 1981, por exemplo, recusou-se a criar norma jurídica para superar a omissão legislativa consistente em prever de forma exaustiva as espécies de doença que garantiriam ao trabalhador o direito à pensão sob o argumento de que a escolha do sistema legal por meio do qual se identificaria o direito à pensão constituiria uma escolha política, que seria operada sobre uma base de dados oficiais, fornecidos pela medicina do trabalho, estatística, economia, do confronto da experiência nacional com a estrangeira, etc. E, portanto, seria evidente que somente o poder político disporia de tais dados e por esse motivo pode adotar com plena consciência das consequências que da sua ponderada opção em um ou outro sentido possam reverberar sobre todos os planos[[389]](#footnote-389). A justificação jurídica para o reconhecimento da competência para editar sentenças aditivas permanece vinculada à formulação de Crisafulli de que a norma produzida pela Corte seria uma espécie de legislação positiva não livre, mas *a rime obbligate[[390]](#footnote-390)*.

O problema acerca da admissibilidade da sentença aditiva na jurisdição constitucional passou a ser discutida na doutrina italiana a partir da formulação inicial de Crisafulli. A ideia da legislação *a rime obbligate* – que na acepção de Crisafulli não revelava verdadeira legislação, mas explicitação de norma implícita já existente no ordenamento jurídico – ganhou enorme força argumentativa e por isso passou a ser importante foco de atenção de importantes constitucionalistas italianos. Franco Modugno, por exemplo, sintetiza a importância da formulação de Crisafulli ao afirmar que a jurisprudência constitucional italiana acolheu sua tese e firmou o entendimento de que a integração do ordenamento pela Corte constitucional exige que norma adicionada se coloque como *soluzione costituzionalmente obbligata*[[391]](#footnote-391).

Zabregelsky, retomando a problemática da legitimidade constitucional das decisões aditivas, afirma que *“as decisões criativas de direito, introduzindo normas novas no ordenamento jurídico, desenvolveria – se diz – uma função paralegislativa, substitutiva daquela parlamentar, estranha à natureza da função de um órgão judiciário”*[[392]](#footnote-392). Recorda que Crisafulli replicou essa crítica ao afirmar que a norma, a primeira vista abusivamente adicionada, é em realidade, por assim dizer, encontrada entre aquelas a disposição ou tirada como derivação de um princípio geral ou até mesmo da norma constitucional violada: portanto, não criação, mas explicitação. Por isso que, ainda de acordo com a posição defendida por Crisafulli, *“se de criação de direito novo se quiser falar, deverá pelo menos somar que se trata de uma legislação a rime obbligate, porque a Corte não inventa nada (e não pode inventar nada) que, ao menos no estado latente, já não estivesse presente no ordenamento”*[[393]](#footnote-393). Depois de contextuar o discurso legitimador das decisões aditivas produzido por Crisafulli – baseado na máxima de que a norma produzida decorreria de uma competência vinculada –, Zagrebelsky problematiza a doutrina *rime obbligate*:

Esta réplica brilhante [a réplica de Crisafulli] é resolutiva? Já a partir da metáfora, a rime obbligate deixa livre de escolha a palavra em rima. Essa diz simplesmente que a norma <<criada>> pela Corte deve ser acorde com o ordenamento; mas o modo de ser acorde é variado e, entre esta variedade, há possibilidade de escolha. (...)

Na realidade, este modo de apresentar o problema é a extrema tentativa de justificar uma prática dificilmente justificável no interior de um modo de pensar que divide o mundo do direito naquilo que já existe (objeto de aplicação) e aquilo que não existe ainda (objeto de criação).

Esse juízo da Corte, dada a inconstitucionalidade da lei, deve concluir-se com a determinação de uma norma oferta ao juiz *a quo*, para a definição do seu juízo. Nesta pesquisa, a distinção entre o que existe e que não existe desaparece e transforma a distinção entre aquilo que é reconduzível e aquela que não é reconduzível ao ordenamento jurídico, acabo afirmando o não eliminável fator ativo ou criativo inerente a toda pesquisa jurisprudencial deste tipo.

A própria Corte constitucional italiana, ao exigir do juiz que remete a questão constitucional o dever de expor a solução aditiva pretendida, sugere que a solução aditiva a ser implementada não constitui verdadeiramente uma única obrigatória. Se a norma a ser adicionada por meio da sentença constitucional fosse a única possível não faria sentido exigir que o juiz remetente da questão de constitucionalidade fizesse o esforço hermenêutico de demonstrar a correção de uma determinada proposta de solução normativa[[394]](#footnote-394). Tanto isso é verdade que a Corte pode individuar uma solução constitucionalmente obrigatória diversa daquela apresentada pelo juiz remetente ou também evidentemente adotar uma decisão não aditiva. Para Modugno, a Corte constitucional parece pretender compartir com o juiz o peso da tomada da decisão aditiva:

pode-se dizer que o notável envolvimento do juiz *a quo* que se encontra na espécie responde ao escopo de fazer parecer a decisão da Corte como, em qualquer modo, sustentada e solidamente condivisa com o juiz e, enquanto tal, mais justificado frente ao poder legislativo o intervento criativo da Corte. Tratar-se-ia, em outros termos, de uma operação de aquisição de consenso que vem a constituir, no plano prático, a mais sofisticada tentativa justificatória daquela jurisprudência aditiva da Corte constitucional que, no plano teórico, encontrou com tanto sucesso sustentação na doutrina da *rime obbligate*.[[395]](#footnote-395)

A produção de sentenças aditivas apresenta potencial lesivo do âmbito de atribuição do parlamento, constituindo meio idôneo a provocar um possível conflito de competência entre Corte constitucional e legislador. Daí porque o exercício dessa competência exige não apenas uma justificação teórica – encontrada na Itália na doutrina *rime obbligate* – mas também a adoção de estratégias de justificação ou aquisição de consenso no plano prático.

**5.3.1. CRÍTICA À DOUTRINA *RIME OBBLIGATE* A PARTIR DA CONTRIBUIÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA**

A doutrina *rime obbligate* consolidou-se como ideia-força do problema da legitimação do exercício de poder normativo pela Corte Constitucional italiana sob o fundamento de que ao Tribunal seria permitido emitir sentenças manipulativas com efeitos aditivos sempre que a norma jurídica criada constituísse uma decorrência obrigatória do texto constitucional. Em outras palavras, a Corte Constitucional poderia emitir a sentença aditiva sempre que a Constituição apenas permitisse uma única solução para o preenchimento do vácuo normativo. Daí a construção do raciocínio segundo o qual a Corte poderia colmatar o ordenamento jurídico, promovendo ela mesma a integração normativa por meio da sentença aditiva, exatamente porque, se a Constituição apenas oferece uma solução hermenêutica possível, essa solução pode ser reconhecida pelo Tribunal sem que haja invasão da competência legislativa. A base do argumento, portanto, está em que existe, em algumas situações específicas, a possibilidade de identificação de apenas uma solução interpretativa possível a partir do texto constitucional.

Essa premissa, contudo, remete à tradição hermenêutica que defendia um modelo de interpretação denominada por Marcelo Neves como semioticamente *sintático-semântico*[[396]](#footnote-396). Esse modelo interpretativo caracteriza-se por enfatizar as conexões sintáticas entre termos, expressões ou enunciados normativo-jurídicos, pressupondo a univocidade (semântica) dos mesmos[[397]](#footnote-397). As duas vertentes mais representativas desse modelo hermenêutico são a Escola da Exegese[[398]](#footnote-398) e a Jurisprudência dos Conceitos[[399]](#footnote-399). Conforme ambas as correntes, *“ao intérprete do Direito caberia descobrir o único sentido juridicamente possível dos signos legais”*. Nas palavras de Marcelo Neves,

[o] ponto crucial do processo interpretativo residiria na concatenação horizontal e vertical entre termos e proposições legais (Escola da Exegese) ou entre os conceitos tecnicamente precisos (Jurisprudência dos Conceitos), para que se definisse a única solução correta do caso respectivo. A esses concepções sintático-semânticas da interpretação jurídica subjazia uma visão realista da linguagem, de tal maneira que a operação sintática apresentava-se como meio de chegar-se metodologicamente ao sentido essencial dos termos e expressões jurídicas, possibilitando *a* aplicação correta do Direito.[[400]](#footnote-400)

A tradição hermenêutica representada pela Escola da Exegese[[401]](#footnote-401) e pela Jurisprudência dos Conceitos, ao compreenderem a interpretação jurídica como processo em que se conhece e reconhece o sentido válido da lei – contexto em que seria admissível a busca por uma única interpretação correta da proposição normativa – não considera suficientemente a relevância da dimensão pragmática no processo de interpretação do Direito, desconhecendo, ou subestimando a mais não poder, a função construtiva do intérprete em face dos textos normativos[[402]](#footnote-402).

Na síntese propugnada por Marcelo Neves, *“inegavelmente, a linguagem jurídica, enquanto tipo de linguagem ordinária ou natural especializada, e não uma linguagem artificial, é ambígua e vaga, o que dá ensejo a interpretações divergentes”*[[403]](#footnote-403). Para o autor, tal assertiva *“tornou lugar-comum, sendo adotada pelas mais diversas tendências da Teoria do Direito”*[[404]](#footnote-404). O problema da divergência interpretativa a respeito de textos jurídicos – considerada a percepção generalizada de sua plurivocidade – ganha novos contornos a partir das peculiaridades da sociedade moderna, pois é nela que multiplicidade de valore e interesses possibilita uma variedade estrutural de expectativas sobre os textos normativos[[405]](#footnote-405).

O desenvolvimento da filosofia da linguagem[[406]](#footnote-406) denunciou – a partir da noção de que os pensamentos são expressões linguísticas e, portanto, a linguagem não é a forma exterior, mas a matéria da qual eles se constituem – que *“talvez a pretensão de garantir a objetividade dos discursos da filosofia e da hermenêutica mediante a elaboração de métodos seja demasiadamente pretensiosa (ou ingênua) (ou ambos)”*[[407]](#footnote-407). A pretensão de garantir a univocidade da proposição normativa por meio de um método infalível não passou de um sonho fugaz. Gadamer, inspirado pelo giro pragmático da linguística, negando o aspecto cognitivo da hermenêutica jurídica, articula a interação entre interpretação jurídica e verdade de modo a explicitar o caráter sempre provisório do processo interpretativo[[408]](#footnote-408). O autor rejeita a ideia de que haja um processo interpretativo capaz de conduzir ao conhecimento verdadeiro; a hermenêutica não é nem envolve um método dogmático de interpretação, mas um estilo que organiza o modo humano de atribuir sentidos ao mundo. Na visão de Alexandre Araújo Costa,

o objetivo de Gadamer não era o de oferecer um método interpretativo capaz de relevar o significado do objeto, mas esclarecer o modo como os homens conferem sentidos a sua própria atividade. Por isso mesmo é que ele afirma que o sentido da obra de arte é produzido em uma espécie de jogo que coloca em relação o intérprete e a obra. E apenas nesse jogo é que os textos ganham sentido, pois “somente na sua compreensão se produz a retransformação do rastro de sentido morto em sentido vivo”. Então, não há um significado escondido a ser descoberto mas um sentido a ser produzido em um jogo hermenêutico que coloca o intérprete frente à obra interpretada. Nem mesmo o sentido originalmente intencionado pelo autor deve ser entendido como o sentido verdadeiro a ser buscado, pois a interpretação não deve ser entendida, como propunha Schleiermacher, apenas como uma re-produção da produção original de sentido pelo artista.[[409]](#footnote-409)

Daí que, se é verdade que a produção de sentidos pelo intérprete não é atividade arbitrária, também é verdade que o significado de qualquer texto, inclusive o jurídico, não é descoberto pelo intérprete, como se ele derivasse de uma objetividade da obra legislativa apreensível por meio de um método interpretativo. Gadamer rejeita a ideia iluminista que pretendia amparar a objetividade do conhecimento em uma racionalidade universal, apta a descortinar a verdade. No campo da hermenêutica, evidenciou a Escola da Exegese, essa mentalidade conduziu à tendência cientificizante que enxergava no método a garantia da correspondência objetiva entre o sentido imanente ao texto e o resultado da interpretação. Segundo essa visão, ao juiz não caberia a criação do direito – esta realizada com exclusividade pelo Poder Legislativo –, mas apenas a identificação do significa da norma (imanente à obra legislativa). A superação dessa noção, como alertou Marcelo Neves, é já um lugar-comum para todas as atuais tendências da Teoria do Direito.

A suposição de que a norma jurídica possibilita apenas uma interpretação possível, de resto extraída por meio de um método interpretativo, remete à superada concepção hermenêutica que supunha um sentido imanente à proposição linguística. Por isso que o fundamento sobre o qual repousa a doutrina *rime obbligate* – a possibilidade de identificação de apenas uma solução interpretativa possível a partir do texto constitucional – não encontra conforto no atual estado da arte da hermenêutica jurídica. Nas palavras de Marcelo Neves, *“é inaceitável a concepção ilusória de que só há uma solução correta para cada caso, conforme critérios de um juiz hipotético racionalmente justo. A possibilidade de mais de uma decisão justificável à luz dos princípios e regras constitucionais parece-nos evidente”*[[410]](#footnote-410). A ideia-força da doutrina *rime obbligate*, enfrentada sob a ótica da hermenêutica jurídica, ganha contornos de extrema fragilidade, chegando mesmo às raias da ingenuidade.

Não se mostra defensável, na quadra atual, cogitar do estabelecimento de um critério normativo de legitimação da atividade da Corte Constitucional baseado na premissa de que algumas normas constitucionais, quando enfrentadas na seara do controle de constitucionalidade, possam oferecer uma única possibilidade hermenêutica. Nem por isso, adverte Marcelo Neves, é defensável o argumento de que o intérprete possa de forma legítima extrair arbitrariamente de uma infinidade de sentidos dos textos normativos a decisão concretizadora, o que conduziria a um inaceitável contextualismo decisionista. O problema atual pode ser entendido no sentido de que o intérprete busca delimitar as fronteiras – sempre dinâmicas – entre as interpretações justificáveis e as que não são “atribuíveis” aos textos constitucionais no Estado Democrático de Direito. A crítica de Zagrebelsky à doutrina *rime obbligate* caminha na mesma direção:

Decisioni a <<rime obbligate>>? Le perplessità che si pongono riguardo innanzitutto rispetto delle competenze legislative: le decisione creative di diritto, immettendo norme nuove nell’ordinamento giuridico, svolgerebbero – si dice – una funzione paralegislativa, sostitutiva di quella parlamentare, estranea alla natura delle funzioni di un organo giudiziario.

A questo rilievo `e stato replicato che la norma, a prima vista abusivamente aggiunta, viene in realtà, <<per cosi dire, trovata tra quelle a portata di mano o fatta derivata da un principio generale o addirittura, tratta dalla stessa norma costituzionale violata>>: dunque, non creazione ma esplicitazione. La norma posta dalla Corte <<manipolando>> la legge sottoposta a suo giudizio non deriverebbe da un’inammissibile opera di legislazione, bensì da un’attività di interpretazione il cui contenuto `e semplicemente dichiarato (non creato) dalla Corte costituzionale. Perciò – si conclude – si di creazione di nuovo diritto si volesse parlare, dovrà almeno soggiungersi che si tratta di una legislazione <<a rime obbligate>>, poiché la Corte non inventa nulla (e non può inventare nulla) che, almeno allo stato latente, no sia già presente nell’ordinamento.

Questa replica brillante `e risolutiva? Già a stare alla metafora, le rime obbligate lasciano liberi di scegliere le parola in rima. Essa dice semplicemente che la norma <<creata>> dalla corte deve essere in linea con l’ordinamento; ma il modo d’essere in linea `e vario e, tra questa varietà, c’`e possibilità di scelta.

(…)

Il giudizio della Corte, data l’incostituzionalità della legge, deve concludersi con la determinazione d’auna offerta al giudice a quo, per la definizione del suo giudizio. In questa ricerca, la distinzione tra ciò che c’`e e ciò che non c’`e sfuma e diventa la distinzione tra ciò che `e riconducibile e ciò che non `e riconducibile all’ordinamento giuridico, fermo restando l’ineliminabile fattore attivo o creativo inerente a ogni ricerca giurisprudenziale di questo tipo. <<Riconducibile>> significa <<giustificabili>> alla luce dei principi costitutivi dell’ordinamento, tenuto conto della dinamica ch’essi sprigionano nel rapporto con i casi concreto. Inutile dire che questa dinamica `e regolata non dalla *scientia iuris*, ma dalla *iuris-prudentia*.[[411]](#footnote-411)

A crítica de Zagrebelsky à ideia de que uma norma criada pela Corte Constitucional pode ser a *rime obbligate* – porque não cria nada, senão extrai um norma (única possível) a partir da Constituição – vaio ao encontro do atual estado da arte da hermenêutica jurídica. A criação da norma envolve sempre uma escolha interpretativa. A ideia de uma única solução interpretativa possível a partir de um determinado texto constitucional é incompatível com a compreensão generalizada de que a interpretação de normas constitucionais possibilita sempre mais de uma solução justificável[[412]](#footnote-412). A questão está em saber se a solução interpretativa proposta é reconduzível (nas palavras de Zagrebelsky) ou atribuível (no argumento proposto por Marcelo Neves) ao texto constitucional. De qualquer modo, é difícil conceber que a ideia-força da doutrina *rime obbligate* possa ter lugar na atual quadra da hermenêutica jurídica. Silvestri, por exemplo, assinala que seria errado continuar a pensar que a Corte, ao produzir sentenças aditivas, se limite a encontrar ou a explicitar uma norma já existente no ordenamento: *“un simile modo di vedere il problema finisce col sovrapporre il cervello del giurista (positivista) alla realtà”[[413]](#footnote-413)*.

Mesmo na Itália, onde foi concebida a ideia de legislação constitucionalmente obrigatória, o juiz ordinário é obrigado, por força da jurisprudência da Corte constitucional, a indicar a solução a *rime obbligate* por ele proposta no momento de submeter a questão constitucional prejudicial, o que sugere a possibilidade de mais uma solução possível, pois, fosse única a solução integradora do ordenamento jurídico, nenhum sentido faria em exigir que o juiz ordinário faça uma proposta de criação normativa à Corte constitucional[[414]](#footnote-414).

Não sem razão, portanto, Zagrebelsky propõe a atribuição de um novo sentido à expressão *rime obbligate*, já não mais vinculada à noção de univocidade interpretativa da norma constitucional, mas sim à obrigatoriedade de formulação, por parte da Corte Constitucional, de um complemento normativo suficiente para permitir a superação do estado de omissão inconstitucional. Para o constitucionalista italiano,

La metafora delle <<rime obbligate>> ha tuttavia un significato, un significato che non `e descrittivo (la Corte quando manipola la leggi non obbedisce a <<obblighi>>), ma prescrittivo: svolge, non stravolge. Lo <<svolgimento>> non `e obbligato nel contenuto ma, data la funzione in cui il controllo di costituzionalità `e inserito, `e necessario: la funzione giurisprudenziale, a contatto con casi da risolvere[[415]](#footnote-415).

A observação de Zagrebelsky sobre não significar a metáfora da *rime obbligate* a obrigatoriedade do conteúdo da norma conta com a adesão, na Corte Constitucional brasileira, do Ministro Gilmar Mendes, que, no julgamento do Mandado de Injunção n. 670 – no qual se discutia a omissão legislativa em regulamentar o direito à grave dos servidores públicos –, desenvolveu o seguinte argumento:

Evidentemente, não se outorga ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição ou não da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderá adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderá deixar de reconhecer o direito previamente definido na Constituição.

Identifica-se, pois, aqui a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, pode tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua aplicação.

No julgamento da Reclamação n. 4374, o Supremo Tribunal Federal, ao placitar a posição do Relator, Ministro Gilmar Mendes, novamente atribuiu à ideia de solução constitucionalmente obrigatória o sentido proposto por Zagrebelsky[[416]](#footnote-416).

No campo de estudo objeto deste trabalho – sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira –, convém desenhar uma interpretação da Constituição que, ao legitimar a produção normativa do Supremo Tribunal Federal, o faça de modo que o modelo tenha capacidade para generalizar-se consistentemente como critério para o tratamento de outros casos em que se recorre aos mesmos dispositivos[[417]](#footnote-417).

**CAPÍTULO 6. AS SENTENÇAS ADITIVAS NO BRASIL: UMA PROPOSTA DE DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA NORMATIVA DO STF**

As Cortes constitucionais, atualmente, tem progressivamente assumido um papel mais relevante ao assistir o legislador em suas funções, por meio, até mesmo, da criação de normas deduzidas da Constituição. Em alguns casos, como explica Brewer-Carías, as Cortes constitucionais são mais do que auxiliares do legislador; elas o substituem, assumindo uma papel de legisladores positivos por meio da inserção temporária de regras para aplicação em setores específicos[[418]](#footnote-418). No Brasil, Brewer-Carías, citando Luís Roberto Barroso[[419]](#footnote-419), afirma que o Supremo Tribunal Federal em alguns casos tem considerado a noção de legislador negativo defendida em diversas decisões como dogma ultrapassado ou como mito[[420]](#footnote-420).

A preocupação com o estabelecimento de limites à função normativa das Cortes constitucionais é comum a todos os países que abandonaram progressivamente – e com diferentes níveis de intensidade – o papel de mero legislador negativo[[421]](#footnote-421). Para Bewer-Carías, o que é essencial de ter em mente mesmo nos casos de novos papeis e poderes é que as Cortes constitucionais são, acima de tudo, sujeitas à Constituição, e como tal, elas são órgãos constituídos do Estado[[422]](#footnote-422). Hoje, entre outras razões porque se trata de um fato consolidado, o debate doutrinário fica centrado mais nos limites que pesam sobre a intervenção normativa das Cortes constitucionais[[423]](#footnote-423).

A função positiva exercida pela Corte constitucional, como afirma Calamandrei[[424]](#footnote-424), opera em uma dupla vertente: (i) por meio de ação de estímulo frente ao legislador; e (ii) ou mediante uma cooperação ativa de perfil claramente normativo. Modugno caracteriza a ação de estímulo como função colateral ou complementar, por meio da qual a Corte produz condicionantes manifestadas por sugestões, indicações, diretivas e apelos; e cooperação ativa como função de suplência do legislador, esta destinada a evitar vácuos normativos indesejáveis[[425]](#footnote-425).

Toda manifestação da Corte constitucional no âmbito do controle de constitucionalidade tem aptidão para influenciar, ainda que indiretamente, a função desempenhada pelo legislador. O controle de constitucionalidade de atos normativos pode ser caracterizada, ainda que exercida por meio da anulação de atos normativos (signo negativo), como atividade positiva consistente em influenciar argumentativamente (em razão dos seus fundamentos jurídicos) o legislador. A despeito da relevância dessa recíproca influência entre Corte constitucional e legislador, o presente estudo dirige-se à função de suplência ou substituição do legislador, e não àquela colateral ou complementar.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não deixa margem para a tentativa de impor a eficácia vinculante de seus pronunciamentos à atividade legislativa[[426]](#footnote-426). A influência exercida pela Corte constitucional em relação ao legislador – tanto quando do exercício supletivo como complementar da jurisdição constitucional – tem como limite a impossibilidade de retirar-lhe o poder de rediscutir matérias já apreciadas pela Corte e até mesmo de aprovar normas idênticas a outras declaradas inconstitucionais[[427]](#footnote-427).

Se é certo que todos os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal – notadamente aqueles que foram verdadeira jurisprudência – tem aptidão para estimular atividade legislativa em conformidade com a Constituição[[428]](#footnote-428), o fato é que as sentenças normativas revelam especial forma de relacionamento com o legislador. Em primeiro lugar, a Corte constitucional, nesse contexto, exerce atividade qualitativamente similar àquela imputada preferencialmente ao legislador. Em segundo lugar, e apesar de não dispor o conteúdo normativo criado pela Corte de eficácia vinculante em relação ao legislador, é patente a possibilidade de criação de uma espécie de concorrência no exercício da competência normativa.

O duplo sentido da função positiva desempenhada pela Corte constitucional foi caracterizado por Zagrebelsky, de um lado, como produção imediata de regras jurídicas não legislativas (*la Corte-legislatore*), e de outro, como participação no processo legislativo (*la Corte-co-legislatore*)[[429]](#footnote-429). Sem desprezar a importância do diálogo constitucional travado entre Corte e legislador por meio dos fundamentos das sentenças proferidas no controle de constitucionalidade (*Corte-co-legislatore*), a atenção, a esta parte, recai sobre a atividade de produção de normas desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal (*Corte legislatore*).

**6.1. CONTORNOS DO PROBLEMA DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DE PERFIL ADITIVO NO BRASIL**

A produção de sentenças manipulativas com efeitos aditivos pelo Supremo Tribunal Federal revela indubitável absorção de função normativa, que encontra limites ou restrições principalmente na jurisprudência da própria Corte. Entretanto, não se tem produzido, no Brasil, jurisprudência sólida a respeito desses limites. A falta de clareza a esse respeito torna fluida ou amorfa a delimitação da competência do Tribunal. A partir da análise dos precedentes, especialmente no que diz respeito à assunção do papel de legislador positivo, cogita-se, de um lado, da falta de coerência interna da produção jurisprudência do Supremo, e de outro, da falta de preocupação com o estabelecimento de *standards* minimamente claros a respeito da legitimidade da absorção dessa competência e dos limites nos quais poderá ser exercida.

Não se despreza a consagrada lição segundo a qual a interpretação das normas terá sempre um componente de criação do direito[[430]](#footnote-430). A questão, todavia, está em saber se esse ato de criação do direito está ou não amparado na Constituição. Vale dizer, se há legitimidade constitucional na atuação do Supremo como legislador positivo. E mais: se esse ato de criação do direito por meio de sentença manipulativa aditiva invade ou não a competência do Poder Legislativo. A tensão entre o Tribunal Constitucional e o Legislador fica evidente na medida em que se está diante de aparente criação de normas com efeitos gerais por um órgão jurisdicional.

A doutrina estrangeira tem apontado, modo geral, para a legitimidade da produção de sentenças manipulativas com efeitos aditivos pelas Cortes Constitucionais, ainda quando, como no caso da Itália, não haja qualquer disposição constitucional expressa nesse sentido. O Brasil, no entanto, carece de produção acadêmica tanto no que diz respeito à admissibilidade das sentenças aditivas como, e principalmente, em relação aos limites de sua utilização. Ainda, mais importante que avaliar o impacto político desta ou daquela decisão aditiva é identificar a fenda que se abre em favor da competência normativa do Supremo Tribunal Federal.

A produção de um número maior de sentenças aditivas por Cortes Constitucionais na Europa foi acompanhada por uma preocupação dogmática de estabelecimento de limites ao exercício dessa competência. A doutrina italiana consolidou pressupostos ou condições para a prolação de sentença aditiva pelo Tribunal Constitucional: (a) existência de omissão legislativa inconstitucional; (b) identificação de uma solução normativa constitucionalmente obrigatória. Significa dizer que o Tribunal poderá suprir uma lacuna normativa por meio de sentença aditiva se duas condições mínimas se fizerem presentes: (a) o Legislativo descumprir um dever constitucional de legislar[[431]](#footnote-431); (b) o conteúdo normativo a ser adicionado por meio da sentença (parcela adjuntiva) constituir solução constitucionalmente obrigatória.

A exigência italiana de que o conteúdo normativo adicionado ao ordenamento por força da sentença manipulativa dotada de efeitos aditivos constitua solução constitucionalmente obrigatória revela nítida preocupação com a preservação da competência do Poder Legislativo. Se o suprimento da omissão legislativa (considerado pela Corte inconstitucional) depender da tomada de escolhas discricionárias, então já não haverá espaço para a produção de sentença aditiva[[432]](#footnote-432). Essa formulação teórica foi alcunhada por autores italianos como doutrina *rime obbligate*, expressão utilizada por Crisafulli para definir os limites da atuação normativa do Judiciário[[433]](#footnote-433). O fato é que a doutrina italiana debruçou-se com vagar sobre o tema na tentativa de impor limites às sentenças aditivas, impondo-lhes uma série de fortes restrições, sem as quais, adverte a doutrina italiana, surge o risco de invasão inconstitucional da competência do Legislativo pelo Judiciário[[434]](#footnote-434).

A preocupação em torno dos limites da sentença aditiva exige, para melhor compreensão das diferentes dimensões do problema, a necessária reflexão a respeito de dois aspectos: (a) a possibilidade de a atividade judicial consubstanciada na sentença aditiva representar indevida interferência no campo de atuação do legislador[[435]](#footnote-435); (b) a possibilidade de subversão do princípio da preferência pelo legislador[[436]](#footnote-436). São essas algumas das principais questões a serem examinadas no presente trabalho. Para isso há necessidade de engendrar sistemática avaliação da produção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

**6.2. AS SENTENÇAS NORMATIVAS E AS CONCEPÇÕES PROCEDIMENTALISTA E SUBSTANCIALISTA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

O papel da jurisdição constitucional é objeto de preocupação constante nas democracias contemporâneas. A generalização do controle de constitucionalidade nos mais diversos quadrantes é acompanhada invariavelmente de um debate sobre a função ideal a ser desempenhada pelos juízes e tribunais constitucionais. As variadas tentativas de harmonização do ideal democrático com o constitucionalismo passam necessariamente pela definição do sentido e alcance do controle de constitucionalidade das leis. Esse debate vem sendo travado sob as mais diversas denominações, mas envolve sempre, em alguma medida, o enfrentamento entre posturas substancialistas e procedimentalistas[[437]](#footnote-437): (i) para os defensores de uma postura substancialista, o papel legítimo da jurisdição constitucional reside na defesa de princípios substantivos, de forte conteúdo moral, limitando a deliberação das maiorias sociais; (ii) para os defensores de uma postura procedimentalista, a função da jurisdição constitucional limita-se à garantia da observância das regras do jogo democrático e, portanto, à proteção dos pressupostos da democracia[[438]](#footnote-438).

A oposição entre as posturas procedimentalistas e substancialistas firmadas a propósito do papel da Constituição na sociedade[[439]](#footnote-439) reflete no debate acerca da função a ser desempenhada pela jurisdição constitucional e que também pode ser parametrizada por posições procedimentalistas e substancialistas. Cláudio Souza Neto e Daniel Sarmento afirmam que *“os procedimentalistas defendem um papel mais modesto para a jurisdição constitucional, sustentando que ela deve adotar uma postura de autocontenção, a não ser quando estiver em jogo a defesa dos pressupostos de funcionamento da própria democracia”*; ao passo que *“os substancialistas advogam um papel mais ativo para a jurisdição constitucional mesmo em casos que não envolvam os pressupostos da democracia”[[440]](#footnote-440)*. O procedimentalismo concebido por Habermas, por sua alta densidade e sofisticação, angariou maior adesão na comunidade jurídica e por isso merece especial atenção.

Na perspectiva habermasiana, a democracia não se identifica com o governo das maiorias. Ela não representa apenas uma forma de agregação de interesses individuais conflitantes, que permita a prevalência das posições que favoreçam ao maior número de pessoas. A democracia é deliberativa, baseada no diálogo social e nas interações travadas pelos cidadãos no espaço público. É o embate entre argumentos e contra-argumentos no espaço público e nos fóruns oficiais que racionaliza a legitima o processo decisório democrático. Na deliberação, os diversos participantes podem expor os seus pontos de vista e criticar os argumentos oferecidos pelos demais, com liberdade e igualdade. Para que um contexto propício para essa troca de argumentos e contra-argumentos possa se instaurar, as garantias do Estado de Direito são fundamentais. Sem liberdade e sem igualdade – que o Estado de Direito deve assegurar – não há diálogo verdadeiro, e a deliberação perde o seu potencial legitimador e racionalizador. (...)

Tais condições para deliberação devem estar garantidas no sistema de direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Respeitadas essas condições, a deliberação concreta pode atribuir qualquer conteúdo às decisões políticas, mantendo-se aberta quanto aos resultados. Habermas, ao elaborar uma versão procedimental da ideia de legitimidade democrática, só justifica os limites à deliberação que lhes sejam imanentes. Em outras palavras, a deliberação só pode ser limitada em favor da garantia de sua continuidade e integridade. Respeitadas suas condições procedimentais, a soberania popular deve ter amplas possibilidades de decisão. Entre as condições apontadas por Habermas, identificam-se direitos fundamentais compreendidos no seguinte catálogo: 1. “Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação”; 2. “Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de membro numa associação voluntária de pareceiros de direito”; 3. “Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual”; 4. “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo”; 5. “Direitos fundamentais e condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de 1 até 4”.

Se a deliberação majoritária violar esses direitos, justifica-se o controle de tais decisões pelo Poder Judiciário, que exerce o papel de *guardião da democracia*. Ao realizar a contento essa tarefa, a jurisdição constitucional, para Habermas, estará incrementando as condições para que o povo decida melhor, e não restringindo a democracia a partir de parâmetros externos. A teoria procedimental formula o conceito de direitos fundamentais com base em argumentos centrados na própria noção de democracia: os direitos fundamentais são condições da democracia e devem, por isso, ser mantidos dentro de uma esfera de intangibilidade, a ser protegida pelo Poder Judiciário contra os abusos das maiorias eventuais.[[441]](#footnote-441)

A defesa de uma postura procedimentalista da jurisdição constitucional, defendida no Brasil especialmente sob a influência da concepção de Habermas[[442]](#footnote-442), pode sofrer algumas importantes objeções: (i) *“procedimentalismo não parece suficiente para assegurar garantia robusta a direitos fundamentais extremamente importantes, que não sejam diretamente ligados à deliberação democrática, como a privacidade ou o direito à saúde”*; (ii) *“há inúmeras concepções diferentes de democracia, com diferentes implicações para temas como significado e extensão da igualdade, da liberdade, etc. Nesse quadro, a escolha de um determinado modelo de democracia, em detrimento de outros, acaba também sendo uma escolha inexoravelmente substantiva”*; (iii) *“finalmente, no caso brasileiro, há um problema adicional com o procedimentalismo. Gosta-se disso ou não, a Constituição de 88 é profundamente substantiva, eis que pródiga na consagração de valores materiais. Nesse contexto, a adesão ao procedimentalismo acaba resvalando para um curioso paradoxo”*[[443]](#footnote-443).

Embora o paradigma procedimentalista apresente a vantagem de sublinhar a especial dignidade política dos atos normativos produzidos pelo legislador – e, portanto, seja capaz de sugerir a ideia de que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei aprovada pelo órgão representativo da vontade popular representa potencialmente uma ofensa à igual dignidade das pessoas[[444]](#footnote-444) –, impõe-se considerar que a oposição entre as posturas substanciais e procedimentais defendidas quanto à posição legítima da jurisdição constitucional não pode desenvolver-se com desprezo ao parâmetro normativo constitucional no qual se situa. Daí porque parece procedente a advertência de Lênio Streck: *“[e]ntre ‘substâncias’ e ‘procedimentos’, em nenhum momento o Judiciário pode vir a se assenhorar do espaço reservado à produção democrática do direito, na defesa do ativismo judicial. E qual é o limite desse espaço? A Constituição e a força normativa de seu texto*”[[445]](#footnote-445).

A Constituição brasileira em vigor, por um lado, é farta em preceitos de feição substancial; e por outro, oferece amplas de possibilidades de exercício da jurisdição constitucional a partir desse referencial normativo substantivo. Desse contexto, ao qual se pode somar uma perceptível tendência de canalização de demandas até então depositadas integralmente nos procedimentos políticos para os procedimentos judiciais[[446]](#footnote-446), não se poderia esperar outra coisa senão a expressiva judicialização da política atualmente experimentada entre nós[[447]](#footnote-447). Sem perder de vista a necessidade de garantir a força normativa das normas constitucionais de perfil procedimental, não há dúvida quanto ao fato de que a jurisdição constitucional também é vocacionada, considerado o marco constitucional vigente, à proteção de uma extensa gama de normas substanciais. Por isso que, na expressão de Lênio Streck, deve-se admitir um certo grau de “intervencionismo substancialista”, o qual, a seu turno, deve vir acompanhado de uma teoria da decisão judicial, de modo a blindar essa atividade judicial contra os riscos de um decisionismo errante e discricionário.

A adoção de uma postura procedimentalista no Brasil, ainda que se admita um amplo controle judicial sobre o respeito aos direitos fundamentais individuais e sociais como condição para realização da democracia, esbarraria, em grande medida, no próprio texto da Constituição. Afinal, como conceber a possibilidade de constranger a jurisdição constitucional à proteção das regras do jogo democrático, se a Constituição garante, por exemplo, o direito à saúde? Como postular uma jurisdição constitucional puramente procedimentalista se a Constituição atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para produzir normas jurídicas necessárias ao exercício de garantias fundamentais? A Constituição brasileira possui um núcleo básico de preceitos dotados de fundamentalidade material formado por normas procedimentais e substanciais[[448]](#footnote-448). Ante a redação que o constituinte originário conferiu ao art. 60, § 4o, as vedações materiais ao poder de reforma incidem, também, no momento do procedimento legislativo, de modo que se convolam em espécies de limites, a um só́ tempo, materiais e procedimentais. Ao dispor, portanto, que não será́ objeto sequer de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir clausulas pétreas, a Constituição, evidentemente, não coloca apenas limites procedimentais ou formais ao processo legislativo, mas a ele impõe, de modo explícito, limitações de ordem material.

Com efeito, a Constituição deixa espaço para o exercício da jurisdição constitucional simultaneamente nos campos procedimental e substancial. A convivência necessária entre as posturas procedimentalista e substancialista, entretanto, deve ser realizada em consonância com o marco normativo vigente. A decisão resultante do exercício da jurisdição constitucional, por isso, encontra limites na própria Constituição. A busca pela identificação desses limites constitui tarefa de grande importância, pois, como adverte Lênio Streck, *“a defesa do substancialismo sem um compromisso com uma teoria da decisão acaba jogando essas teses (substancialistas) nos braços do voluntarismo jurídico”[[449]](#footnote-449)*.

A discussão contemporânea acerca da atuação das Cortes constitucionais como legisladores positivos, embora fortemente influenciada pela vocação judicial de proteção de direitos fundamentais nas democracias atuais, não coincide integralmente com o paradigma substancialista de jurisdição constitucional. O exercício de função normativa pelas Cortes constitucionais pode ocorrer tanto com o objetivo de incrementar a garantia das condições de realização da democracia como também para proteger direitos fundamentais de grande relevância mas desprovidos de relação direta com as regras do jogo democrático. Sem a pretensão de estabelecer uma teoria geral da decisão na jurisdição constitucional, postula-se a possibilidade de circunscrever a competência normativa desenvolvida no campo da jurisdição constitucional segundo os limites identificados na própria Constituição.

**6.3. AS SENTENÇAS NORMATIVAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A EXPERIÊNCIA RECENTE COMO *LEGISLADOR POSITIVO***

O exercício de função normativa pelo Supremo Tribunal Federal pode ser dividida, para fins metodológicos, em três grandes grupos de decisões: (i) os pronunciamentos formulados em sede de mandado de injunção; (ii) as decisões normativas tomadas em outras vias processuais (controle concentrado e difuso de constitucionalidade); e (iii) os casos de modulação temporal dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade. Propõe-se, por meio da adoção dessa divisão, retratar com fidelidade o modo como o STF tem utilizado a competência normativa. Essa descrição do atual estado da arte da jurisprudência servirá como base para a formulação de críticas e para a proposição de um modelo de verificação da legitimidade das sentenças normativas na jurisdição constitucional brasileira.

**6.3.1. SENTENÇAS NORMATIVAS PROFERIDAS EM SEDE DE MANDADO DE INJUNÇÃO**

O art. 5o, LXXI, da Constituição previu expressamente a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O mandado de injunção, porque voltado à superação da omissão inconstitucional, deve ter por objeto, por consequência, o não-cumprimento de dever constitucional de legislar que, em alguma medida, afeta direitos constitucionalmente assegurados (falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania).

Sem pretender discorrer exaustivamente sobre a paulatina modificação do entendimento do STF a respeito da função desempenhada pelo mandado de injunção no contexto do controle de constitucionalidade por omissão, vale destacar que, depois de um longo período no qual se atribuiu à sentença procedência do mandado de injunção a mera eficácia de reconhecimento da mora do legislador, passou-se a admitir, gradualmente, a adoção de soluções normativas[[450]](#footnote-450). A partir do julgamento dos Mandados de Injunção ns. 670, 708 e 712, o STF, afastando-se da posição inicialmente firmada no sentido de limitar-se à declaração da existência da omissão legislativa passou a aceitar a possibilidade de produzir ele mesmo uma regulação provisória para o direito constitucional desprotegido pela inércia do legislador. Essa posição culminou na edição de regulamentação judicial provisória para o exercício do direito de greve pelos servidores públicos, a ser exercício, segundo essa jurisprudência, por meio da aplicação da Lei n.º 7.783/89, até que sobrevenha lei específica para regulamentar a questão.

Do mesmo modo, depois de reafirmar em diversas ocasiões a mora do legislador em regulamentar o direito ao aviso prévio proporcional[[451]](#footnote-451), o STF resolveu avançar no sentido de produzir norma jurídica concretizadora do direito constitucional bloqueado pela inércia do legislador. Ao julgar procedente o mandado de injunção, o Tribunal interrompeu o julgamento para colher propostas de como regulamentar o direito no Brasil, após o que o Congresso Nacional aprovou a respectiva disciplina legal. Prosseguindo no julgamento, o Plenário do STF decidiu aplicar a regulamentação criada pelo Congresso retroativamente aos impetrantes dos mandados de injunção anteriores à entrada em vigor da lei[[452]](#footnote-452).

Também na linha das decisões normativas proferidas em sede de mandado de injunção, vale destacar o precedente por meio do qual o STF, reconhecendo a omissão legislativa inconstitucional decorrente da falta de regulamentação do direito do servidor público à aposentadoria especial (em razão do exercício de trabalho em condições especiais), adotou como disciplina normativo para o setor público, via decisão judicial, daquela aplicável aos trabalhadores em geral (artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91)[[453]](#footnote-453).

**6.3.2. SENTENÇAS NORMATIVAS PROFERIDAS EM OUTROS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS (ALÉM DO MANDADO INJUNÇÃO)**

Ainda na tentativa de realizar uma descrição da função normativa desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos – a proposta de análise da correção normativa do exercício dessa competência terá lugar mais a diante –, cabe mencionar a importante decisão por meio da qual o Tribunal reconheceu aos servidores públicos civis o direito à revisão geral dos vencimentos conferida pelo legislador apenas aos servidores militares[[454]](#footnote-454). Nesse caso, não há dúvida quanto ao fato de que o STF não realizou mera interpretação do direito vigente à luz da Constituição, pois a disciplina legal objeto do controle de constitucionalidade (leis 8.622/1993 e 8.627/93) não continha possibilidade hermenêutica capaz de abranger como seus destinatários os servidores públicos civis. O Tribunal explicitamente estendeu aos servidor civis um tratamento legal deferido pelo legislador apenas aos servidores militares.

No julgamento da ADI 2.652, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a inconstitucionalidade por omissão parcial do parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil – no que restringia a imposição de multa por descumprimento de decisão judicial apenas aos advogados exclusivamente sujeitos aos estatutos da OAB –, decidiu ampliar o espectro da norma processual para que ela alcançasse também os advogados públicos vinculados estatutariamente ao Estado. Embora aludindo à técnica da interpretação conforme à Constituição, o Tribunal resolveu o problema de violação ao princípio da igualdade criando um novo segmento normativo para além do alcance da disciplina legal produzida pelo legislador[[455]](#footnote-455).

Mais recentemente, no julgamento da ADI 3.105, o Supremo Tribunal Federal, por entender discriminatória a cobrança de contribuição previdenciária dos servidores públicos estaduais e municipais em patamar superior àquela dirigida aos servidores públicos federais, estabelecendo, dessa forma, um patamar único de base de cálculo do tributo para todos os servidores públicos do país[[456]](#footnote-456). A decisão, a despeito de formalizada sob o signo da declaração de inconstitucionalidade de uma disposição da emenda à constituição (parágrafo único do artigo 4o da EC 41), criou nova disciplina tributária para o segmento dos servidores estaduais e municipais.

No julgamento da ADI-MC 2.332, o STF, ao examinar a constitucionalidade do artigo 15-A do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, alterado por medida provisória, que dispôs na sua parte final que os juros compensatórios na desapropriação direta deveriam incidir sobre a diferença entre o preço ofertado em juízo e o valor indenizatório fixado na sentença, deferiu a medida liminar para alterar a base de cálculo dos juros compensatórios, estabelecendo, no lugar da diferença entre o preço ofertado em juízo e o valor indenizatório fixado na sentença, a diferença entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença[[457]](#footnote-457). A decisão simultaneamente declara a inconstitucionalidade de uma disciplina legislativa e a substitui por outra criada pela própria Corte a partir de um parâmetro constitucional (exigência de pagamento de preço justo e prévio nas desapropriações).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar ação popular ajuizada para impugnar a Portaria n. 534/2005, do Ministério da Justiça, homologada pelo Presidente da República, em 15 de abril de 2005, a qual promoveu a demarcação da terra indígena “*Raposa Serra do Sol*”, embora rejeitando a pretensão de anular a demarcação contínua da reserva indígena, acolheu proposta pelo Ministro Menezes Direito no sentido de adicionar ao dispositivo da decisão 18 cláusulas que deveriam condicionar as demarcações de terras indígenas que se realizassem no futuro. As 18 cláusulas propostas pelo Ministro Menezes Direito, posteriormente, foram objeto de deliberação do colegiado e resultaram nas 19 “condicionantes” que constam do acórdão[[458]](#footnote-458), resultando da decisão a criação de um verdadeiro “Código do usufruto das terras indígenas” válido para todo o país.

**6.3.3. SENTENÇAS NORMATIVAS PROFERIDAS POR MEIO DA TÉCNICA DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Brewer-Carías situa as decisões de modulação dos efeitos temporais de pronúncia de inconstitucionalidade no contexto da função legislativa complementar desempenhada pelas Cortes constitucionais:

One of the most common interferences of the Constitutional Courts regarding legislative functions is the power of the Courts to determine the temporal effects of legislation enated by the Legislator. In general terms, in comparative law, three different situations can be distinguished: first are cases in which the Constitutional Court determines when an annulled legislation will cease to have effects at some point in the future; second are cases in which the Constitutional Court, by assigning retroactive or nonretroactive effects to its decisions, determines the date on which legislation ceases to have effects: third are cases in which the Constitutional Court, when declaring null an unconstitutional statute, decides to bring back previously repealed legislation.[[459]](#footnote-459)

O problema da legitimidade do uso das sentenças aditivas pela Corte Constitucional deve ser ter em consideração as diferentes hipóteses em que podem ser utilizadas. Zagrebelsky alerta para o fato de que a sentença aditiva pode operar em dois campos bastante diversos: (i) controle da omissão do legislador por meio da adjudicação judicial da norma implícita exclusiva, permitindo a extensão da norma explícita aos casos originalmente omissos na previsão legal; (ii) controle da omissão do legislador tendo por parâmetro de controle princípios constitucionais substanciais – e não somente relacionais –, invocados para reparar a omissão inconstitucional. No primeiro caso, a Corte está diante do conhecido caso de benefício incompatível com o princípio da igualdade. O problema é meramente relacional. O legislador fez as escolhas substanciais pertinentes mas atribuiu determinada qualificação jurídica a um grupo menor de sujeitos ou situações do que recomendaria o princípio da igualdade. No segundo caso, a Corte seria compelida a ela mesma realizar as escolhas substanciais no primeiro caso realizadas pelo Legislador. O problema já não é meramente relacional, mas primordialmente substancial. Evidente, nesse contexto, o problema adicional que assume a utilização da sentença aditiva no segundo caso: a Corte Constitucional não é o foro preferencial para realizar, fora do contexto do embate político, as escolhas substanciais de ponderação dos valores constitucionais[[460]](#footnote-460).

A modulação dos efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade revelam o uso de argumentos relacionais para a produção de normas jurídicas pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque a criação da norma transitória resultante da adoção desse modelo decisional tem por base material o conteúdo da norma declarada inconstitucional. A grande maioria das decisões de modulação dos efeitos temporais criam normas jurídicas de conteúdo idêntico ao da norma declarada inconstitucional, embora com vigência transitória: (i) no período da entrada em vigor até o momento da declaração de inconstitucionalidade (*ex nunc*)[[461]](#footnote-461); (ii) no período da entrada em vigor até um momento determinado posterior ao da decisão de inconstitucionalidade (*pro futuro*)[[462]](#footnote-462); (iii) no período intermitente fixado com base em outros marcos temporais diversos da entrada em vigor da legislação[[463]](#footnote-463). Contudo, o Supremo Tribunal Federal, ao modular efeitos temporais da decisão, pode alterar substancialmente o conteúdo da norma jurídica transitória criada pela sentença de inconstitucionalidade. Nesse caso, *“as ressalvas quanto à retroatividade dos efeitos da decisão atingem apenas alguns aspectos da decisão, combinadas ou não com uma restrição temporal de sua eficácia”[[464]](#footnote-464)*.

**6.4. POR UMA REVISÃO DA DOUTRINA *RIME OBBLIGATE* A PARTIR DO USO DO ARGUMENTO ANALÓGICO BASEADO NA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO**

Com efeito, as objeções dogmáticas da doutrina italiana que poderiam ser dirigidas à produção de sentenças aditivas produzidas pelo Supremo Tribunal Federal concentrar-se-iam, essencialmente, (a) na falta de identificação de uma omissão inconstitucional autorizativa da produção normativa judicial e (b) na inserção ao ordenamento jurídica, por meio da sentença aditiva, de complementação normativa que não se apresenta como constitucionalmente obrigatória (*rime obbligate)*.

Com base no referencial prevalecente na Itália, toda vez que o Tribunal identificasse que a norma a ser produzida depende de escolhas dotadas de razoável grau de discricionariedade, já não poderia, segundo ensina a doutrina *rime obbligate*, promover a complementação normativa por meio de sentença constitucional de natureza aditiva. Os juízos de ponderação a serem formulados para a elaboração das condicionantes dependem de harmonização de princípios constitucionais dotados de baixíssima densidade normativa.[[465]](#footnote-465) Esse tipo de ponderação de valores incumbiria ao Legislativo, e não ao Judiciário. Já se disse outrora que a doutrina *rime obbligate* impõe como pressuposto essencial da edição de sentença aditiva a noção segundo a qual o conteúdo normativo a ser adicionado por meio da sentença (parcela adjuntiva) deve constituir solução constitucionalmente obrigatória.[[466]](#footnote-466)

A preocupação subjacente à formulação doutrinária italiana está em que a componente aditiva da sentença não poderia constituir fruto de livre criação judicial a partir do vazio normativo, mas sim uma decorrência constitucionalmente obrigatória do reconhecimento da omissão. Considerado o universo de soluções constitucionais possíveis para a superação de um suposto estado de inconstitucionalidade por omissão, não caberia ao Judiciário escolher a que considera mais adequada à realização dos valores constitucionais. A operação integrativa subjacente à sentença aditiva não poderia, a pretexto de colmatar a omissão legislativa inconstitucional, criar direito novo, elaborando disciplina que não existia previamente no ordenamento jurídico.[[467]](#footnote-467) Zagrebelsky, na mesma toada, afirma que *“a differenza dalla legge, le sentenze della Corte non possono, pero, venire dal nulla, ma devono sempre ‘accedere’ a una disposizione legislativa già esistente”*[[468]](#footnote-468).

A tentativa italiana de criação de um limite substancial claro à atividade normativa da Corte Constitucional deve ser objeto de especial atenção entre nós, tanto em função da larga experiência acumulada por força do experimentalismo institucional naquela quadra realizado, como também pela coincidência quase integral dos argumentos que, tanto aqui como lá, se desenvolvem como objeção democrática à produção de sentenças aditivas pelo Tribunal Constitucional. Não há dúvida que a preocupação pragmática que inclina o Tribunal à prolação desse tipo de sentença constitucional deve ser acompanhada da constante empresa dogmática da busca de limites. Ferreres Comella, ao compartilhar a difundida preocupação quanto à qualificação do Tribunal Constitucional como “terceira câmara legislativa”, afirma que *“para que um tribunal constitucional possa sustentar que não é realmente parte do poder legislativo, não pode gozar da mesma liberdade institucional de que disfruta o parlamento. Dado o caráter aberto de boa parte das cláusulas constitucionais, sem embargo, o tribunal precisa estar sujeito a alguma restrição em suas decisões interpretativas. Do contrário, o contraste entre as decisões judiciais e as legislativas se esfumaria”*[[469]](#footnote-469).

Como alerta Zagrebelsky, não se repropõe teoricamente a antiga questão da natureza criativa da jurisprudência. Ninguém mais contesta a verdade banal que em toda sentença há uma decisão, uma escolha entre diversas possibilidades, que tal escolha é, em certo sentido, criação de direito. O problema, ao invés, é aquele dos limites da tolerabilidade da verdade banal[[470]](#footnote-470). Entretanto, como já assinalado, o fundamento sobre o qual repousa a doutrina *rime obbligate* – a possibilidade de identificação de apenas uma solução interpretativa possível a partir do texto constitucional – não se mostra aceitável, ante a evidente possibilidade de mais uma decisão justificável à luz dos princípios e regras constitucionais como solução para a superação do estado de omissão inconstitucional.

Mais coerente mostra-se a proposta de Zagrebelsky[[471]](#footnote-471), adotada entre nós por Gilmar Mendes[[472]](#footnote-472), no sentido de atribuir à doutrina *rime obbligate* o sentido de obrigatoriedade de formulação da norma regulamentadora, sem validar, contudo, a ideia de que a norma regulamentadora deva possuir um único e predeterminado conteúdo. Assim, embora indiscutível a contribuição da doutrina italiana no que estabeleceu e sedimentou a doutrina *rime obbligate*, sua importação para a realidade brasileira não se pode fazer sem que antes seja submetida ao rigoroso filtro da Constituição vigente.

A primeira observação que deve tomar a atenção do constitucionalista brasileiro é a expressa previsão de um instrumento processual especificamente voltado, entre nós, à produção de sentença aditiva pelo Tribunal Constitucional: o mandado de injunção[[473]](#footnote-473). A recente experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, após a mutação constitucional representada pelo julgamento do mandado de injunção n. 670, demonstra que a concessão da segurança implica a criação, pelo Tribunal, de norma jurídica que permita a fruição imediata de direito fundamental. A jurisprudência da Corte, na dicção do Ministro Celso de Mello, *“no sentido de restaurar, em sua dimensão integral, a vocação protetiva do remédio constitucional do mandado de injunção, cuja utilização permite, ao Supremo Tribunal Federal, colmatar, de modo inteiramente legítimo, mediante processos de integração normativa, como, p. ex., o recurso à analogia, as omissões que venha, eventualmente, a constatar”*[[474]](#footnote-474).

A norma criada pelo Tribunal nos casos de procedência do pedido deduzido no mandado de injunção não constitui, sob o prisma material, decorrência única e direta de qualquer outra norma constitucional. Basta ver, por todos, o regramento produzido pelo Tribunal para garantir o pleno exercício do direito de greve pelos servidores públicos. Nesse caso, nada há na Constituição a impor esta ou aquela forma específica para o exercício do direito de greve, seja no que diz respeito às condições que o autorizam, seja no que concerne aos seus limites. O Supremo Tribunal Federal, ao produzir o regramento que disciplinará, até a superveniência de lei cuidando da matéria, o exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos, adotou parcialmente e por analogia o complexo normativo que disciplina o mesmo direito para empregados privados. Pergunta-se: a norma criada pelo Supremo Tribunal Federal, em seu conteúdo, constitui solução constitucionalmente obrigatória? A resposta é negativa. Daí se percebe que a Constituição brasileira vigente autoriza expressamente a produção de sentenças aditivas pelo Supremo Tribunal Federal para além do que prevê a concepção corrente da doutrina *rime obbligate*. Houve, por parte do constituinte originário, uma preocupação em reforçar a tutela dos direitos fundamentais, ainda que às custas de uma criação normativa judicial dotada de algum componente discricionário.

Atento à impossibilidade de estabelecer como premissa legitimadora da atividade normativa desempenhada pela Corte Constitucional a vinculação do conteúdo normativo inserido por meio da sentença a uma solução previa e constitucionalmente obrigatória, Zagrebelsky propõe, como visto anteriormente, uma outra forma de compreender a doutrina *rime obbligate*: *“la metafora delle <<rime obbligate>> ha tuttavia un significato, un significato che non `e descrittivo (la Corte quando <<manipola>> le leggi non obbedisce a <<obblighi>>), ma prescrittivo: svolgere, non stravolgere. Lo <<svolgimento>> non è obbligato nel contenuto ma, data la funzione in cui in controllo di costituzionalità `e inserito, è necessario: la funzione giurisdizionale, a contatto con casi da risolvere”*[[475]](#footnote-475).

Com efeito, ainda que não se preste adesão integral à formulação inicial da doutrina *rime obbligate*, tal como desenvolvida pela doutrina e jurisprudência italianas, permanece útil a ideia segundo a qual o flanco aberto para a produção normativa da Corte Constitucional será tanto menor quanto maior for o espaço discricionário reservado ao legislador para a superação da omissão inconstitucional. Não é demasiado recordar que a Constituição brasileira possui instrumento processual especificamente voltado à superação da omissão inconstitucional por meio da edição de sentença aditiva de cunho normativo: o mandado de injunção. O regime jurídico constitucional do mandado de injunção, precisamente por este consubstanciar mecanismo processual de superação de omissão inconstitucional pela via da produção de sentença aditiva, pode servir, por analogia, como parâmetro para a solução de outras controvérsias a envolver pronunciamentos de natureza aditiva pelo Supremo Tribunal Federal. O uso do argumento analógico revela importante ferramenta hermenêutica em um contexto de autocontenção (*self-restrain*) da atividade normativa desenvolvida pela Corte Constitucional porque reduz a necessidade de grandes construções teóricas para a solução dos casos[[476]](#footnote-476). Para Sustein, a utilização da analogia possui uma dimensão democrática, *“pois as pessoas podem, com frequência, alcançar um acordo acerca de uma analogia quando discordam sobre questões teóricas mais complexas”*[[477]](#footnote-477), permitindo, assim, a simplificação do processo decisório e a redução dos ônus da tomada de decisões. Por isso a importância dos limites identificados pela doutrina e pela jurisprudência à sentença aditiva proferida em mandado de injunção para a compreensão do regime constitucional das sentenças aditivas em geral.

A pronúncia aditiva que integra a sentença concessiva da ordem em sede de mandado de injunção exige que a norma definidora do direito fundamental[[478]](#footnote-478) não regulamentado apresente considerável grau de densidade normativa, a fim de permitir a identificação de um espaço demarcável de conformação legislativa. A função normativa exercida pelo Judiciário, nesse contexto, é fortemente vinculada pela alta densidade normativa do dispositivo constitucional cuja falta regulamentação autoriza a adjunção da componente normativa provisória pelo Tribunal Constitucional. Se a norma a ser concretizada possuir baixa densidade normativa, não há como se conferir ao Judiciário a atribuição de concretizá-la pela via da edição de sentença aditiva, justamente pela ausência de fundamento constitucional provido de suficiente objetividade.[[479]](#footnote-479) Do contrário, seria conferida ao Judiciário competência de natureza legislativa típica, de mera criação judicial do direito. A esse respeito, Cláudio Pereira de Souza Neto alertou para o fato de que *“se a norma a ser concretizada possuir muito pouca densidade normativa, não há como se atribuir ao Judiciário a prerrogativa de concretizá-la pela via da elaboração de norma regulamentadora, justamente pela ausência de fundamento constitucional provido de objetividade mínima”*[[480]](#footnote-480). Isso porque, embora não se despreze a consagrada lição segundo a qual a interpretação das normas terá sempre um componente de criação do direito, também é certo que as decisões judiciais não podem “nascer do nada”[[481]](#footnote-481), mas devem buscar fundamento de validade em norma anterior, cujo dispositivo revele minimamente qual sentido o constituinte decidiu lhe imprimir.

A doutrina *rime obbligate*, formulada em termos binários (possibilidade ou impossibilidade de produção de sentença aditiva a partir da identificação ou não de uma só solução normativa constitucionalmente obrigatória) pela doutrina italiana, pode ser recepcionada entre nós sob a ótica de uma concepção gradualista[[482]](#footnote-482) que autorize a produção de sentenças aditivas pelo Tribunal Constitucional nas hipóteses em que direito dotado de fundamentalidade constitucional e de alto grau de densidade normativa tenha a fruição impedida pela inércia legislativa. Considerada a advertência doutrinária segundo a qual a “*a estratégia gradualista precisa postular e convencionar alguma fronteira, algum limiar a partir do qual o objeto estudado passa a estar mais próximo de um dos extremos do contínuo”*[[483]](#footnote-483), permanece válida, sob o prisma metodológico, a busca de um limiar, em cada caso concreto, a partir do qual a falta de densidade normativa da norma constitucional impediria a produção normativa do Judiciário. A baixa densidade normativa da norma constitucional implicará amplo espectro de liberdade de conformação, tornando o Judiciário arena inadequada para a produção de norma jurídica disciplinadora.

Os casos que apresentem como parâmetro de controle norma constitucional dotada de baixa densidade normativa revelarão, como consequência, limites frágeis ou amorfos estabelecidos prévia e seguramente pela Constituição para a criação normativa a ser implementada. Se a componente normativa a ser adicionada pela sentença constitucional inscrever-se em campo de altíssima discricionariedade, desenhar-se-á um quadro que sugere a preservação da competência legislativa para a tomada de opções substanciais, especialmente porque passíveis de desacordos razoáveis[[484]](#footnote-484).

**6.5. A COMPETÊNCIA NORMATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO: UMA PROPOSTA DE DELIMITAÇÃO**

Fernández Segado assinala que o Brasil, influenciado pela Constituição Portuguesa de 1976, acolheu um controle de constitucionalidade da omissão legislativa inconstitucional inovador em relação ao modelo lusitano[[485]](#footnote-485). De fato, o Brasil, com a criação do mandado de injunção, fundou uma nova ação de amparo como uma especial via judicial de proteção dos direitos fundamentais contra a omissão inconstitucional.

The Courts, nonetheless, can interpret the judicial review powers attributed to them in the Constitution anda adapt their implementation or expand their scope, as has occurred in Brazil with the *mandado de injunção*, to effectively control the relative omissions of the Legislator. In Brazil this can be found in a leading case deciding on the application to civil servants of the rules of strike in the private sector. This had led Luís Roberto Barroso to say that, because of this chance in its jurisprudence, the Federal Supreme Tribunal, with constitutional authorization, “has given a step, a long step, in the sense of acting as positive legislator”[[486]](#footnote-486).[[487]](#footnote-487)

A inovação consubstanciada no modelo de superação da omissão legislativa inconstitucional instaurado com o mandado de injunção tem grande relevância na construção de uma concepção brasileira de legitimidade das sentenças normativas. A Constituição em vigor criou um sistema processual especificamente voltado à superação das omissões legislativas inconstitucionais[[488]](#footnote-488). Assim porque a função normativa a ser exercida pelo Supremo Tribunal Federal nesse campo não se estrutura apenas pela via da construção jurisprudencial, mas deve dialogar coerentemente com a competência da Corte fixada pela Constituição e também com o modelo normativo de superação das omissões inconstitucionais. A introdução no texto da Constituição de um sistema processual criado especificamente para solucionar o problema da omissão inconstitucional constitui elemento fundamental no percurso argumentativo a ser trilhado por quem deseja estabelecer os limites e condições de legitimidade das sentenças constitucionais de perfil aditivo.

Nas decisões denominadas aditivas[[489]](#footnote-489), o magistrado cria normatividade. É o judiciário que edita norma. A interpretação das normas sempre possui um componente de criação do direito.[[490]](#footnote-490) A questão está em saber se o ato de criação do direito está ou não amparado na Constituição. Vale dizer, se o ato de criação do direito por meio de sentença aditiva invade ou não a esfera de atuação legítima do Poder Legislativo. A tensão entre o Tribunal Constitucional e o Legislador[[491]](#footnote-491) se acentua com a edição de sentenças aditivas. [[492]](#footnote-492) Em trabalho desenvolvido em conjunto com Cláudio Pereira de Souza Neto[[493]](#footnote-493), foram propostos parâmetros básicos para legitimar a edição de sentenças aditivas:

De início, cumpre apenas ressaltar uma importante particularidade do direito brasileiro, que é a previsão, no Texto Constitucional de 1988, do instituto do Mandado de Injunção: *“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”* (artigo 5º, LXXI). O instituto permite expressamente a edição de sentenças aditivas[[494]](#footnote-494). Silva Pacheco, ao referir à ideia subjacente à criação do mandado de injunção pelo poder constituinte de 1988, esclarece que o objetivo não era outro senão o de “permitir que o juiz ou o tribunal competente assegurasse o direito constitucional e suprisse a lacuna, se existente”[[495]](#footnote-495). Embora o problema relativo à superação da omissão legislativa inconstitucional pelo Judiciário seja compartido com quase todos os países que vivenciam uma democracia constitucional, os comparatistas atuais entendem que o mandado de injunção constitui instituto inédito[[496]](#footnote-496). Entre nós, André Ramos Tavares[[497]](#footnote-497) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho[[498]](#footnote-498) concluem no mesmo sentido: as semelhanças do mandado de injunção com outros institutos do direito estrangeiro são insuficientes para pretender derivar deles o *writ* brasileiro em suas específica formulação.

A autorização constitucional para a edição de sentenças aditivas vem acompanhada do estabelecimento das possibilidades e limites para a edição desse tipo de sentença pelo judiciário brasileiro. Em síntese, a norma constitucional disciplinadora do instituto exige, para a concessão do pedido formulado no mandado de injunção, a presença cumulativa das seguintes condições: (i) existência de um direito constitucionalmente reconhecido como fundamental; (ii) não autoaplicabilidade da norma constitucional que consagra o direito; (iii) ausência de norma regulamentadora; (iv) mora legislativa para além de um período razoável de tempo; (v) inviabilidade do exercício do direito.

Naquela oportunidade, defendeu-se uma proposta de delimitação da competência normativa do Supremo Tribunal Federal a partir do referencial normativo do mandado de injunção. A ideia central baseava-se na premissa de que o artigo 5º, LXIX, da Constituição apresenta natureza bifronte: (i) de um lado, cria um mecanismo processual adequado à superação do estado de omissão inconstitucional; (ii) de outro, estabelece um campo delimitado de atuação normativa do Supremo Tribunal Federal. Sob essa segunda perspectiva, portanto, a norma constitucional que cuida do mandado de injunção define os limites constitucionais na atuação normativa do Supremo Tribunal Federal:

Neste estudo não se sustenta que a edição de sentenças de caráter normativo possa ocorrer apenas no julgamento de mandados de injunção, que é o instrumento processual especificamente previsto para esse fim no ordenamento jurídico brasileiro. Mas que os limites para a edição dessas sentenças normativas, fixados no texto constitucional ao tratar do mandado de injunção, devam ser necessariamente observados, ainda quando a edição da sentença aditiva ocorra no julgamento de ações de outro tipo. Embora a disposição constitucional especifique um modelo processual típico para a superação judicial da omissão legislativa inconstitucional, a norma constitucional veiculadora do mandado de injunção (artigo 5º, LXIX) implica a atribuição de uma competência ao Poder Judiciário de criação de um novo texto normativo. Essa competência normativa supletiva para a produção de norma regulamentadora de direito fundamental revela a positivação constitucional de uma função judicial de legislador positivo (dentro de certos limites e pressupostos)[[499]](#footnote-499). A atribuição dessa nova competência ao Judiciário cumpre uma dupla função: (i) explicitar a possibilidade de formulação judicial da norma regulamentadora que faltava para tornar viável o exercício do direito fundamental; (ii) limitar essa competência normativa aos pressupostos definidos pela Constituição como autorizadores dessa função normativa.[[500]](#footnote-500)

A proposta de limitação da competência normativa das Cortes constitucionais a partir do referencial da proteção de direitos fundamentais é também encontrada na Itália, onde não há sequer um mecanismo processual especificamente previsto na Constituição para superação de omissão inconstitucional por meio de decisão normativa. Pinardi lembra que há um primeiro segmento de decisões normativas da Corte é diretamente influenciada pela preocupação de fundo de que após a adoção de uma sentença meramente caducatória surjam impedimentos para o gozo de direitos constitucionalmente garantidos. A Corte constitucional italiana produz normas jurídicas a partir da consideração dos efeitos consequentes que poderiam resultar da invalidação da disciplina posta ao juízo da Corte e o surgimento ao mesmo tempo de uma situação normativa pejorativa, sob o aspecto da tutela das situações de garantia asseguradas pela Constituição[[501]](#footnote-501). Pinardi, ao sobrelevar a necessidade de verificação pela Corte quanto aos possíveis efeitos negativos em termos de proteção dos direitos da pessoa advindos de eventual acolhimento da pretensão de inconstitucionalidade, observa, com acerto, que a mudança de papel da jurisdição constitucional – que passa a tutelar os direitos subjetivos constitucionalmente garantidos – implica uma valorização das consequências do controle de constitucionalidade sobre o efetivo gozo daqueles direitos[[502]](#footnote-502).

No Brasil, embora possam apresentar grande relevância as razões pelas quais se construiu um modelo alternativo de decisões normativas em outros quadrantes, o fato é que a Constituição criou um sistema especificamente voltado à superação do estado de omissão inconstitucional por meio de soluções judiciais de natureza normativa. Prevalece atualmente tanto na doutrina como na jurisprudência a concepção de que a Constituição autorizou o Judiciário a produzir a norma regulamentadora do direito constitucional cuja eficácia foi paralisada pelo estado de omissão legislativa inconstitucional.

Salvo a hipótese de --- como observei anteriormente, lembrando FERNANDO PESSOA --- transformarmos a Constituição em papel “pintado com tinta” e aplica-la em “uma coisa em que está indistinta a distinção entre nada e coisa nenhuma”, constitui dever-poder do Tribunal a formação supletiva, no caso, da norma regulamentadora.

O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes (art. 2o da Constituição do Brasil0 e a separação dos poderes (art. 60, §4º, III) --- é insubsistente.

Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o art. 37, VIII da Constituição, função normativa, porém não legislativa.

(...)

De resto, é ainda certo que, no caso de concessão do mandado de injunção, o Poder Judiciário formula a própria norma aplicável ao caso, embora ela atue como novo texto normativo.

(...)

O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado. Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada, atuará como texto normativo a ser interpretado/aplicado.

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

De resto, o Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora faltante. (...)

A este Tribunal incumbirá --- permito-me repetir --- se concedida a injunção, remover o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto, norma enunciada como texto normativo, logo sujeito a interpretação pelo seu aplicador. (...)

No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora que falta para, no caso, tornar viável o exercício do direito (...)[[503]](#footnote-503)

Sem atribuir maior importância ao debate sobre se a Constituição autorizou expressamente ou apenas implicitamente a produção da norma faltante no caso da concessão do mandado de injunção[[504]](#footnote-504), o fato é que já não se duvida, na quadra atual, de que ao Judiciário foi imputada a grave incumbência de suprir omissões legislativas inconstitucionais que impeçam o exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Teori Zavascki lembra que *“a opção de conferir ao mandado de injunção o perfil normativo-concretizador, como faz o STF, importa, em boa medida, atribuir ao Judiciário uma atividade tipicamente legislativa”*[[505]](#footnote-505).

O crescimento recente da importância do mandado de injunção a partir da adoção da tese concretista pelo Supremo Tribunal Federal não significa que esse instrumento processual manterá o mesmo grau de importância nos próximos anos. Luís Roberto Barroso chega a defender a ideia e que o instituto é prescindível e já cumpriu seu “ciclo histórico”[[506]](#footnote-506). Considerada a dupla função exercida pela norma constitucional que prevê o mandado de injunção – (i) de um lado, cria um mecanismo processual adequado à superação do estado de omissão inconstitucional; (ii) de outro, estabelece um campo delimitado de atuação normativa do Supremo Tribunal Federal –, vê-se que a crítica formulada por Luís Roberto Barroso dirige-se à primeira das funções, sem apostar, entretanto, no declínio da função normativa da Corte. Pode-se especular, nesse campo, a respeito do futuro do instituto na jurisprudência dos Tribunais. A proposta defendida neste trabalho não aposta tanto na atividade normativa desempenhada pelo STF no âmbito processual do mandado de injunção. A preocupação central é de reativar a segunda função da norma constitucional que institui o mandado de injunção, atribuindo-lhe a feição de parâmetro de delimitação da competência normativa do Tribunal.

Em outras palavras, o mandado de injunção, para ser eficaz e útil, somente pode ser analisado como “poder-atribuição” do Supremo Tribunal Federal, a revelar uma capacidade política de criação normativa que pode se apresentar nos mais diversos contextos processuais possíveis e nos formatos mais diversos. O mandado de injunção, nesses termos, é uma caracterização ou rotulagem de um tipo específico de decisão do Supremo Tribunal Federal, e não uma tipificação de instrumento processual.[[507]](#footnote-507)

A praxe tem demonstrado, como ressalta Rodrigo Kaufmann, que a atividade normativa desempenhada pelo STF vai muito além daquela revela no julgamento do mandado de injunção:

O resultado disso é que a complementação de espaços normativos que teriam sido omitidos pelo Legislativo é pressuposto de qualquer atividade jurisdicional e não pode ser limitada às condições de conhecimento de apenas uma ação judicial. É possível, portanto, nesse sentido, falar-se de omissão legislativa, mesmo que não de maneira explícita, nos autos de ação direta de inconstitucionalidade, de ação de descumprimento de preceito fundamental, de mandado de segurança, de recurso extraordinário, de *habeas corpus*, de reclamação, enfim, de qualquer instrumento processual que viabilize a análise de atos normativos. Tanto é assim que a complementação de omissões legislativas ou a produção criativa de decisões judiciais acontece em qualquer esfera processual de atuação do Tribunal e, muitas vezes, até for a dela, como ocorre na aprovação de súmulas, atividade essa que inegavelmente tem relação de semelhança próxima com a própria atividade legiferante.[[508]](#footnote-508)

A identificação da omissão legislativa inconstitucional e das perspectivas decisórias de superação desse estado de omissão não depende do meio processual utilizado para discutir a questão constitucional. O papel e os limites da jurisdição constitucional não são traçados pelos meios processuais criados para o desempenhado dessa função. Ao contrário, os meios processuais é que devem ser interpretados de forma a permitir o desempenho satisfatório da jurisdição constitucional. Por isso que os limites da função jurisdicional normativa do STF não podem variar de acordo com o meio processual utilizado para questionar a omissão inconstitucional. Daí Rodrigo Kaufmann ter concluído que a função normativa do STF encontra limites definidos na norma constitucional que institui o mandado de injunção, independente do meio processual utilizado:

O mandado de injunção, para estabelecer uma compreensão útil do art. 5o, LXXI, da Constituição, deve se referir a um tipo decisório, ou a uma dimensão da decisão do Judiciário que acaba por encarnar um poder-atribuição inerente ao seu funcionamento no quadro de Poderes institucionais harmônicos entre si. Em outras palavras, o que a Constituição faz ao estabelecer esse dispositivo é reconhecer esse poder-atribuição do Supremo Tribunal Federal e dizer que ele pode ser exercido em qualquer atuação da Corte, por meio de qualquer meio processual, desde que se paute no esforço de tornar viável “o exercício dos direitos e liberdades constitucionais”.[[509]](#footnote-509)

A postura é compatível com a atual tendência jurisprudencial de reconhecimento de fungibilidade dos meios processuais de controle de constitucionalidade. Recentemente o Supremo Tribunal Federal reviu sua antiga jurisprudência e passou a adotar o entendimento segundo o qual existe uma fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por acabo e por omissão[[510]](#footnote-510). A competência normativa do Supremo Tribunal Federal é uma só e encontra legitimidade na norma constitucional que autoriza a produção de normas jurídicas pelo Tribunal para viabilizar o *exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*. A proposta ora defendida baseia-se na premissa de que, embora o ideal seja confiar à deliberação pública a justificação das decisões políticas, o potencial legitimador da deliberação só se manifesta em contextos em que seus pré-requisitos são respeitados. Caso contrário – o que ocorre quando os direitos (materialmente) fundamentais são desprezados –, o STF pode contribuir para o aperfeiçoamento da própria democracia, concretizando as precondições da deliberação em lugar das maioria parlamentares inertes.

**6.6. DEFINIÇÃO DO ÂMBITO DE COMPETÊNCIA NORMATIVA DO STF: PRODUÇÃO DE NORMAS NECESSÁRIAS PARA VIABILIZAR O EXERCÍCIO DE DIREITOS MATERIALMENTE FUNDAMENTAIS**

Partindo da premissa estabelecida no tópico anterior – a competência normativa do Supremo Tribunal Federal é definida pela norma constitucional que autoriza a produção de normas jurídicas pelo Tribunal a fim de viabilizar o *exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania* (art. 5o, LXXI, CF) –, torna-se necessário esclarecer os limites da competência desempenhada no julgamento do mandado de injunção a fim de garantir a clareza da definição do âmbito material da função normativa do Supremo Tribunal Federal. A norma constitucional sob análise – *“conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”* – circunscreve a competência normativa do Supremo Tribunal Federal às hipóteses de identificação cumulativa dos seguintes requisitos: (i) existência de omissão inconstitucional; (ii) da qual resulte obstáculo para o exercício de direitos materialmente fundamentais. A afirmação da legitimidade da função contramajoritária do STF na proteção aos direitos materialmente fundamentais – inclusive no campo do exercício da função normativa de suplência – não o desonera da obrigação de justificação das razões que autorizam a intervenção judicial. A demonstração racional da presença dos requisitos autorizadores da assunção de função normativa – (i) existência de omissão inconstitucional; (ii) da qual resulte obstáculo para o exercício de direitos materialmente fundamentais – constitui ônus argumentativo do qual o STF deve se desincumbir ao criar direito novo no lugar (apenas transitoriamente) do legislador[[511]](#footnote-511).

Embora a doutrina nacional tenha controvertido a respeito do âmbito de proteção do mandado de injunção – alguns sustentando que qualquer direito constitucional frustrado pela omissão inconstitucional poderia ser objeto de proteção[[512]](#footnote-512) e outros afirmando que apenas direitos fundamentais seriam passíveis de garantia por essa via processual[[513]](#footnote-513) –, a posição defendida por Cláudio Pereira de Souza Neto foi a que melhor compatibilizou a função normativa desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal com o princípio democrático: o campo de incidência do mandado de injunção limita-se ao espaço dos direitos materialmente fundamentais[[514]](#footnote-514). Defende-se, assim, uma via conciliatória da defesa da função normativa judicial com o exigência democrática[[515]](#footnote-515), restringindo o parâmetro normativo para a declaração da mora legislativa, para efeitos de concessão do mandado de injunção, aos direitos materialmente fundamentais, pois, *“[a]ssim estabelecido o campo de abrangência do MI, pode-se atribuir ao Judiciário a prerrogativa de elaborar diretamente a norma regulamentadora, e superam-se os problemas de legitimação atinentes ao princípio da soberania popular”[[516]](#footnote-516)*.

De fato, a afirmação de que o Judiciário só é legítimo para atuar como legislador negativo, nunca como legislador positivo, não se apoia no princípio democrático nem no princípio da separação de Poderes. Se considerarmos que os direitos fundamentais são condições para a cooperação democrática, então, o Judiciário possui também a prerrogativa de concretizá-los quando tem lugar a inércia dos demais ramos do Estado na realização dessa tarefa. Isso pode ser dito, por exemplo, em relação ao direito à educação, cujo não-exercício é óbice a uma participação mais efetiva no processo político. Não há, portanto, obstáculos democráticos à possibilidade de o Judiciário elaborar a norma regulamentadora capaz de permitir a concretização de tais condições. Pelo contrário, a democracia o requer. Para que se justifique a atuação judiciária, é necessário apenas que a não-regulamentação implique deixar de concretizar um direito funda- mental. Do contrário, cabe à maioria decidir sobre a conveniência e a oportunidade de elaborar a norma regulamentadora. Ademais de se apoiar em um exame da legitimidade política da atuação jurisdicional, a atribuição de efeitos positivos às decisões proferidas em sede de MI, desde que na esfera da fundamentalidade, também encontra fundamento expresso na própria Constituição, cujo art. 5o, § 1o, estabelece deverem ser “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais” objeto de “aplicação imediata”.

Cláudio Pereira de Souza Neto afirma como parâmetro geral habilitador do exercício de função normativa pelo Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção o campo delimitado pelos direitos fundamentais sob o prisma material. Assim, direitos não dotados de fundamentalidade material cujo exercício seja obstaculizado pela inércia inconstitucional do dever regulamentador não se sujeitam à concretização judicial pela via do mandado de injunção: *“o que estiver além disso, em regra, deve ser concretizado por meio da atuação do Executivo e do Legislativo”*[[517]](#footnote-517). A proposta sugere maior ativismo no campo da proteção dos direitos materialmente fundamentais, chegando mesmo ao ponto de autorizar a criação de normas jurídicas para a superação da omissão inconstitucional que os inviabilize. Adotando-se como premissa a neutralidade – quanto à legitimidade meritória da decisão judicial – da postura judicial ativista proposta por Carlos Alexandre de Azevedo Campos[[518]](#footnote-518), pode-se afirmar que as sentenças proferidas pela Corte constitucional podem transitar entre o ativismo e a autorrestrição a depender de fatores de ordem político-democráticos ou político-institucionais. Para além de uma atitude descritiva em relação às decisões da Corte constitucional brasileira, convém sublinhar o esforço da doutrina nos últimos anos dirigido à parametrização material da jurisdição constitucional: revela-se fundamental encontrar balizas que justifiquem, em cada caso concreto, a aproximação dos ideais regulativos do ativismo ou da autorrestrição.

Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento têm procurado fixar parâmetros para *“calibrar a presunção constitucionalidade dos atos normativos, e também, por consequência, o grau de ativismo do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional”*[[519]](#footnote-519). Afirmam, a propósito, que a postura do Supremo Tribunal Federal deve ser mais ativista quando estiverem em jogo as *condições de funcionamento da democracia* e os *direitos materialmente fundamentais*. De fato, e para além da intrincada discussão a propósito da “dificuldade contramajoritária”[[520]](#footnote-520) da jurisdição constitucional, não se pode imputar a pecha de antidemocrática à atuação jurisdicional que objetive o aperfeiçoamento do funcionamento do regime democrático. Como afirmado anteriormente, mesmo autores de perfil abertamente procedimentalista, não obstante manifestem grave desconfiança quanto à legitimidade da jurisdição constitucional, reconhecem a importância do seu papel no contexto da proteção aos pressupostos de funcionamento da democracia[[521]](#footnote-521). Por outro lado, parece indiscutível que uma noção substancial de democracia envolve a construção de condições para que as pessoas possam expor e debater livremente suas ideias no espaço público. E isso depende do estabelecimento de um regime político que trata as pessoas como livres e iguais, respeitando a dignidade de cada ser humano, que então será capaz de participar dos processos deliberativos e produzir, discursivamente, o direito ao qual se vinculará de modo legítimo[[522]](#footnote-522).

A proposta de Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento de reconhecimento de maior amplitude de atuação do Supremo Tribunal Federal no campo da proteção às *condições de funcionamento da democracia[[523]](#footnote-523)* e aos *direitos materialmente fundamentais* constitui importante vetor para a interpretação do âmbito material garantido pelo mandado de injunção e, *a fortiori*, para a delimitação do espaço de atuação normativa da jurisdição constitucional. O intuito deste esforço argumentativo está em transformar a cláusula de abertura normativa da jurisdição constitucional (art. 5o, LXXI, CF) em um instrumento democrático, impedindo, assim, que a função normativa de suplência imputada pela Constituição ao Judiciário se converta em usurpação antidemocrática da função legislativa. Daí porque a defesa de uma interpretação da norma que disciplina o mandado de injunção dirigida a conferir-lhe a missão de proteção privilegiada de direitos materialmente fundamentais, ou seja, aqueles necessários à garantia das condições de realização de uma democracia efetiva e substancial[[524]](#footnote-524). A criação do direito pelo Judiciário, como solução para contornar a omissão legislativa inconstitucional, deve transitar pelos caminhos da neutralidade política[[525]](#footnote-525), sem fazer da autorização constitucional para o exercício da função normativa de suplência uma carta em branco para legislar de acordo com doutrinas abrangentes particulares.

**6.6.1. A DELIMITAÇÃO DO CAMPO DOS DIREITOS MATERIALMENTE FUNDAMENTAIS**

Defende-se neste trabalho a tese de que a função normativa desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal deve circunscrever-se à superação de estado de omissão inconstitucional que obstaculize o exercício de direitos materialmente fundamentais. Essa assertiva é resultante do entrelaçamento das seguintes premissas teóricas: (i) a regra constitucional que disciplina o mandado de injunção expressa uma norma de competência normativa deferida ao STF; (ii) a Constituição define o âmbito material de incidência da competência normativa do STF ao estabelecer que “*conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”; (iii) a norma constitucional que define a competência normativa do STF deve ser interpretada, como exigência do respeito ao princípio democrático, como autorização para criação judicial de normas para superação do estado de omissão inconstitucional que inviabilize o exercício de direitos materialmente fundamentais. É nesse contexto que se mostra necessário esclarecer o sentido da expressão *direitos materialmente fundamentais[[526]](#footnote-526)*. Ganha centralidade, segundo a visão defendida neste trabalho, estabelecer qual a abrangência do conceito de direitos fundamentais: restringindo-se ou ampliando-se sua abrangência, restringe-se ou amplia-se também o campo de competência normativa do Supremo Tribunal Federal.

Carlos Bernal Pulido defende a ideia de que um direito subjetivo precisa manifestar pelo menos uma propriedade formal e outra material para ser considerado um direito fundamental. As propriedades formais estão relacionadas ao posicionamento dos direitos fundamentais em uma fonte específica do direito. Para o autor, quatro são as propriedades formais comumente denominadas propriedades fundamentais do direito fundamental: (i) o pertencimento da disposição fundamental, que estatui o direito fundamental, ao capítulo dos direitos fundamentais da Constituição; (2) o pertencimento da disposição fundamental, ao texto da Constituição; (3) o pertencimento da disposição de direito fundamental, ao texto da Constituição ou a outra fonte do direito (principalmente pactos, convenções e outras fintes de direito); e (4) o reconhecimento não de uma disposição fundamental, mas da validade de uma norma de direito fundamental ou de uma posição de direito fundamental caucionada por ela por meio da jurisdição constitucional[[527]](#footnote-527). As propriedades materiais dos direitos fundamentais, por outro lado, podem ser assim sintetizadas: confere fundamentalidade material aos direitos subjetivos a característica consistente em proteger interesses fundamentais do indivíduo, quais sejam (1) liberdade, (2) autonomia, (3) igualdade e (4) satisfação das necessidades básicas[[528]](#footnote-528). Conclui o autor no sentido de que *“um direito subjetivo deve ser reconhecido como direito fundamental quando proteger as habilidades morais do indivíduo liberal ou sua imputabilidade, bem como quando visar satisfazer as necessidades fundamentais do indivíduo”*[[529]](#footnote-529).

A quadra atual autoriza a afirmação categórica de que a democracia pressupõe a garantia de certos direitos fundamentais (aos quais se atribui, nessa perspectiva, a qualidade de fundamentalidade material). É certo que há controvérsias a respeito de quais direitos ostentariam essa especial qualificação jurídica[[530]](#footnote-530). Em larga medida a discussão acerca da definição do rol de direitos materialmente fundamentais pode ser reconduzida ao debate já referido entre procedimentalistas e substancialistas. A concepção defendida por John Hart Ely, coerente com sua matriz procedimentalista, imputa a qualidade de materialmente fundamentais aos direitos relacionados às liberdades públicas clássicas: liberdade de expressão, liberdade de religião, etc.) e aos instrumentos de proteção de minorias que sejam vítimas tradicionais de preconceito no espaço público[[531]](#footnote-531). A perspectiva sustentada por Habermas, embora compartilhe com Ely a matriz procedimentalista, supõe que a democracia, para realizar-se, depende da garantia de uma gama mais extensa de direitos fundamentais:

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação (...); (2) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro da associação de parceiros do direito; (3) direitos fundamentais que resultam imediatamente da postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual (...); (4) direitos fundamentais à participação, em igualdade de condições, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo (...); (5) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4).”[[532]](#footnote-532)

A concepção baseada na teoria democrático-deliberativa, tal como defendida por Cláudio Souza Neto, a despeito da grande coincidência com a perspectiva *habermasiana*, apresenta uma nota substancialista mais acentuada:

O modelo ora proposto se aproxima da perspectiva *habermasiana* na medida em que não considera adequado incluir no núcleo material da Constituição os objetivos a serem obrigatoriamente perseguidos pela deliberação pública, como acontece na teoria de justiça de Rawls e na teoria da constituição dirigente. Entende, com Habermas, que isso implica uma limitação excessiva da soberania popular. Mas reconhece também que o modelo habermasiano se abre razoavelmente a reduções “democrático-funcionais”, embora não seja essa a sua única interpretação possível. Por isso, a “cooperação” figura aqui como uma dimensão essencial da deliberação democrática. Nesse sentido, a presente estratégia de justificação é mais substantiva que a de Habermas, embora sem se identificar com a proposta de Rawls. Para o modelo cooperativo de democracia deliberativa, o núcleo essencial da Constituição é composto pelas “condições para a cooperação na deliberação democrática”, i.e., pelas condições que permitem a criação de um contexto que todos se vejam motivados a cooperar objetivando a realização do bem comum. Formulado dessa maneira, elabora uma alternativa à teoria da constituição dirigente que, elidindo o elitismo que a caracteriza (por limitar a deliberação através de princípios substantivos previamente determinados), não recai no reducionismo procedimentalista, levado a cabo, v. g., por Ely. A teoria da Constituição desenvolvida no presente estudo rejeita, portanto, a tendência de circunscrever o debate à dicotomia “constituição-programa” vs. “constituição-processo”, que, por vezes, tem marcado o pensamento constitucional contemporâneo.[[533]](#footnote-533)

Cláudio Pereira de Souza Neto empreendeu importante esforço argumentativo de reconstrução teórica do sistema de direitos fundamentais a partir do princípio democrático, conforme concebido pela teoria democrático-deliberativa, e demonstrou que a tendência atual é de delimitar o espectro de fundamentalidade material com base em argumentos materiais, e não meramente positivos[[534]](#footnote-534). Para o autor, serão considerados fundamentais os direitos que representam condições procedimentais da democracia. Isso porque em uma democracia a deliberação só pode ser limitada em favor da garantia da continuidade e da integridade da própria democracia[[535]](#footnote-535). Por isso que, ao proteger direitos fundamentais, o Judiciário não se apodera das prerrogativas inerentes à deliberação democrática, mas possibilita que a maioria delibere melhor ao aperfeiçoar o processo deliberativo democrático. A proposta de identificação dos direitos materialmente fundamentais com as condições procedimentais da democracia constitui o resultado de uma tentativa de *reconstrução interpretativa* do sistema de direitos fundamentais à luz do princípio democrático. Cláudio Pereira de Souza Neto argumenta que a teoria democrático-deliberativa[[536]](#footnote-536) oferece uma resposta satisfatória ao impasse sobre como definir – no ambiente democrático – quais direitos gozam de uma racionalidade intrínseca[[537]](#footnote-537):

Observe-se que tal teoria formula o conceito de direitos fundamentais através de argumentos centrados na própria noção de democracia: os direitos fundamentais são condições procedimentais da democracia[[538]](#footnote-538) e devem, por isso, ser mantidos dentro de uma esfera de intangibilidade, a ser protegida pelo Judiciário contra os arroubos das maiorias eventuais. Ainda que limitando o princípio majoritário, em favor de direitos fundamentais, o judiciário estará, assim, exercendo a função de guardião da democracia e se atendo ao campo da neutralidade política, em que se situa o consenso procedimental.[[539]](#footnote-539)

A síntese segundo a qual *“as normas, que têm em vista garantir as condições procedimentais da democracia deliberativa, são justamente os direitos (materialmente) fundamentais”[[540]](#footnote-540)* repousa na premissa de que uma fundamentação filosófica (racional[[541]](#footnote-541)) dos direitos fundamentais – que necessariamente prescinde de explicações metafísicas[[542]](#footnote-542) – deve apostar em uma delimitação do campo de intangibilidade desses direitos passível de aceitação universal, pelas mais diversas doutrinas compreensivas razoáveis[[543]](#footnote-543). Para a teoria democrático-deliberativa, os direitos fundamentais devem ser explicados a partir da própria noção de democracia, do que resulta que *“os direitos fundamentais são condições procedimentais da democracia e devem, por isso, ser mantidos dentro de uma esfera de intangibilidade”[[544]](#footnote-544)*. Essa elaboração teórica oferece substrato para a reconstrução da norma que disciplina a competência normativa do Supremo Tribunal Federal – precisamente a partir do princípio democrático –, fornecendo-lhe coerência e integridade.

A questão central é: se considerarmos que certos direitos sociais são condições procedimentais da democracia – como fazem, p. Ex., Habermas, Gutmann e Thompson –, então o judiciário, como seu guardião, possui também a prerrogativa de concretizá-los, quando tem lugar a inércia dos demais ramos do estado na realização da tarefa. Note-se bem: se o judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade.[[545]](#footnote-545)

Percebe-se, assim, que o controle da omissão inconstitucional por meio da criação judicial de normas jurídicas pode ser justificado, sob o prisma filosófico, pelo princípio democrático: a produção de normas jurídicas pelo STF, quando voltada à superação da omissão inconstitucional que inviabiliza o exercício de direitos materialmente fundamentais, serve à garantia das condições procedimentais da democracia. Essa postura ativista restrita à tutela das condições de realização da democracia permitirá que a atribuição de efetividade jurídica à cláusula constitucional dos “*dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*” por meio do exercício judicial da função normativa não implique excessiva judicialização da política, com a usurpação de competências de entes democraticamente legitimados pelo Judiciário. A proposta interpretativa de matriz reconstrutiva voltada à delimitação do âmbito de competência normativa do Supremo Tribunal Federal se alicerça na interpretação da totalidade do sistema constitucional de acordo com o seu núcleo normativo, consubstanciado nos princípios do estado democrático de direito, de modo a excluir tentativas incoerentes que sacrificam as possibilidades de deliberação democrática[[546]](#footnote-546). Cuida-se, em síntese, de uma postura reconstrutiva de interpretação do art. 5o, LXXI, da Constituição baseada nos pressupostos normativos da democracia.

**6.7. A COMPETÊNCIA NORMATIVA DO STF E AS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS**

Nos tópicos anteriores, discutiu-se o problema da delimitação da competência normativa do Supremo Tribunal Federal sob a ótica do ideal democrático. A questão estava em definir os limites da competência normativa judicial de modo a compatibilizá-la com a noção de governo do povo. Daí porque ter-se defendido que a competência normativa do Supremo Tribunal Federal deve ter como objetivo imediato tornar viável o exercício de direitos e garantias materialmente fundamentais, contexto no qual se tenciona atingir como objetivo mediato a reabilitação das próprias condições de funcionamento da democracia. Essa filtragem democrática da jurisdição constitucional, embora de extrema relevância, não resolve, por si só, todos os problemas do exercício de função normativa pelo Judiciário. Nesse campo, como lembra Daniel Sarmento, um ponto que vem sendo negligenciado pelos publicistas brasileiros relaciona-se à necessidade de análise comparativa das capacidades institucionais de cada intérprete para a definição do seu papel na hermenêutica constitucional e dos métodos mais adequados para desempenhar tal mister. Ainda segundo o mesmo autor, *“a cegueira diante das capacidades institucionais dos intérpretes da Constituição pode gerar perspectivas hermenêuticas muito bonitas na teoria, mas que, quando aplicadas na prática, se revelem desastrosas para a própria concretização dos valores constitucionais”*.

A doutrina brasileira, só mais recentemente debruçada sobre a análise das capacidades institucionais no campo da interpretação constitucional[[547]](#footnote-547), tem alertado para a grande utilidade da chamada análise de capacidades institucionais, como instrumento contrafático que indicará os limites funcionais da atuação dos órgãos administrativos, legislativos e judiciais. A intervenção do Poder Judiciário em assuntos de alta complexidade técnica, principalmente

Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle. Há também situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um

45. Na mesma esteira, convém trazer à baila advertência doutrinária da maior relevância subscrita pelo ilustre Professor Gustavo Binembojm[[548]](#footnote-548), que sugere, a partir da análise de capacidades institucionais, a vocação do Poder Executivo para a tomada de decisões de grande complexidade técnica, *verbis*:

Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle. Há também situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão.

Tem aqui grande utilidade a chamada análise de capacidades institucionais, como instrumento contrafático que indicará os limites funcionais da atuação dos órgãos administrativos, legislativos e judiciais.

Apesar de a preocupação institucional já fazer parte da agenda de outros teóricos, é razoável sustentar que o trabalho que efetivamente deu corpo a esse debate foi o artigo de Cass Sunstein e Adrian Vermule, publicado em 2003, intitulado *Interpretation anda institutions*.

**CAPÍTULO 7: CONSEQUÊNCIAS DA ADOÇÃO DA PROPOSTA FORMULADA**

No capítulo anterior, sustentou-se que a Constituição brasileira, interpretada reconstrutivamente – a partir dos seus próprios pressupostos normativos –, circunscreve a competência normativa do Supremo Tribunal Federal às hipóteses de identificação cumulativa dos seguintes requisitos: (i) existência de omissão inconstitucional; (ii) da qual resulte obstáculo para o exercício de direitos materialmente fundamentais. A proposta baseia-se em duas premissas essenciais: (i) a norma constitucional que disciplina o mandado de injunção, além de criar um mecanismo processual voltado à superação do estado de omissão inconstitucional, estabelece, como disciplina de competência, os limites da atuação normativa do Supremo Tribunal Federal; (ii) a produção de normas jurídicas pelo STF, quando voltada à superação da omissão inconstitucional que inviabiliza o exercício de direitos materialmente fundamentais, serve à garantia das condições procedimentais da democracia. A partir desse referencial, pode-se projetar uma série de consequências institucionais relevantes para a reconfiguração do poder normativo judicial no Brasil, as quais serão a seguir delineadas.

**7.1. AS SENTENÇAS ADITIVAS NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

O esforço argumentativo até aqui desenvolvido adotou o controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal como objeto de análise para fins de delimitação da sua competência normativa. A proposta reconstrutiva apresentada no capítulo anterior resulta na indiferenciação do controle concentrado ou difuso no que concerne ao parâmetro material de definição do âmbito de competência normativa do Supremo Tribunal Federal. A produção de normas jurídicas *ex novo* pelo STF pode decorrer tanto do exercício do controle difuso de constitucionalidade como também do controle concentrado. Afinal, como sustentado, o que importa para a configuração de hipótese autorizadora da ativação da competência normativa do STF é a identificação de omissão inconstitucional da qual resulte obstáculo para o exercício de direitos materialmente fundamentais, o que pode suceder tanto em um como em outro modelo de controle constitucional.

A pronúncia aditiva no contexto do controle difuso de constitucionalidade exige, além da presença dos requisitos e pressupostos já assina- lados, que o provimento judicial seja necessário ao julgamento da causa. Trata-se de decorrência do princípio dispositivo, o qual outorga à parte interessada a iniciativa do processo. É a parte que deduz a pretensão processual que deseja ver apreciada pelo Poder Judiciário, delimitando seu objeto: o juiz não pode apreciar senão aquilo que lhe foi apresentado pelas partes no processo.[[549]](#footnote-549)

O controle de constitucionalidade difuso a cargo de toda a magistratura brasileira não difere qualitativamente daquele desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. A diferença – não de pouca importância – reside na posição de cúpula ocupada pela Corte constitucional, a qual incumbe dizer, em última instância, se o controle exercido pelos juízes e Tribunais é ou não conforme a Constituição. Não se pode identificar, sob o prisma material, qualquer diferença em relação ao juízo de constitucionalidade realizado difusa ou concentradamente: os parâmetros de controle e a metodologia empregados são precisamente os mesmos. Por outro lado, o controle da constitucionalidade por omissão é também realizado na via difusa por toda a magistratura brasileira. Disso decorre que tanto a identificação da omissão inconstitucional como também o seu controle judicial podem ser reconduzidos aos mesmos parâmetros materiais, seja qual for a instância judicial onde sejam controvertidos. O controle difuso de constitucionalidade das omissões inconstitucionais realizado por qualquer juiz ou Tribunal não pode ser amputado pela inviabilidade de utilização de decisões aditivas. Estar-se-ia a subtrair, sem respaldo constitucional, uma competência deferida em plenitude a toda a magistratura brasileira.

O eventual exercício de competência normativa de suplência no âmbito da fiscalização difusa da inconstitucionalidade por omissão poderá ser controlado pelo Supremo Tribunal Federal por duas vias principais: (i) o recurso extraordinário e (ii) a reclamação constitucional. No primeiro caso, a solução aditiva alvitrada pelo juiz ou Tribunal poderá ser sindicada pelo Supremo Tribunal Federal, pela via do recurso extraordinário, sob dois ângulos básicos: ou (i) a norma criada no âmbito do controle difuso contraria alguma norma constitucional; ou (ii) os pressupostos autorizadores da ativação da competência judicial normativa não se fizeram presentes e o Judiciário sequer poderia ter criado a norma regulamentadora de suplência. No segundo caso, a solução aditiva construída pelo juiz ou Tribunal no controle difuso pode violar a autoridade de decisão do STF dotada de eficácia vinculante ou de efeitos *erga omnes*, o que poderá acontecer por meio de súmula vinculante ou pela simples atribuição desse tipo de eficácia à decisão proferida em sede de mandado de injunção, além, é claro, daquelas decisões providas por força de lei dessa eficácia transcendente. Embora haja atual controvérsia acerca da possibilidade de imputação de efeitos *erga omnes* à decisão proferida em mandado de injunção, a tendência de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade – materializada recentemente em projeto de lei (PL n. 6.128/2009) que pretende positivar a opção pela atribuição de efeitos *erga omnes* ao que decidido no mandado de injunção – sugere a viabilidade da proposta. Não parece fazer sentido restringir os efeitos da decisão proferida em sede de mandado de injunção em demandas de perfil repetitivo quando o Tribunal pode aprovar súmula vinculante com o mesmo teor da decisão paradigma.

**7.2. A FUNÇÃO INTERPRETATIVA DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E A COMPETÊNCIA NORMATIVA DO STF**

Adotando-se como ponto de partida o reconhecimento de uma função normativa ao Supremo Tribunal Federal, cabe questionar sobre o papel dos juízes e Tribunais no exercício da interpretação da normas criadas no controle das omissões inconstitucionais. É certo que o novo segmento normativo adicionado ao ordenamento pela sentença aditiva constituirá, como qualquer outra norma, objeto da atividade interpretativa por parte do Judiciário na solução de casos concretos. Importa sublinhar que o reconhecimento de uma função normativa ao Supremo Tribunal Federal não implica limitar a função jurisdicional da magistratura ordinária. Isso porque o novo segmento normativo – criado pelo STF no âmbito do controle da omissão inconstitucional – insere-se no ordenamento jurídico com o mesmo *status* normativo da norma faltante (não produzida pelo órgão originalmente competente). Desse modo, também a norma resultante da parte reconstrutiva da sentença aditiva será objeto de interpretação por juízes e Tribunais.

Si è già notato che i comuni considerano legittimi e anzi confidano negli interventi manipolativi della Corte costituzionale perché ili ritengono indispensabili per la realizzazione di uno scopo, quello della riconduzione a Costituzione dell’intero ordinamento, che loro stessi condividono e concorrono quotidianamente a perseguire tramite gli ordinari strumenti interpretativi di cui dispongono.

Si può ora aggiungere che lo stesso vincolo integrale ai dispositivi manipolativi che consegue all’idea di manipolatività testuale risulta ben accetto ai giudici comuni perché non realizza affatto un’indebita limitazione dei poteri giurisdizionali, come a prima vista potrebbe sembrare, ma al contrario consente ai giudici di mantenere inalterato nei confronti del <nuovo> testo legislativo il loro ruolo di moltiplicare le già ampie possibilità di scelta della norma applicabile al caso di cui essi normalmente godono.

Da una parte, infatti, se dice che la sentenza manipolativa modifica il testo di legge, ne consegue che il potere interpretativo del giudice non viene né eliminato né ridotto, bensì semplicemente si trasferisce, identico, su un altro oggetto.[[550]](#footnote-550)

Não é demasiado recordar, portanto, que o novo texto normativo introduzido pela sentença aditiva pode também se prestar, tal qual os textos legislativos, a uma interpretação dotada de elevado grau de criatividade. Insista-se: o novo segmento normativo – criado pelo STF no âmbito do controle da omissão inconstitucional – insere-se no ordenamento jurídico com o mesmo *status* normativo da norma faltante (não produzida pelo órgão originalmente competente). Isso quer dizer que se a omissão inconstitucional reside na falta de produção de uma lei ordinária federal pelo Congresso Nacional, a norma criada pelo STF para o suprimento dessa omissão gozará do *status* de lei ordinária federal. Nesse caso, por exemplo, os juízes ordinários interpretarão a norma criada pelo STF do mesmo modo que o fazem em relação às demais leis ordinárias federais. Os eventuais equívocos de interpretação da norma de suplência criada pelo STF – por ocupar no ordenamento a posição equivalente à de lei ordinária – serão enfrentados pelas vias recursais previstas no sistema jurídico e contarão, ao final, com a atividade interpretativa uniformizadora do Superior Tribunal de Justiça. É equivocado supor que o simples fato de ter sido o STF o órgão responsável pela criação da norma o torna o intérprete final das controvérsias posteriormente geradas em razão da sua concreta aplicação. Afinal, se a norma produzida pela sentença aditiva goza de *status* de lei ordinária federal, por exemplo, não se compatibiliza com a Constituição a pretensão de imputar ao STF a função interpretativa da norma infraconstitucional.

A proteção judicial conferida à norma criada pelo STF (transitória) deve ser precisamente a mesma que o sistema confere à norma futuramente produzida pelo legislador (definitiva). Se o descumprimento da futura norma a ser aprovada pelo Congresso Nacional será fiscalizado no âmbito do controle de legalidade empreendido pelos juízes e Tribunais nacionais – com o acesso ao Superior Tribunal de Justiça pela via do recurso especial –, ao mesmo tipo de controle deverá se submeter a norma transitória produzida pelo STF. A advertência apresenta grande valor prático na medida em que se inviabiliza, a partir dessa concepção, o aviamento de reclamação constitucional com o objetivo de obter do STF interpretação sobre o modo de aplicação da norma criada no âmbito do controle de constitucionalidade[[551]](#footnote-551).

**7.3. LIMITAÇÕES À COMPETÊNCIA NORMATIVA JUDICIAL**

A função desempenhada pelo Judiciário ao criar direito novo para suprir o estado de omissão inconstitucional – nas hipóteses autorizadas pela Constituição – tem natureza normativa, mas não legislativa. Faz parte do conhecimento convencional o reconhecimento de que as funções normativa, administrativa e judicial se apresentam, em maior ou menor extensão e profundidade, nos três Poderes da República. A despeito dessa constatação, não se pode desprezar que o princípio da separação de poderes, tal como concretizado pelo STF, exige, como conteúdo mínimo de normatividade, o estabelecimento das chamadas cláusulas de reserva de poder, ou seja, campos delimitados de competência exclusiva de cada poder. Tais reservas de competência, nesse contexto, funcionam como elementos normativos concretizadores da harmonização dos poderes (art. 3o da Constituição)[[552]](#footnote-552). O sensível e dinâmico equilíbrio entre os Poderes depende, em grande medida, do respeito recíproco ao núcleo intangível de competências constitucionalmente atribuídos a cada um deles.

A postura ativista adotada pelo Judiciário manifestada por meio decisões de perfil normativo encontra na construção do sentido das cláusulas constitucionais de reserva de poder um limite salutar contra o abuso do poder jurisdicional. Diante da complexa teia de relações institucionais desenhada pela Constituição vigente – em grande medida para dar conta da realização de objetivos ousados nela inscritos –, a busca pela identificação de âmbitos de competência reservada a cada um dos Poderes constitui relevante contribuição para a manutenção da higidez normativa do princípio da separação de poderes. A esse respeito, deve-se considerar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acolhe a distinção entre *reserva de lei em sentido estrito* e *reserva de norma*.

Tome-se o enunciado do preceito: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ora, há visível distinção entre as seguintes situações: (i) vinculação às definições da lei; (ii) vinculação às definições decorrentes --- isto é, fixadas em virtude dela --- de lei. No primeiro caso estamos diante da *reserva de lei*; no segundo, em face da *“reserva de norma”* (norma que pode ser tanto legal quanto regulamentar; ou regimental). Na segunda situação, ainda que as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa --- mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em lei --- o princípio estará sendo devidamente acatado. No caso, o princípio da legalidade expressa *reserva de lei em termos relativos (= reserva de norma)*, razão pela qual não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo e ao Judiciário, para, no exercício de função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares --- e os vincule. Voltando ao artigo 5o, II do texto constitucional, verificamos que, nele, o princípio da legalidade é tomado em *termos relativos*, o que induz a conclusão de que o devido acatamento lhe estará sendo conferido quando --- manifesta, explícita ou implicitamente, atribuição para tanto --- ato normativo não legislativo, porém regulamentar ou regimental, definir obrigação de fazer ou de não fazer alguma coisa imposta a seus destinatários. Tanto isso é verdadeiro --- que o dispositivo constitucional em pauta consagra o princípio da legalidade em termos apenas relativos --- que em pelo menos três oportunidades (isto é, no artigo 5o, XXXIX, no artigo 150, I e no parágrafo único do artigo 170) a Constituição retoma o princípio, então o adotando em termos absolutos: não haverá crime ou pena, nem tributo, nem exigência de autorização de órgão público para o exercício de atividade econômica sem *lei*, aqui entendida como tipo específico de ato legislativo, que os estabeleça. Não tivesse o artigo 5o, II consagrado o princípio da legalidade em termos somente relativos e razão não haveria a justificar a sua inserção no bojo da Constituição, em termos absolutos, nas hipóteses referidas. Dizendo-o de outra forma: se há um princípio de reserva de lei --- ou seja, se há matérias que não podem ser reguladas senão por lei --- evidente que das excluídas a essa exigência podem tratar, sobre elas dispondo, o Poder Executivo e o Judiciário, em regulamentos e regimentos. Quanto à definição do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto constitucional; no que concerne a essas matérias não cabem regulamentos e regimentos. Inconcebível a admissão de que o texto constitucional contivesse disposição despicienda --- *verba cum effectu sunt accipienda*.[[553]](#footnote-553)

A reserva de lei em sentido absoluto – tais como descritas no precedente do STF – mostra-se presente quando determinada matéria só puder ser regulada por ato emanado do Poder Legislativo, nos termos do processo legislativo parlamentar traçado na Constituição. A partir da diretriz jurisprudencial do STF, podem-se identificar pelo menos três reservas de lei em sentido absoluto: não haverá crime ou pena (artigo 5o, XXXIX), nem tributo (artigo 150, I), nem exigência de autorização de órgão público para o exercício de atividade econômica (parágrafo único do artigo 170) sem *lei*, aqui entendida como tipo específico de ato legislativo, que os estabeleça. Nesse campo – identificado como formador do espaço de reserva de Parlamento –, não há autorização constitucional para o exercício de poder normativo de suplência pelo Judiciário. A doutrina lusitana – profícua a esse respeito – considera que a reserva de Parlamento constitui um *plus* em relação à reserva de lei formal, na medida em que exige não apenas que a matéria seja veiculada por meio de instrumento constitucional idôneo a inovar na ordem jurídica[[554]](#footnote-554), mas também que esse instrumento tenha sido produzido no âmbito do processo legislativo parlamentar[[555]](#footnote-555). Luís Roberto Barroso recorda que o *“art. 62, § 1o da Constituição[[556]](#footnote-556) lista as matérias que não podem ser objeto de medidas provisórias e que, por isso, estão submetidas à reserva de lei formal”*[[557]](#footnote-557)*.* Embora não haja unanimidade na doutrina ou na jurisprudência a respeito da exata delimitação material da reserva de Parlamento na Constituição brasileira[[558]](#footnote-558), não se pode desprezar que as matérias sobre as quais somente o Parlamento pode exercer função normativa estão fora do alcance da competência normativa de suplência do Judiciário[[559]](#footnote-559).

**7.4. A MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTEXTO DAS SENTENÇAS ADITIVAS**

Carlos Blanco de Morais divide as sentenças manipulativas, no direito português, nas seguintes categorias: (a) decisões que modulam a sua eficácia temporal bem como a do direito que é objeto do respectivo julgamento; (b) decisões interpretativas condicionais (sentenças interpretativas de acolhimento e, até certo ponto, as de rejeição); (c) decisões com efeitos aditivos[[560]](#footnote-560). Embora o autor separe as categorias de modulação de efeitos e de sentenças aditivas, o próprio conceito destas últimas, tal como apresentado pelo autor, sugere que a técnica de modulação de efeitos não deixa de constituir em algum grau uma decisão de perfil aditivo. Afinal de contas, se entre nós o princípio da nulidade da lei inconstitucional possui extração constitucional, a vigência transitória de norma inconstitucional determinada pela sentença de inconstitucionalidade só pode ser entendida como modalidade de criação normativa por parte do Tribunal Constitucional. Que significa modular efeitos da decisão de inconstitucionalidade? Significa dizer que o Tribunal Constitucional, preocupado com o vácuo normativo causado pela decisão demolitória de inconstitucionalidade, cria norma jurídica – a mais das vezes com idêntico teor daquela declarada inconstitucional – para viger durante determinado período. Daí porque Gustavo Zagrebelsky ter defendido, em sede doutrinária, a ideia de que a decisão de modulação de efeitos constitui tipo específico de decisão constitucional aditiva[[561]](#footnote-561).

O fato de que na maior parte dos casos de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucional o único aspecto objeto da manipulação do Tribunal seja o aspecto temporal não infirma a conclusão de que esse tipo de decisão contém nítido perfil aditivo. Em primeiro lugar, porque o aspecto temporal é um dos seus elementos principais. Estabelecer o tempo de vigência da norma constitui expressão do poder normativo. Tanto é assim que incumbe ao legislador definir a natureza transitória ou não de uma norma, bem assim o momento da revogação de norma produzida sem a marca da transitoriedade inicial. Em segundo lugar, o fato de que a norma transitória produzida pelo Tribunal por meio da sentença constitucional normalmente reproduz integralmente o conteúdo da norma considerada inconstitucional em nada altera a conclusão de que é o Tribunal que decide sobre o conteúdo da norma transitória criada. A reprodução do conteúdo da norma inconstitucional no momento da modulação dos efeitos apenas representa manifestação do uso do recurso analógico. Afinal, como adverte Alice Voronoff, *“a existência de normas passíveis de aplicação analógica (i) mitigará o impasse relativo às capacidades institucionais, (ii) conduzirá o Judiciário à concretização de lacunas a partir de regras já emanadas dos Poderes eleitos, afastando a necessidade de uma completa inovação no ordenamento”*[[562]](#footnote-562).

A atividade normativa desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal na produção de decisões de modulação dos efeitos temporais, embora desenvolvida a partir do referencial consubstanciado na norma produzida pelo Legislativo, não está por ele limitado em seu aspecto substancial. É dizer: a norma transitória não precisa coincidir em todos os seus termos com a norma nulificada pela sentença de inconstitucionalidade. O enquadramento dessa técnica decisória no campo mais abrangente das sentenças aditivas demonstra que o Supremo Tribunal Federal, nos casos em que surja a necessidade de superação de vácuos normativos perigosos a partir da demolição da lei inconstitucional, deverá questionar não apenas sobre o tempo de vigência da norma transitória por ele criada, mas também acerca de seu conteúdo. A despeito do alto significado que o recurso analógico possui no momento da criação judicial da norma, a analogia desenvolvida com base em parâmetro normativo considerado pelo próprio Tribunal como inconstitucional pode revelar sérios inconvenientes. O Supremo Tribunal Federal, conquanto impelido pragmaticamente a emanar uma norma transitória – pois de outro modo o bem jurídico constitucional ficará desprotegido (violando o princípio da proporcionalidade na vertente da vedação à proteção insuficiente) –, pode, ao escolher o conteúdo desse norma, tencionar diminuir o grau de inconstitucionalidade revelado pela norma tida por inconstitucional.

A caracterização da decisão de modulação dos efeitos temporais como sentença aditiva tem como consequência direta o reconhecimento de que na atual fase do julgamento o Supremo Tribunal Federal está a exercer função normativa primária (ainda que legítima) implica a necessidade de abertura processual aos mais diversos atores envolvidos no debate público da sensível questão constitucional debatida. Recentemente, no julgamento do Mandado de Injunção n. 943 – por meio do qual se discutia a inconstitucionalidade por omissão em razão da falta de estabelecimento de lei versando o aviso prévio proporcional –, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer explicitamente a necessidade de adoção de modelo de sentença de perfil aditivo, considerou conveniente, ante a multiplicidade de possibilidades substanciais quanto à norma a ser criada pelo Tribunal, consolidar e discutir as propostas sobre o tema antes de decidir sobre o conteúdo da norma que seria criada por meio da sentença de inconstitucionalidade. É certo que o Supremo Tribunal Federal tem revelado diuturna preocupação com a abertura procedimental do controle de constitucionalidade, garantindo largamente a participação de *amicus curiae* e realizando inúmeras audiências públicas; entretanto, naqueles casos em que se revelar necessária a assunção de função normativa pelo Tribunal, a necessidade de garantia da democratização do processo de construção da norma aparece de modo qualificado[[563]](#footnote-563).

Se ao Supremo Tribunal Federal incumbirá a criação de norma transitória sobre o tema – em face do perigoso vácuo produzido pela decisão de inconstitucionalidade –, não menos certo é que o processo judicial deve comportar a abertura procedimental exigida para a criação legítima de normas jurídicas. A melhor opção, na esteira da preocupação manifestada pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do MI 943, está em paralisar o julgamento para que o Tribunal receba as diversas propostas de superação do vácuo produzido pela sentença de inconstitucionalidade, as consolide e somente depois delibere de modo sereno e qualificado sobre tais propostas. O melhor e mais democrático ambiente para a colheita de propostas, sem dúvida, é a audiência pública, a fim de possibilitar que o Tribunal colha as mais diversas propostas de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade.

**7.5. DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS E SENTENÇAS ADITIVAS**

A qualidade do diálogo institucional entre Corte constitucional e legislador depende, em grande medida, da correção das técnicas decisórias utilizadas pela Corte, especialmente das sentenças aditivas, campo no qual a possibilidade de concorrência no exercício de função normativa podem implicar irritações mútuas de grande importância para o aperfeiçoamento da democracia e para efetividade dos direitos fundamentais. O reconhecimento de que não há contradição apriorística entre direitos fundamentais e democracia, não necessariamente acarreta a aceitação de uma estrutura institucional que atribua ao Judiciário a última palavra sobre a melhor forma de concretizar – por meio da regulamentação – os direitos fundamentais. Ao contrário, consciente de que a função normativa judicial constitui o exercício extroverso de uma competência de suplência, o Judiciário deve desempenhar essa relevante função sob a advertência de que a norma por ele produzida tem natureza precária e transitória, cedendo imediatamente ante o advento da norma legislativa.

O Ministro Marco Aurélio, no julgamento do MI 943, alertou para a necessidade de que a decisão aditiva formulada pelo Supremo Tribunal Federal explicitasse a condição resolutiva da solução normativa consistente na edição de regulamentação constitucional por parte do Congresso Nacional. Naquela oportunidade, caracterizou a sentença aditiva como *“uma decisão submetida a uma condição resolutiva, porque, vindo a lei, o pronunciamento judicial deixa de surtir eficácia. Quando atuamos de forma concreta, desafiamos os representantes do povo e dos Estados e legislarem a respeito”*. A norma criada pelo Judiciário – tenha ou não a sentença estabelecido um prazo de vigência do regime provisoriamente fixado pelo Supremo Tribunal Federal – será automaticamente afastada pela superveniência de nova disciplina normativa criado pelo legislador para regular a matéria. A advertência é útil na medida em que a atividade normativa desempenhada pelo Judiciário não deve ser interpretado, de modo algum, como interdição do poder do Congresso Nacional de regulamentar a qualquer momento – e de forma diversa – o setor normativo que padecia de omissão legislativa. O objetivo da Corte constitucional é de iniciar um diálogo explícito com os poderes Executivo e Legislativo acerca da regulamentação de direitos fundamentais[[564]](#footnote-564). A norma criada pelo Judiciário – em especial pelo STF – revela explícita propensão à transitoriedade, na medida em que se destina à substituição por uma disciplina normativa produzida pelas instâncias políticas preferenciais. Por ocasião de recente julgamento no STF, o Ministro Luís Roberto Barroso defendeu o uso moderado da função normativa judicial como forma de aperfeiçoar o diálogo institucional com o Parlamento:

O sistema aqui proposto destina-se a ocupar provisoriamente uma lacuna constitucional terrivelmente ameaçadora. Não em perspectiva, mas comprovada por um quadro de inconstitucionalidade grave e sistemática que já se estabilizou. Como referido, esse tipo de providência já foi implementado por esta Corte em outras ocasiões, acompanhado de uma exortação ao Congresso Nacional para que se debruce sobre a questão. No presente caso, o regime a ser imposto começará a produzir efeitos apenas em 2015, de modo que o legislador disporá de cerca de um ano para aprofundar a reflexão que já vem conduzindo e, se for o caso, introduzir modelo alternativo que seja igualmente eficaz. Longe de menosprezar a separação dos Poderes, a fórmula de que se cogita tem o objetivo de promover o diálogo institucional na matéria – não em abstrato, e sim em torno de medidas efetivas para o restabelecimento da normatividade constitucional grosseiramente violada.[[565]](#footnote-565)

A solução normativa engendrada pelo Supremo Tribunal Federal, além de transitória, não deve optar pela estratégia perfeccionista de extrair o maior grau de proteção possível do direito materialmente fundamental ameaçado pelo vácuo normativo. O exercício da função normativa judicial deve ser exercida de modo a promover a menor intervenção possível no ordenamento jurídico, com o único objetivo de superar o estado de omissão inconstitucional (identificada a partir da violação ao parâmetro da proibição de proteção insuficiente). A criação normativa de natureza judicial deve ser aquela suficiente e necessária a superar o estado de omissão inconstitucional, tornando eficaz a norma constitucional com a menor intromissão possível no ordenamento jurídico[[566]](#footnote-566). O legislador certamente poderá, com base na formulação de juízos dotados de grande carga de discricionariedade, incrementar o grau de proteção dos direitos fundamentais em jogo, oferecendo aos destinatários da disciplina legal algo a mais do que recomenda o mínimo de proteção aquém do qual se pode vislumbrar uma omissão inconstitucional.

O legislador deve encarar a sentença aditiva como o (re)início de uma rodada de diálogo constitucional voltada especificamente para a efetivação de direitos materialmente fundamentais e, portanto, para a constante manutenção das condições de realização da democracia. A solução normativa adotada pelo STF não tem pretensão de definitividade e por isso não deve conduzir à paralisação das discussões no espaço público e no Parlamento. Ao contrário, deve funcionar como propulsora de um maior comprometimento das instâncias decisórias do Estado com a garantia dos direitos inalienáveis da pessoa humana, sem os quais o Estado Democrático de Direito não se realiza efetivamente. A experiência brasileira, nesse campo, tem demonstrado que as soluções normativas criadas pelo STF para superar vácuos normativos indesejáveis (omissões inconstitucionais) não têm incentivado os Poderes Executivo e Legislativo a produzir disciplinas normativas estáveis em substituição às normas transitórias criadas no ambiente judicial[[567]](#footnote-567). O baixo custo político de relegar ao STF a função normativa de garantia do mínimo constitucional de proteção dos direitos materialmente fundamentais não autoriza a delegação definitiva dessa função ao Judiciário, sob pena de subversão dos papeis constitucionalmente imputados aos órgãos estatais. Se o exercício da função normativa pelo STF não for interpretado pelos Poderes Executivo e Legislativo como um convite forte ao diálogo constitucional, ter-se-á sério risco de conversão do diálogo em monólogo, com grave prejuízo à democratização do processo de formação das normas.

Mesmo no Brasil, onde prevalece um modelo de controle de constitucionalidade forte[[568]](#footnote-568), é possível cogitar de um modelo mais dialógico na construção de normas concretizadoras de direitos materialmente fundamentais. A criação de normas jurídicas pelo STF deve funcionar como mecanismo de fomento ao diálogo rápido e contínuo entre os poderes judiciário, executivo e judiciário. Uma produtiva cadeia de diálogo pode instaurar-se a partir do impulso gerado pela criação de normas transitórias pelo judiciário. A norma ao final produzida pelo legislador – muitas vezes a partir da iniciativa do poder executivo – constituirá o resultado de uma cadeia dialógica provida de grande capacidade para melhorar o processo decisório. O reconhecimento judicial de que a norma criada para efetivar o direito materialmente fundamental possui caráter transitório, precário e minimalista constitui uma atitude de indução do Congresso Nacional a prosseguir no processo de regulamentação do direito fundamental em jogo[[569]](#footnote-569). O incentivo ao diálogo institucional dar-se-ia, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, em torno de medidas efetivas para o restabelecimento da normatividade constitucional violada pela omissão inconstitucional. Isso não significa transformar em fraco o modelo de controle judicial das omissões inconstitucionais, mas revela uma faceta democratizante da técnica decisória aditiva a partir da indução da regulação normativa pelo Congresso Nacional.

**CONCLUSÕES**

**I – A omissão inconstitucional e as sentenças aditivas**

I.A. A omissão inconstitucional consiste em um estado de proteção insuficiente de bens jurídicos constitucionais. A omissão inconstitucional decorrente da proteção insuficiente do bem jurídico constitucional põe em destaque o problema concernente ao resultado normativo concretamente decorrente da inércia legislativa. O foco de atenção é profundamente alterado: se antes havia uma prevalência absoluta da preocupação com a violação de um dever expresso (específico e concreto) de legislar em determinado setor, já agora confere-se maior relevância às consequências normativas extraídas da inércia para a configuração de um estado de inconstitucionalidade por omissão.

I.B. O vácuo normativo indesejável (ou perigoso) – decorrente ou não de uma decisão de inconstitucionalidade – suscita o risco de violação ao princípio da proporcionalidade na vertente da proibição da proteção insuficiente. O vácuo normativo perigoso ocorre sempre que a falta de regulação a respeito de uma determinada matéria concorra para a colocação em perigo de um interesse constitucional relevante, violando-se, dessa forma, o dever de proteção.

I.C. Essa nova forma de encarar o problema de omissão inconstitucional – sem a rigidez própria da concepção meramente formalista (centrada na existência de uma ordem constitucional explícita de criação de norma) –, já então influenciada pela contribuição teórica fornecida pelo princípio da proporcionalidade na vertente da proibição de proteção insuficiente, propicia a aproximação das categorias de omissão inconstitucional e vácuo normativo perigoso. A criação de um vazio normativo em determinado setor pode conduzir, a depender dos resultados normativos danosos aos bens jurídicos constitucionais por ele produzidos, a uma situação de verdadeira omissão inconstitucional.

I.D. As sentenças aditivas tem por objetivo – tanto em extensão como em profundidade – colmatar omissões inconstitucionais, o que significa afirmar: (i) sob o prisma da extensão dessa competência normativa, o exercício da função normativa pelo Judiciário, por meio da sentença aditiva, só tem lugar quando a ausência da norma criar situações jurídicas contrárias à Constituição (omissão inconstitucional); (ii) sob o prisma da profundidade, o exercício dessa função normativa judicial deve ser exercida de modo a promover a menor intervenção possível no ordenamento jurídico, com o único objetivo de superar o estado de omissão inconstitucional. A criação normativa de natureza judicial deve ser aquela suficiente e necessária a superar o estado de omissão inconstitucional, tornando eficaz a norma constitucional com a menor intromissão possível no ordenamento jurídico.

**II – O surgimento das sentenças aditivas no Brasil**

II.A. A interpretação conforme a Constituição – técnica decisória concebida inicialmente como esforço hermenêutico de atribuir interpretação compatível com a Constituição a partir das possibilidades semânticas permitidas pelo texto da norma – funcionou, nos últimos anos, como *“porta de entrada”* para as sentenças aditivas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O uso da interpretação conforme para evitação de vácuos normativos indesejáveis é prova de que essa técnica decisória tem servido não apenas para a exclusão de normas jurídicas do ordenamento, mas também – e em clara atuação positiva – para criação de disciplina jurídica.

II.B. A legitimidade da sentença aditiva exige a satisfação de requisitos diferentes daqueles requeridos para o manejo adequado da técnica da interpretação conforme. A insinceridade da Corte Constitucional, nesse campo, revelada por meio da edição de sentenças aditivas *“camufladas”* de sentenças meramente interpretativas (interpretação conforme a Constituição) dificulta a compreensão do exercício da função normativa por parte do Tribunal e impede o desenvolvimento de critérios claros para o controle da legitimidade dessa peculiar função exercida pelo órgão encarregado do controle de constitucionalidade das leis.

II.C. A postura doutrinária de convergência dos estudos da jurisdição constitucional e do direito processual constitucional deixa explícita a necessidade de amparar o esforço de parametrização das técnicas decisórias com base nas limitações materiais da própria jurisdição constitucional. Pode-se afirmar, nesse sentido, que os limites das técnicas decisórias são os limites da própria jurisdição constitucional. A tendência atual é de abandono de concepções formalistas em prestígio de soluções substanciais de limitação das competências das Cortes constitucionais.

II.D Embora faça parte do conhecimento convencional a noção de que a concepção kelseniana de legislador negativo expressa fiel e integralmente o função de guardião da Constituição, tal compreensão tem sido objeto de severas críticas no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Recentes decisões revelam claro afastamento da tradição jurisprudencial de vedação ao exercício de qualquer função de legislação positiva pela Corte constitucional. É possível afirmar que o parâmetro de legitimidade da função de controle de constitucionalidade das normas tende a substituir a dicotomia da legislação negativa/legislação positiva por argumentos que reflitam a preocupação contramajoritária da jurisdição constitucional sob um prisma material (e não meramente formal).

II.E. A afirmação de que o controle judicial de constitucionalidade das leis deve limitar-se à anulação de normas jurídicas não garante a legitimidade democrática das decisões da Corte constitucional. Na quadra atual, prevalece uma concepção material de legitimidade política da atuação jurisdicional – ligada à possibilidade de garantia das condições da realização da democracia associada ao exercício da jurisdição constitucional – em detrimento de uma concepção formalista, limitada à identificação do modelo decisório adotado (positivo ou negativo).

**III – As sentenças aditivas: uma proposta de definição**

III.A. A distinção entre disposição e norma serve para traçar uma linha de demarcação entre interpretação de documentos normativos e integração do direito. A interpretação possibilita a extração de uma norma a partir da disposição normativa. Já a integração surge quando da identificação de norma não expressa a partir do contexto normativo, sem que haja uma disposição precisa que a exprima. As sentenças de perfil aditivo produzem norma jurídica na medida em que identificam (ou criam) norma não referível a uma precisa disposição normativa, constituindo, desse modo, espécie de integração do ordenamento jurídico. Isso porque a atividade desenvolvida pela Corte constitucional, nessa hipótese, encerra a criação de norma jurídica para a superação de uma situação de vazio normativo inconstitucional. Não se trata, pois, de mera interpretação de norma jurídica existente em conformidade com a Constituição (*interpretação conforme à Constituição*); mas de, partindo do reconhecimento de que existe um vazio normativo, realizar verdadeira integração do ordenamento por meio da adição de novo seguimento normativo. Pode-se afirmar, assim, que as sentenças aditivas realizam típica operação de integração do ordenamento jurídico por meio da criação de um novo segmento normativo com o objetivo de superar um estado de omissão inconstitucional (lacuna normativa indesejável capaz de produzir resultados normativos inconstitucionais).

**IV – Vácuo normativo e as sentenças aditivas**

IV.A. A experiência jurisprudencial brasileira, assim como a valiosa contribuição jurisprudencial de outras Cortes constitucionais – tais como a italiana e a alemã –, demonstra que a adoção de decisões de perfil aditivo constitui o principal instrumento de superação do problema concernente ao vácuo normativo perigoso causado pela decisão de acolhimento da pretensão de inconstitucionalidade.

IV.B. A doutrina italiana desenvolveu um esquema-síntese dos casos nos quais se verifica a presença de um vácuo normativo perigoso (*l’horror vacui*): (i) um primeiro segmento de decisões da Corte parece ser influenciada pela preocupação de fundo de que após a adoção de uma sentença meramente caducatória surjam impedimentos para o gozo de direitos constitucionalmente garantidos; (ii) em outras hipóteses o juízo que compõe a base da pronúncia da Corte consiste no temor que na sequência da adoção de uma sentença de acolhimento *tour* *court* possam determinar-se lesões de um princípio que podemos definir como princípio de continuidade (ou integridade) institucional do ordenamento. Essas situações podem ser assim exemplificadas: (ii.a) solução de continuidade no exercício das funções públicas essenciais; e (ii.b) mais particularmente, a paralisação do funcionamento de órgãos constitucionais ou de relevância constitucional.

IV.C. A partir do referencial normativo brasileiro – estabelecido a partir da competência normativa primária deferida ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição (art. 5o, inciso LXXI *– “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”*), pode-se concluir que somente quando a primeira das situações indicadas pela doutrina italiana (impedimento para o gozo de direitos constitucionalmente garantidos) se fizer presente, a segunda hipótese (lesões de um princípio que podemos definir como princípio de continuidade – ou integridade – institucional do ordenamento) poderá traduzir verdadeira situação de vácuo normativo perigoso para fins de legitimação da função normativa da Corte constitucional. Dito de outro modo: a primeira das macro-hipóteses acima mencionadas – impedimento para o gozo de direitos constitucionalmente garantidos decorrente de lacuna normativa – autoriza, por si só, a atividade normativa de suplência da Corte constitucional de modo a obviar o estado de inércia do legislador. A segunda das macro-hipóteses – temor de lesão ao princípio da continuidade ou integridade institucional do ordenamento – só autorizará a produção de sentenças aditivas pela Corte constitucional se estiver presente, concomitantemente (ao menos parcialmente), a primeira macro-hipótese (impedimento para o gozo de direitos constitucionalmente garantidos).

IV.D. No Brasil, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, como estratégia para superação do problema concernente ao vácuo normativo perigoso, teve pouca utilização na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, talvez porque a disciplina legislativa, nessa hipótese, continua vigente, a despeito do apelo para sua modificação contido na decisão, contexto no qual provavelmente o legislador – tradicionalmente pouco atento às decisões do Tribunal – não se sente pressionado a promover as alterações legislativas necessárias. E também possível concluir que, no Brasil, os monitos aos legislador apresentam escassa eficácia persuasiva. Confirma-se, nesse campo, a impressão de um legislador evidentemente pouco atento às solicitações que lhe dirige a Corte constitucional. A impressão de um legislador pouco atento às solicitações dirigidas pela Corte foi um dos fatores catalizadores da assunção pelo Supremo Tribunal Federal de uma função normativa. No caso brasileiro, a falta de resposta aos apelos dirigidos ao legislador foi considerada importante elemento legitimador da atividade de criação de normas jurídicas pelo Supremo Tribunal Federal.

IV.E. A necessidade de adotar soluções normativas para superar omissões inconstitucionais – especialmente considerando a persistência de uma postura de pouca deferência do legislador aos apelos que lhe dirige o Supremo Tribunal Federal – pode encontrar importante mecanismos decisório nas sentenças aditivas de princípio. Por meio dessas sentenças a Corte constitucional estabelece uma orientação tanto para o legislador – na necessária atividade normativa a ser desenvolvida para superar o estado de omissão – como para os juízes ordinários – para que estes, enquanto aguardam a intervenção legislativa, encontrem, a partir do referencial ofertado pela sentença constitucional, a solução para as controvérsias que lhes forem submetidas. Com efeito, a Corte, por meio desse tipo de pronúncia, exprime a declaração de ilegitimidade constitucional de uma omissão legislativa – consistente na ausência de previsão, da parte da norma de lei reguladora de uma direito constitucionalmente garantido, de um mecanismo idôneo a assegurar a efetividade deste – que deixa ao legislador a competência de introduzir a disciplina faltante, mas, ao mesmo tempo, prescreve um princípio com o qual o juiz comum é habilitado a fazer referência para superar a omissão inconstitucional pela via da individualização da regra nos casos concretos.

**V – Cortes constitucionais como legisladores positivos**

V.A. Como tendência geral registrada no estudo de direito constitucional comparado, a assunção pelas Cortes constitucionais nos mais diversos quadrantes de funções tipicamente normativas sugere a possibilidade de aprendizado recíproco por meio do intercâmbio de experiências jurisprudenciais. A rica construção jurisprudencial italiana a respeito do tema concernente às sentenças de perfil aditivo torna a Corte constitucional daquele país uma referência natural para os sistemas que vieram a desenvolver nos últimos anos esquemas decisórios aptos a dar vazão à função de legislador positivo.

V.B. A compreensão das principais tipologias decisórias criadas pela jurisprudência constitucional italiana constitui passo importante para a identificação de uma recente experiência de fungibilidade entre as técnicas decisórias. O momento atual da doutrina italiana a propósito do tema, fortemente marcado pelo estágio de desenvolvimento das técnicas decisórias na jurisdição constitucional daquele país, destina maior atenção ao fenômeno, até então sobrevalorizado, de combinação de técnicas decisórias. Trata-se do emprego combinado, pela Corte constitucional italiana, de mais de uma técnica decisória na solução da mesma questão constitucional. Em princípio, apresentam-se como viáveis as seguintes combinações: (i) redutiva e substitutiva; (ii) redutiva e aditiva; (iii) aditiva e substitutiva; (iv) redutiva, aditiva e substitutiva; (v) modulação de efeitos temporais no passo e no futuro.

V.C. A combinação de tipologias decisórias para a solução da mesma questão constitucional pode contribuir para a adoção de soluções mais efetivas no controle de constitucionalidade, notadamente das omissões inconstitucionais. A superação do vácuo normativo perigoso – equiparado à omissão inconstitucional – deve prestigiar ao máximo as esferas de competência do legislador e dos juízes ordinários, fazendo do controle de constitucionalidade um efetivo meio de diálogo institucional. Para isso, entretanto, o conteúdo normativo a ser adicionado pela sentença constitucional deve trilhar o caminho da adoção da solução normativa que implique menor restrição possível à prática consequencial a ser realizada pelo legislador e pela magistratura. A combinação de técnicas decisórias constitui fator relevante para a realização do objetivo de intensificar e qualificar o diálogo colaborativo da Corte com o legislador e com os juízes.

V.D. A doutrina *rime obbligate* consolidou-se como ideia-força do problema da legitimação do exercício de poder normativo pela Corte Constitucional italiana sob o fundamento de que ao Tribunal seria permitido emitir sentenças manipulativas com efeitos aditivos sempre que a norma jurídica criada constituísse uma decorrência obrigatória do texto constitucional. Em outras palavras, a Corte Constitucional poderia emitir a sentença aditiva sempre que a Constituição apenas permitisse uma única solução para o preenchimento do vácuo normativo. Não se mostra defensável, na quadra atual, cogitar do estabelecimento de um critério normativo de legitimação da atividade da Corte Constitucional baseado na premissa de que algumas normas constitucionais, quando enfrentadas na seara do controle de constitucionalidade, possam oferecer uma única possibilidade hermenêutica. A questão está em saber se a solução interpretativa proposta é reconduzível (nas palavras de Zagrebelsky) ou atribuível (no argumento proposto por Marcelo Neves) ao texto constitucional. Não sem razão, portanto, Zagrebelsky propõe a atribuição de um novo sentido à expressão *rime obbligate*, já não mais vinculada à noção de univocidade interpretativa da norma constitucional, mas sim à obrigatoriedade de formulação, por parte da Corte Constitucional, de um complemento normativo suficiente para permitir a superação do estado de omissão inconstitucional.

**VI – A proposta de delimitação da competência normativa do STF**

VI.A. Nas decisões denominadas aditivas, o magistrado cria normatividade. É o judiciário que edita norma. A interpretação das normas sempre possui um componente de criação do direito. A questão está em saber se o ato de criação do direito está ou não amparado na Constituição. Vale dizer, se o ato de criação do direito por meio de sentença aditiva invade ou não a esfera de atuação legítima do Poder Legislativo.

VI.B. De início, cumpre apenas ressaltar uma importante particularidade do direito brasileiro, que é a previsão, no Texto Constitucional de 1988, do instituto do Mandado de Injunção: *“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”* (artigo 5º, LXXI). O instituto permite expressamente a edição de sentenças aditivas. A inovação consubstanciada no modelo de superação da omissão legislativa inconstitucional instaurado com o mandado de injunção tem grande relevância na construção de uma concepção brasileira de legitimidade das sentenças normativas. A autorização constitucional para a edição de sentenças aditivas vem acompanhada do estabelecimento das possibilidades e limites para a edição desse tipo de sentença pelo judiciário brasileiro. Em síntese, a norma constitucional disciplinadora do instituto exige, para a concessão do pedido formulado no mandado de injunção, a presença cumulativa das seguintes condições: (i) existência de um direito constitucionalmente reconhecido como fundamental; (ii) não autoaplicabilidade da norma constitucional que consagra o direito; (iii) ausência de norma regulamentadora; (iv) mora legislativa para além de um período razoável de tempo; (v) inviabilidade do exercício do direito.

VI.C. Defende-se, portanto, uma proposta de delimitação da competência normativa do Supremo Tribunal Federal a partir do referencial normativo do mandado de injunção. A ideia central baseava-se na premissa de que o artigo 5º, LXIX, da Constituição apresenta natureza bifronte: (i) de um lado, cria um mecanismo processual adequado à superação do estado de omissão inconstitucional; (ii) de outro, estabelece um campo delimitado de atuação normativa do Supremo Tribunal Federal.

VI.D. Considerada a dupla função exercida pela norma constitucional que prevê o mandado de injunção – (i) de um lado, cria um mecanismo processual adequado à superação do estado de omissão inconstitucional; (ii) de outro, estabelece um campo delimitado de atuação normativa do Supremo Tribunal Federal –, a proposta defendida neste trabalho não aposta tanto na atividade normativa desempenhada pelo STF no âmbito processual do mandado de injunção. A preocupação central é de reativar a segunda função da norma constitucional que institui o mandado de injunção, atribuindo-lhe a feição de parâmetro de delimitação da competência normativa do Tribunal.

VI.E. A competência normativa do Supremo Tribunal Federal é uma só e encontra legitimidade na norma constitucional que autoriza a produção de normas jurídicas pelo Tribunal para viabilizar o *exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*. A proposta ora defendida baseia-se na premissa de que, embora o ideal seja confiar à deliberação pública a justificação das decisões políticas, o potencial legitimador da deliberação só se manifesta em contextos em que seus pré-requisitos são respeitados. Caso contrário – o que ocorre quando os direitos (materialmente) fundamentais são desprezados –, o STF pode contribuir para o aperfeiçoamento da própria democracia, concretizando as precondições da deliberação em lugar das maioria parlamentares inertes.

VI.F. A demonstração racional da presença dos requisitos autorizadores da assunção de função normativa – (i) existência de omissão inconstitucional; (ii) da qual resulte obstáculo para o exercício de direitos materialmente fundamentais – constitui ônus argumentativo do qual o STF deve se desincumbir ao criar direito novo no lugar (apenas transitoriamente) do legislador.

VI.G. Defende-se, assim, uma via conciliatória da defesa da função normativa judicial com o exigência democrática, restringindo o parâmetro normativo para a declaração da mora legislativa, para efeitos de concessão do mandado de injunção, aos direitos materialmente fundamentais, pois, assim estabelecido o campo de abrangência do MI, pode-se atribuir ao Judiciário a prerrogativa de elaborar diretamente a norma regulamentadora, e superam-se os problemas de legitimação atinentes ao princípio da soberania popular.

VI.H. O objetivo deste trabalho está em transformar a cláusula de abertura normativa da jurisdição constitucional (art. 5o, LXXI, CF) em um instrumento democrático, impedindo, assim, que a função normativa de suplência imputada pela Constituição ao Judiciário se converta em usurpação antidemocrática da função legislativa. Daí porque a defesa de uma interpretação da norma que disciplina o mandado de injunção dirigida a conferir-lhe a missão de proteção privilegiada de direitos materialmente fundamentais, ou seja, aqueles necessários à garantia das condições de realização de uma democracia efetiva e substancial. A criação do direito pelo Judiciário, como solução para contornar a omissão legislativa inconstitucional, deve transitar pelos caminhos da neutralidade política, sem fazer da autorização constitucional para o exercício.

VI.I. Defende-se neste trabalho, portanto, a tese de que a função normativa desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal deve circunscrever-se à superação de estado de omissão inconstitucional que obstaculize o exercício de direitos materialmente fundamentais. Essa assertiva é resultante do entrelaçamento das seguintes premissas teóricas: (i) a regra constitucional que disciplina o mandado de injunção expressa uma norma de competência normativa deferida ao STF; (ii) a Constituição define o âmbito material de incidência da competência normativa do STF ao estabelecer que “*conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”; (iii) a norma constitucional que define a competência normativa do STF deve ser interpretada, como exigência do respeito ao princípio democrático, como autorização para criação judicial de normas para superação do estado de omissão inconstitucional que inviabilize o exercício de direitos materialmente fundamentais. É nesse contexto que se mostra necessário esclarecer o sentido da expressão *direitos materialmente fundamentais* da função normativa de suplência uma carta em branco para legislar de acordo com doutrinas abrangentes particulares.

VI.J. Serão considerados fundamentais os direitos que representam condições procedimentais da democracia. Isso porque em uma democracia a deliberação só pode ser limitada em favor da garantia da continuidade e da integridade da própria democracia. Por isso que, ao proteger direitos fundamentais, o Judiciário não se apodera das prerrogativas inerentes à deliberação democrática, mas possibilita que a maioria delibere melhor ao aperfeiçoar o processo deliberativo democrático. A proposta de identificação dos direitos materialmente fundamentais com as condições procedimentais da democracia constitui o resultado de uma tentativa de *reconstrução interpretativa* do sistema de direitos fundamentais à luz do princípio democrático. Percebe-se, assim, que o controle da omissão inconstitucional por meio da criação judicial de normas jurídicas pode ser justificado, sob o prisma filosófico, pelo princípio democrático: a produção de normas jurídicas pelo STF, quando voltada à superação da omissão inconstitucional que inviabiliza o exercício de direitos materialmente fundamentais, serve à garantia das condições procedimentais da democracia.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ANZON, Adele. Nuove tecniche decisorie della corte costituzionale. In: Giurisprudenza costituzionale, v. 37, n. 4, p. 3199-3217, iuglio/ag. 1992.

AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Acerca dos atos discricionários e seu controle, in Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 15ª Edição.

BARROSO, Luís Roberto, *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2008, especialmente o capítulo “Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional”.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora – 7. Ed. Rev. – São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, Renovar, 1993.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. “Notas sobre a questão do legislador positivo”, *Brazilian National Report III.*

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Temas de direito Constitucional – Tomo III, 2a edição – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, Revista Diálogo Jurídico, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf>> Acesso em: 13 de agosto de 2014

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Regime Jurídico da Petrobras, delegação legislativa e poder Regulamentar: Validade Constitucional do Procedimento Licitatório Simplificado Instituído pelo Decreto No 2.745/98. Parecer disponível no sítio eletrônico <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-procedimento.pdf>, consultado em 21.09.2014.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário. Violação Indireta da Constituição. Ilegitimidade da Alteração Pontual e Casuística da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.* Extraído do sítio eletrônico [http://www.redp.com.br/arquivos/redp\_3a\_edicao.pdf em 01.05.2013](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_3a_edicao.pdf%20em%2001.05.2013).

BATEUP. Christine. The Dialogic Promisse. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71 (3), 2006.

BAZÁN, Victor. Aproximação à problemática acerca da inconstitucionalidade ou inconvencionalidade omissivas. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 15. jul./set. 2010.

BEICKER, Flávio. “O STF e a dimensão temporal de suas decisões – a modulação de efeitos e a tese da nulidade dos atos normativos inconstitucionais”, in: Adriana Vojvodic, Henrique Pinto, Paula Gorzoni e Rodrigo P. de Souza, Jurisdição Constitucional no Brasil, São Paulo: Malheiros, 2012.

BENHABIB, Seyla. “Models of Public Space: Hannah Arent, The Liberal Tradition, anda Jurgen Habermas. In: CALHUN, C. (Org.). *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: MIT Press, 1996.

BERMUDES, Sergio. “O mandado de injunção”, *in RT* no 642, vol. 78, abr. 1989.

BICKEL, Alexander– *The Least Dangerous Branch.*  New Haven: Yale University Press, 1964.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização.* Rio de Janeiro, Renovar; 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público / Cezar Roberto Bitencourt. In: Revista brasileira de ciências criminais, v. 15, n. 66. maio/jun. 2007

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. In: Revista de direito administrativo, v. 26. maio/ago. 2013.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4o, Iv da CF/88. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 10, abril/maio/junho, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 13 de agosto de 2014.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4o, Iv da CF/88. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 10, abril/maio/junho, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 13 de agosto de 2014.

BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph B. *Constitucional courts as positive legislators: a comparative law study.* Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011.

C. PINELLI, Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale, in Dir. Pubbl. 2001, p. 109.

CALAMANDREI, Piero. *Corte costituzionale e autorità giudiziaria,* en *Rivista di Diritto Processuale,* 1956, I. na obra do próprio autor, *Studi sul processo civile*, vol. 6, CEDAM, Padova, 1957.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e Moreira, Vital, ‘Constituição da República Portuguesa Anotada’, 1984, 2º vol.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. *Direito constitucional* . 5a. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3a ed., Coimbra, Almedina, 1999, pp. 355/356. Sobre o tema, cf. ainda Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2a ed.

CAPELLETTI, Mauro: *La giurisdizione Costituzionale delle Libertà (Primo studio sul ricorso costituzionale)*, Giuffre , Milano, 1976.

CERVATI, Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca e italiana, in Quad. cost., 1989.

COMELLA, Víctor Ferreres. *Una defense del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Marcial Pons. 2011.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Justicia constitucional y democracia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitural.Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 49, n. 193. jan./mar. 2012.

COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método : diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

CRISAFULLI, Vezio (1984). “La Corte costituzionale ha vent’anni”, en La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale (Bilancio di vent’anni di attività), a cura di Nicola OCCHIOCUPO, CEDAM, Padova, 1984 (ristampa).

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. V. *La Corte constituzionale ha vent’anni*. en Giur cost., 1976.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Lezione di Dirrito Costituzionale, II, L’ordinamento costituzionale italiano, 5. Ed., 1984.

DA CUNHA FERRAZ, Anna Cândida (2005). “Proteção jurisdicional da omissâo inconstitucional dos poderes locais”, em Revista Mestrado em Direito, ano 5, no 5, (Sâo Paulo, Osasco), 2005.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Valladolid: Lex Nova; 2001.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. *Democracy and Distrust.*Cambridge: Harvard University Press, 1980, e Jürgen Habermas. *Direito e Democracia entre facticidade e validade.* 2 v. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

ENGELMANN, K. (1977): *Prozessgrundsatze im Verfassungprozessrecht,*  Duncker & Humblot, Berlin. *Apud*Rodríguez-Patrón, Patricia, *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2003.

FAVOREU, Louis. *Les courts constitutionelles,* Presses Universitaires dde France, 1986; Michael Fromont, *La justice constitutionelle dans le monde,* Dalloz, Paris 1996; D. Rousseau, *La justice constitutionelle en Europe*, Montchrestien, Paris 1998.

FERNÁNDES RODRÍGUES, José Julio, “Aproximaxión al concepto de inconstitucionalidad por omissión”, en Carbonell, Miguel (coord..), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, Instituto de Investiggaciones Jurídicas, 2007.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: algunas cuestiones In: Direitos fundamentais e justiça, v. 3, n. 7, abr./jun. 2009.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. “La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado” (III tomos), Dykinson, 2009.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. *La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progressiva convergencia de los sistemas americano e europeo-kelseniano.* Librería Bonomo Editrice, Bologna, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *Curso de Direito Constitucional*, 20a ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1993.

G. DUNI, *L’oggetto dei giudizi di costituzionalità e la problemática dei dispositivi additivi. Additività testuale e additività normativa*, in *Scritti in onore di Constantino Mortati,* IV, Milano, 1977.

GASCÓN, Marina. *Interpretación conforme (con la Constituición)*, in CARBONELL, Miguel (coordenador), *Diccionario del derecho constitucional*, Porrúa e UNAM (Instituto de Pesquisas Jurídicas – IIJ -), México, D.F., 2002.

GIANNINI, M.S., Considerazioni sul tema, in AA.VV., Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto a Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembro 1989, Milano, 1989.

GIOVANNELLI, Adriano. Alcune Considerazioni sul Modello della Verfassungsgerichts-barkeit Kelseniana, nel Contexto del Dibattito sulla Funzione “Política” della Corte Costituzionale. In: Scriti sulla Giustizia Costituzionale in Onore di Vezio Crisafulli. Padova: Cedam, 1985, v. I.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2ª ed. SP: Malheiros, 2003.

GUASTINI, Riccardo. Disposizione vs. norma. In: Giurisprudenza costituzionale, v. 34, n. 1.

HABERLE, P. (1976): “Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit“, en *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Peter Haberle (Hrsg), Winssenchaftliche Buchgessels-chaft, Darmstadt, págs. 1 y ss. *Apud*Rodríguez-Patrón, Patricia, *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. “Três modelos normativos de Democracia”, cit.; Id. “sOberania Popular como Procedimento”. *Novos Estudos cebrap* n. 26. Trad. De Márcio Suzuki. São Paulo, março, 1990;

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo. 2010. 364 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Mandado de Injunção como Poder-Atribuição in Mandado de Injunção, Estudos sobre sua regulamentação, org. MENDES, Gilmar, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Lima. São Paulo: Saraiva, 2013.

KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade – Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana*.* In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional), acessado pelo site <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/504/810>, em 14.07.2014.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. *The Journal of Politics*.Vol. 4, No. 2 (May, 1942), pp. 183-200, acessado pelo site <http://www.jstor.org/discover/10.2307/2125770?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21104390563747>, em 13.07.2014.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of “judicial activism”. California Law Revie, California, v. 92. 2004.

L. PEGORARO, Lineamenti di giustizia costituzionale comparata, Torino, 1998.

LAMARQUE, Elisabetta. *Il “seguito” delle sentenze manipolative della Corte costituzionale presso i giudice comuni* in BIN, Roberto, BRUNELLI, Giuditta, PUGIOTTO, Andrea, VERONESI, Paolo (a cura di). *“Effettività”e “seguito” delle tecniche decisorie della Corte costituzionale. Collana: <Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana.. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.*

LEITE, George Salomão; SARLETE, Ingo Wolf Gang (org.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem AJ.J. Gomes Canotilho. Op. Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione”, en Rivista trimestrale di Diritto pubblico, fasc. 1.

LOBO TORRES, Ricardo. “O mandado de injunção e a legalidade financeira”, *in Revista de Direito Administrativo* no 187, jan./mar. 1992.

LÓPEZ BOFILL , Héctor. Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley. Valencia: Tirant lo Blanch; 2004.

M. D’AMICO, Giudizio sulle leggi ed eficácia temporale delle deciosini di inconstituzionalità, Milano, 1993.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Panorámica del Dereceho Procesal Constitucional e Convencional.* Marcial Pons, Madrid, 2013.

MARINELLI, Vincenzo. Le decisioni c.d. "interpretative" della corte costituzionale. In: Giustizia civile : rivista mensile di giurisprudenza, v. 59, n. 10, ott. 2009. Parte seconda.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional* (com Ingo Sarlet e Daniel Mitidiero). 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais. In: Revista de processo, v. 38, n. 226, dez. 2013.

MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003.

MODUGNO, Franco. (1985). “La Corte costituzionale oggi”, en Scritti su la Giustizia Costituzionale.In onore di Vezio Crisafulli, CEDAM, Padova, 1985, vol.I, pp. 527 y ss.; en concreto, nota 62, en pp. 564-565). (Cf. Fernandez Segado, Francisco. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: algunas cuestiones In: Direitos fundamentais e justiça, v. 3, n. 7, abr./jun. 2009.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. La funzione legislativa complementare della corte costituzionale. In: Giurisprudenza costituzionale, v. 26, n. 8/10.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Scritti sull’interpretazione costituzionale, Editoriale scientifica, Napoli, 2008.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Sentenze additive, soluzione costituzionalmente obbligata e declaratoria di inammissibilita per mancata indicazione del verso della richiesta addizione. In: Giurisprudenza costituzionale, v. 35, n. 1/2, p. 522, genn./febbr. 1990.

MORAIS, Carlos Blanco de. “As sentenças intermédias da justiça constitucional”. Lisboa: AAFDL, 2009.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Justiça Constitucional. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora; 2005.

MOREIRA, Vital. *O futuro da Constituição*, *in* Eros Grau e Willis Santiago Guerra Filho (organizadores), *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Malheiros Editores, São Paulo, 2001.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1999.

NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito, *in* Direito Constitucional – Estudo em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. *Estado Democrático de Direito e Constitucionalismo na América do Sul*. In: PIOVESAN, Flavia; BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris: 2010.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_o. Transconstitucionalismo, con Especial Referencia a la Experiencia Latinoamericana, extraído da rede mundial de computadores –http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/22.pdf. Acesso em 30 de janeiro de 2014.

PACHECO, José da Silva: O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas, 2a ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991.

PANZERA, Claudio. Interpretare manipolare combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale - Napoli : Edizioni scientifiche italiane, 2013.

PEGORARO, La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni’80, in Quad. Cost.

PELICIOLI, Angela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional brasileira. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año Xv, Montevideo, 2009.

PEREIRA DA SILVA, Jorge: Dever de Legislar e protecção jurisdictional contra omissões legislativas – Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Trad. Verginia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 134-182; SILVA, José Afonso da.Curso de Direito Constitucional Positivo.23.ed.

PIZZORUSSO, A. *La motivazione delle deciosini della Corte costituzionale: comandi o consigli?,* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.,* 2/1963.

PUGIOTTO, A. Sindacato di costituzionalità e <<diritto vivente>>. Genesi, uso, implicazioni, Milano, 1994.

PULIDO, Carlos Bernal. A fundamentalidade dos direitos fundamentais, *in* Tratado de direito constitucional, volume I: constituição, política e sociedade. Coord. Felipe Dutra Asensi, Daniel Giotti de Paula. 1a ed – Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore,* Milano, 1993.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007.

RAMOS TAVARES, André: *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva, 5 ed., São Paulo, 2007.

REVORIO, Díaz F. J. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: Significado, tipologia, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas,* 1. Ed., Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001.

ROBLEDO SILVA, Paula. Aportes fundamentales de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana tras dieciocho años de existencia. In: Anuario iberoamericano de justicia constitucional, 2009, v. 13.

RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. “O STF às voltas com a “navalha de Ockham”: uma proibição de insuficiência como controle de proporcionalidade das omissões?”, in: Adriana Vojvodic, Henrique Pinto, Paula Gorzoni e Rodrigo P. de Souza, Jurisdição Constitucional no Brasil, São Paulo: Malheiros, 2012.

RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia, *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2003.

RUFINO DO VALE, André. Mandado de Injunção: comentários ao projeto de regulamentação in Mandado de Injunção, Estudos sobre sua regulamentação, org. MENDES, Gilmar, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Lima. São Paulo: Saraiva, 2013.

SÁ, Fátima. “As sentenças intermédias da justiça constitucional”. Lisboa: AAFDL, 2009.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes e BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. A “Justiça” da Cosmopolitização e a Cosmopolitização da Justiça. In: Novo constitucionalismo latino-americano : o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes. Jose Luis Bolzan de Morais, Flaviane de Magalhães Barros, (coordenadores). Belo Horizonte: Arraes, 2014.

SAMPAIO. José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SÁNCHEZ, Acosta, Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la Democracia Constitucional, Madrid: Tecnos, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005.

*\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 10. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel, Fábio Rodrigues Gomes. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares : o caso das relações de trabalho. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011.

SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII – Direitos Fundamentais: 297/332.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. O neoconstitucionalismo no brasil: riscos e possibibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLETE, Ingo Wolf Gang (org.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem AJ.J. Gomes Canotilho. Op. Cit.

SCIARABBA, v. (L’interpretazione conforme tra sindacato (su ‘norme’) e ipotesi di ‘graduazione della costituzionalità: spunti di riflessione, in I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale, atti del convegno annuale dell’Associazione Gruppo di Pisa svoltosi a Siena l’8 e il 9 giugno 2007 a cura di E. Bindi – M. Perini – A. Pisaneschi, Torino, 2008.

SCHMITT, Carl. *Political theology*: four chapters on the concept of sovereignty. Trad. George Schwab. Cambridge, Mass.; London: The MIT Press, 1988.

SEGADO, Francisco Fernández. La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo I (Los sistemas de Justicia Constitucional, las ‘dissentig opinions’ el control de las omisiones legislativas, el control de ‘comunitariedad’). Madrid: Dykinson-Constitucional, 2009.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. El Tribunal Constitucional español como legislador positivo. Disponível no endereço eletrônico <http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/1/art/art2.pdf>, acesso em 30.03.2014.

SERGIO, Fernando Moro, Jurisdição Constitucional como Democracia, 2004, Revista dos Tribunais.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9a ed., São Paulo, Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. *Comentário contextual à constituição* São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. Hermenêutica jurídica e concretização judicial. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul, In: Armin Von Bogdandy, Flavia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coord.), Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul, Rio de Janeiro, ed. Lúmen Júris, 2010.

SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della corte costituzionale. In: Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli. Padova : Cedam, 1985. v. 1..

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de, *Jurisdição constitucional democrática*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: Notas sobre o aporte reconstrutivo. In: *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, 2005.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”*, Arquivos de Direitos Humanos,* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, vol. IV, 2002

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_­­­\_\_\_\_. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse Público*, v. 43. 2007.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Ponderação de Princípios e Racionalidade das Decisões Judiciais.BoletimCientíficodaESMUP, n.15. Brasília, 2005.p. 213-214).

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa – Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

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

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUSTEIN, Cas. One case at the time: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambrige: Harvard University Press, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e decisão jurídica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*. *Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013.

VENTURA, L., Osservazioni a margine di alcune pronunce di inammissibilità, in AA.VV., Strumenti e tecniche do giudizio della Corte costituzionale. Atti del Convegno. Trieste 26-28 maggio 1986, Milano, 1988.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Renan, 1999.

VOJVODIC, Henrique Pinto, Paula Gorzoni e Rodrigo P. de Souza, Jurisdição Constitucional no Brasil, São Paulo: Malheiros, 2012.

VORONOFF, Alice. Ativismo judicial e democracia: por uma teoria eclética do mandado de injunção. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 10, n. 37, abr./jun. 2012. Disponível em: . Acesso em: 3 jul. 2012.

ZAGREBELSKY, G., E Marceno, V., Giustizia Costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo: "La Corte Costituzionale e il legislatore", en "Corte Costituzionale e sviluppo della forma di goberno in Italia", a cura di Paolo BARILE, Enzo CHELI y Stefano GRASSI, Bologna, 1982.

ZAVASCKI, Teori. Mandado de Injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009 in Mandado de Injunção, Estudos sobre sua regulamentação, org. MENDES, Gilmar, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Lima. São Paulo: Saraiva, 2013.

1. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>. Acesso em 10.09.2014. [↑](#footnote-ref-1)
2. Os discursos dos sucessivos Presidentes da Corte constitucional brasileira apresentam certo grau de uniformidade no sentido de reconhecer uma competência normativa associada à jurisdição constitucional nos últimos anos. [↑](#footnote-ref-2)
3. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/OmisaoLegislativa_v_Port.pdf>. Acesso em 10.09.2014. [↑](#footnote-ref-3)
4. O Ministro Menezes Direito propôs o seguinte: 1) no caput do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dando interpretação conforme a Constituição, para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião e as pesquisas, devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões "pesquisa" e "terapia" como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisas com fins terapêuticos; 2) também no caput do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução do texto, para que a fertilização in vitro seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos, na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou características genéticas; realizada a fertilização de um máximo de 4 óvulos por ciclo e igual limite na transferência, com proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e fiscalização do órgão federal; 3) no inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão "embriões inviáveis" seja considerada como referente àqueles insubsistentes por si mesmos, assim os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo órgão federal, com a participação de especialistas em diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido, por ausência espontânea de clivagem, após período, no mínimo, superior a 24 horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco; 4) no inciso II, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que sejam considerados embriões congelados há 3 anos ou mais, na data da publicação da Lei 11.105/2005, ou que, já congelados na data da publicação dessa lei, depois de completarem 3 anos de congelamento, dos quais, com o consentimento informado, prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por meio que não cause sua destruição; 5) no § 1º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que o consentimento é um consentimento informado, prévio e expresso por escrito pelos genitores; 6) no § 2º, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa com terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter, previamente, seus projetos também à aprovação do órgão federal, sendo considerado crime a autorização da utilização de embriões em desacordo com o que estabelece esta decisão, incluídos como autores os responsáveis pela autorização e fiscalização. Por fim, conferiu à decisão efeitos a partir da data do julgamento final da ação, a fim de preservar resultados e pesquisas com células-tronco embrionárias já obtidas por pesquisadores brasileiros. [↑](#footnote-ref-4)
5. Da ementa do precedente extrai-se a seguinte passagem: Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.” STF - ADI 3510, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe de 27-05-2010. [↑](#footnote-ref-5)
6. As tais condicionantes ficaram assim resigidas: “(i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; (v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI; (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; (xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, §2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); (xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); (xix) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.” [↑](#footnote-ref-6)
7. RE 197917, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368. [↑](#footnote-ref-7)
8. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5o, XXXV). [↑](#footnote-ref-8)
9. STF, MI 712, Relator Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384. [↑](#footnote-ref-9)
10. Embora preferível a denominação *sentenças normativas*, como acentuado no capítulo 3 deste trabalho, o termo *sentenças aditivas* é utilizado em larga escala tanto pela doutrina como pela jurisprudência. [↑](#footnote-ref-10)
11. Essa recente posição da Corte pode ser assim sintetizada: “Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. (…) O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico” (STF – MI 712, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe de 30-10-2008. [↑](#footnote-ref-11)
12. A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal caminha no sentido de reconhecer eficácia *inter partes* à decisão concessiva do mandado de injunção. Cf, por todos: “O mandado de injunção destina-se à concretização, caso a caso, do direito subjetivo constitucional não regulamentado, tendo sua decisão, consequentemente, efeito inter partes. (MI 3564 AgR, Relator  Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 17/10/2013). [↑](#footnote-ref-12)
13. “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.” (§ 2º do artigo 103 da Constituição). [↑](#footnote-ref-13)
14. Cf., por todos, Flávia Piovesan, *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção,* 2a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003. [↑](#footnote-ref-14)
15. STF – ADI 875, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2010, DJe-076 de 29-04-2010. [↑](#footnote-ref-15)
16. STF – ADI 875, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2010, DJe de 29-04-2010. [↑](#footnote-ref-16)
17. A demonstrar a falta de uniformidade no tratamento da questão pelo Supremo Tribunal Federal pode ser retratada por meio do confronto entre precedentes que indicam a preferência pela anulação do benefício atribuído ao grupo privilegiado pelo legislador (STF – AI 808268 AgR, Relator  Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, DJe de 30-04-2012) e outros que sugerem a preferência pela manutenção da validade do benefício (ADI 525 MC, Relator  Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/1991, DJ de 02-04-2004). [↑](#footnote-ref-17)
18. Cf. Barroso, Luís Roberto, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 239. Segundo o autor, a primeira hipótese, embora tecnicamente possível, não seria uma formula que “satisfaça ao espírito”. Quanto à segunda, entende que se a inércia não fosse rompida, a injustiça persistiria. E quanto, a terceira, ou seja, o uso de sentenças aditivas, esclarece que as mesmas vêm sendo rechaçadas, principalmente quando envolvem gastos públicos. E como solução, pondera que o Supremo Tribunal Federal poderia estabelecer um prazo, como por exemplo, o exercício financeiro do ano seguinte, para que se procedesse à inclusão ou se desse outra solução constitucionalmente legítima. [↑](#footnote-ref-18)
19. Essas soluções possíveis foram sintetizadas em precedente do Supremo Tribunal Federal nos seguintes termos: *“Impõe-se refletir, no entanto, em tema de omissão parcial, sobre as possiveis soluções jurídicas que a questão da exclusão de beneficio, com ofensa ao princípio da isonomia, tem sugerido no plano do direito comparado: (a) extensão dos benefícios ou vantagens as categorias ou grupos inconstitucionalmente deles excluidos; (b) supressão dos benefícios ou vantagens que foram indevidamente concedidos a terceiros; (c) reconhecimento da existência de uma situação ainda constitucional (situação constitucional imperfeita), ensejando-se ao Poder Público a edição, em tempo razoável, de lei restabelecedora do dever de integral obediencia ao princípio da igualdade, sob pena de progressiva inconstitucionalização do ato estatal existente, porem insuficiente e incompleto”* (STF – MI 58, Relator Min. Carlos Velloso, Relator(a) p/ Acórdão Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/1990, DJ de 19-04-1991). [↑](#footnote-ref-19)
20. O tema foi desenvolvido no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como *doutrina brasileira da efetividade.* A expressão “doutrina brasileira da efetividade” foi empregada por Cláudio Pereira de Souza Neto, Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do principio democrático. In: Luís Roberto Barroso (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003. [↑](#footnote-ref-20)
21. V. Malfatti E., PAnizza S., Romboli R., *Giustizia* *costituzionale,* Torino, 2013, p. 318. [↑](#footnote-ref-21)
22. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro : Forense, 2014, p. 155. [↑](#footnote-ref-22)
23. FRIEDMAN, Barry. The Politics of judicial Review. Texas Law Review Vol. 84 (2), 2005. P. 269: “Embora, como os acadêmicos de direito estão progressivamente reconhecendo, direito e política não possam se manter separados, nós ainda precisamos de uma teoria que integre ambos, e ao mesmo tempo adira a comprometimentos normativos do Estado de Direito que a sociedade aprecie”. [↑](#footnote-ref-23)
24. Robert McCloskey, The American Supreme Court. Op. cit., p. 12-13, referindo - se particularmete à Suprema Corte norte americana, mas que serve como lição geral, disse que ela “combina funções judiciais ortodoxas com funções de tomada de decisões políticas em uma mistura complexa” e que ela deve manter essa mistura em um “equilíbrio apropriado”. Para Richard Posner, How Judges Think. Op. Cit., p.28, “Juízes da Suprema Corte são políticos, mas politicamente independentes”. [↑](#footnote-ref-24)
25. STF, MI 542, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 29/08/2001, DJ 28-06-2002 PP-00089 EMENT VOL-02075-01 PP-00024. [↑](#footnote-ref-25)
26. Jorge Miranda, a propósito, sustenta que a omissão inconstitucional deriva da violação de uma “certa e determinada norma”, sendo, ademais, exigida a demonstração de não observância de uma “específica e concreta incumbência ou encargo constitucional”. (Cf. MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Vol. VI, 2008, p. 320 e 520.) Para o autor, os requisitos da omissão legislativa inconstitucional podem ser assim resumidos: (i) o não cumprimento da Constituição deve derivar de uma violação de certa e determinada norma; (ii) a norma constitucional utilizada como parâmetro não pode ser exequível por si mesma; (iii) deve ser identificada uma falta de medidas legislativas necessárias para tornar exequível a norma constitucional. (MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Vol. VI, 2008, p. 518). [↑](#footnote-ref-26)
27. Esses autores afirmam que, embora a Constituição – referindo-se à Constituição portuguesa – não estabeleça expressamente como fundamento da inconstitucionalidade por omissão a violação de princípios constitucionais, não há qualquer argumento válido para negar a existência de omissão em tal situação. (Cf. J.J.Gomes Canotilho e Vital Moreira, ‘Constituição da República Portuguesa Anotada’, 1984, 2º vol, págs. 470 e segs.) [↑](#footnote-ref-27)
28. BLANCO DE MORAIS, Carlos. Justiça Constitucional, II, pp. 474 e ss. O autor admite, excepcionalmente, a existência de omissão inconstitucional baseada no descumprimento de mandados constitucionais mais genéricos como o que garante o mínimo existencial. [↑](#footnote-ref-28)
29. *“En resumen, la doctrina que con más detenimiento se ha ocupado del tema admite generalizadamente que determinadas normas constitucionales impelen al legislador a actuar en desarrollo y concreción de la Constitución, pudiendo generar la pasividad del legislador una omisión inconstitucional. Pero, más allá de ello, el deber constitucional de legislar, como ha interpretado en Alemania el BVerfG, puede derivar no sólo de mandatos concretos contenidos en la Grundgesetz, sino también de principios identificados en el proceso de interpretación de la Norma suprema, lo que aún abre en mayor medida el campo de posibilidades del instituto analizado”* (Fernandez Segado, Francisco. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: algunas cuestiones In: Direitos fundamentais e justiça, v. 3, n. 7, abr./jun. 2009, p. 53). [↑](#footnote-ref-29)
30. A recusa à inclusão dos princípios constitucionais no âmbito do parâmetro normativo de controle de constitucionalidade das omissões implicaria reduzir a própria normatividade dos princípios constitucionais. De outro lado, não se pode perder de vista que o próprio Supremo Tribunal Federal tem admitido a fungibilidade das ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão (ADI 875, 1987, 2727, 3243, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 29.4.2010), donde se pode concluir que também o parâmetro de controle, em qualquer dos casos, deve ser a constituição como unidade (integrada por regras e princípios). [↑](#footnote-ref-30)
31. Sobre a importância do princípio da proporcionalidade na interpretação constitucional contemporânea, v. Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2008, especialmente o capítulo “Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional”. [↑](#footnote-ref-31)
32. A falta do dever geral de legislar não implica omissão legislativa inconstitucional. (Cf. BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, Renovar, 1993, p. 160-161.) Na doutrina brasileira, exemplo da utilização desse referencial teórico para análise da omissão legislativa inconstitucional pode ser encontrado na lição de Marinoni. (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais. In: Revista de processo, v. 38, n. 226, p. 13-29, dez. 2013). [↑](#footnote-ref-32)
33. Nesse sentido, merece registro o julgamento do Recurso Extraordinário n. 418376 pelo Supremo Tribunal Federal, primeira oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal fez utilização da dupla face do princípio da proporcionalidade, através da invocação da “proibição deficiente” dos direitos fundamentais (*Untermassverbot*). No seu voto, o Min. Gilmar Mendes asseverou que, a se aceitar a extinção da punibilidade em face do favor legis previsto na norma penal, “estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de *proteção deficiente* por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lenio Streck: “Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como conseqüência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.’ (Streck, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, março/2005, p.180) . No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet: ‘A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.*”(*Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107*.)* Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há uma outra faceta desse princípio, a qual abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a dos presentes autos. (...)”. [↑](#footnote-ref-33)
34. Em estudo do ano de 2012, Luís Rodrigues ofereceu um panorama sobre o uso da proibição de imsuficiência pelo Supremo Tribunal Federal: “A proibição de insuficiência foi expressamente usada até aqui pelos Mins. Gilmar Mendes (25 decisões) e Ricardo Lewandowski (1), nas temáticas de direitos sociais (21) e deveres de proteção (5). Nesse âmbito, o argumento prepondera em decisões plenárias (4) afetas ao direito penal (3). Quando usado na temática de direitos sociais, figurou quase sempre em decisões da Presidência – suspensões processuais de liminar, de segurança e de tutela antecipada – ou nos agravos regimentais contra elas interpostos. No geral, a maior parte das decisões com emprego do argumento foi proferida em juízos monocráticos (16/26), os quais na maioria esmagadora das vezes referem-se a direitos sociais (15). A doutrina mais recorrente é estrangeira e tem menção idêntica em 24 decisões. Algo próximo se ‘da com a jurisprudência sobre o assunto referida nas decisões: são exclusivamente do Tribunal Constitucional alemão. Passados cinco anos, o STF ainda não se remeteu a julgado próprio, não reconheceu um *leading case*.” (RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. “O STF às voltas com a “navalha de Ockham”: uma proibição de insuficiência como controle de proporcionalidade das omissões?”, in: Adriana Vojvodic, Henrique Pinto, Paula Gorzoni e Rodrigo P. de Souza, Jurisdição Constitucional no Brasil, São Paulo: Malheiros, 2012.p. 323-324). [↑](#footnote-ref-34)
35. RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. “O STF às voltas com a “navalha de Ockham”: uma proibição de insuficiência como controle de proporcionalidade das omissões?”, in: Adriana Vojvodic, Henrique Pinto, Paula Gorzoni e Rodrigo P. de Souza, Jurisdição Constitucional no Brasil, São Paulo: Malheiros, 2012.p. 331-332. [↑](#footnote-ref-35)
36. A advertência de Gilmar Mendes é esclarecedora: *“A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade.”* [↑](#footnote-ref-36)
37. Gilmar Mendes afirma, a propósito, que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Na mesma oportunidade, Gilmar Mendes, atento à experiência germânica, observa: *“Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser observada na segunda decisão sobre o aborto (BverfGE 88, 203, 1993). O Bundesverfassungsgericht assim se pronunciou: ‘O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência). (...) É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis (...)”*. (Cf. STF, HC 102087, Relator(a):  Min. CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão:  Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012 REPUBLICAÇÃO: DJe-163 DIVULG 20-08-2013 PUBLIC 21-08-2013 EMENT VOL-02699-01 PP-00001.) [↑](#footnote-ref-37)
38. André Rufino do Vale destaca, a propósito: *“Como se pode constatar, o juízo quanto à constitucionalidade de uma omissão legislativa parcial, tendo como parâmetro normativo (metanorma ou norma de segundo grau) o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente, implica necessariamente a reavaliação dos elementos empíricos e normativos utilizados pelo legislador. Por isso, esse juízo, além de uma atividade interpretativa extremamente complexa – na medida em que lida com a identificação de lacunas axiológicas, com juízos valorativos em torno de normas constitucionais comparativamente analisadas com as respectivas normas regulamentares, e com a ponderação de direitos –, é muito delicado do ponto de vista da relação entre os Poderes, namedida em que acaba obrigando o Tribunal a adentrar um campo delimitado pelas margens de apreciação fática e normativa do legislador quanto às medidas mais eficazes para a proteção de direitos. Quanto o Tribunal passa a exercer (re)avaliações fáticas e normativas de cunho teleológico das medidas adotadas pelo legislador (quais são as finalidades eigidas pela norma constitucional e se as medidas legislativas são adequadas e necessárias para atingir tais finalidades), passa a atuar nos lindes de seus poderes em relação com os poderes legislativos. Justamente por isso o tema da omissão inconstitucional de caráter parcial pode ser caracterizado como dos mais difíceis do direito constitucional contemporâneo”* (RUFINO DO VALE, André. Mandado de Injunção: comentários ao projeto de regulamentação in Mandado de Injunção, Estudos sobre sua regulamentação, org. MENDES, Gilmar, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Lima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 187-188). Recomenda-se, na visão de Daniel Sarmento, adotar uma postura de maior contenção no controle da proibição de proteção insuficiente quando comparada com a postura exigida no campo do controle do excesso: *“Portanto, de acordo com Canaris, tanto a função legislativa como a juris- dicional estão vinculadas negativa e positivamente aos direitos fundamentais, inclusive no que tange à sua atuação sobre o campo das relações privadas. Porém, a vinculação negativa, ligada à dimensão de proibição de intervenção sobre os direitos fundamentais, seria mais forte do que a vinculação positiva, correlacionada ao imperativo de proteção. Isto porque, no caso da vinculação negativa, haveria apenas um comportamento exigível dos Poderes Públicos, que é a abstenção de intervenção no âmbito do direito fundamental em causa. Já no que tange à vinculação positiva, existiria, em regra, uma maior liberdade de conformação por parte do legislador ou do juiz, uma vez que normalmente há múltiplas formas constitucionalmente admissíveis para assegurar a proteção dos direitos fundamentais.* A*ssim, o recurso à ponderação, pautada pelo princípio da proporcionalidade, torna-se geralmente necessário para o equacionamento da questão. Sem embargo, no caso de influência dos direitos fundamentais através da proibição de intervenção estatal, recorre-se à dimensão do princípio da proporcionalidade como vedação do excesso, no qual há espaço para um controle mais rigoroso da conduta dos poderes públicos. Já no caso da influência destes direitos através do imperativo de tutela, a dimensão pertinente do princípio da proporcionalidade é a da proibição de insttficiência, em que o controle é mais brando”* (Daniel Sarmento, Fábio Rodrigues Gomes. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares : o caso das relações de trabalho. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011. p. 74). [↑](#footnote-ref-38)
39. É certo que a omissão inconstitucional decorrente da violação a um correlato dever de legislar pode fazer surgir, no campo dos direitos fundamentais, uma pretensão subjetiva contra o Estado que pode ser veiculada, por exemplo, por meio do mandado de injunção. Contudo, é também possível que, mesmo não se reconhecendo essa pretensão subjetiva, seja inequívoca a identificação de um dever estatal de tomar providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais. O dever de superar o estado de omissão inconstitucional – identificado com a violação à proibição de proteção insuficiente – pode ou não gerar pretensões subjetivas em favor dos indivíduos. [↑](#footnote-ref-39)
40. Adverte Luís Fernando Matricardi Rodrigues que “esta visualização das colisões é fundamental para se falar em proibição de insuficiência se com ela se pretender um controle de proporcionalidade de omissões. Parece também a forma mais adequada de esborçar juridicamente um standard de suficiência para as medidas estatais – o que não se viu até hoje nas decisões do STF.” (RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. “O STF às voltas com a “navalha de Ockham”: uma proibição de insuficiência como controle de proporcionalidade das omissões?”, in: Adriana Vojvodic, Henrique Pinto, Paula Gorzoni e Rodrigo P. de Souza, Jurisdição Constitucional no Brasil, São Paulo: Malheiros, 2012.p. 324-326). [↑](#footnote-ref-40)
41. O STF definiu, em precedente do ano de 2001, o prazo máximo de 12 (doze) meses, contados da data de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, para que o Estado de Tocantins fizesse a substituição de todos os servidores nomeados ou designados para ocupação dos cargos criados na forma lei considerada inconstitucional. (STF, ADI 4125, Relator Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00068. [↑](#footnote-ref-41)
42. O Tribunal ainda não finalizou o julgamento, mas a proposta formulada pelo Ministro Luiz Fux põe em evidência, desde já, a necessidade de desempenho de uma função normativa no âmbito do controle de constitucionalidade para evitar a produção de vácuos normativos indesejáveis. (Cf. notícia veiculada no sítio eletrônico do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=255811>, acesso em 24.07.2014. [↑](#footnote-ref-42)
43. O julgamento recebeu a seguinte ementa: *“Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Direito do Trabalho. Art. 16 da Lei 7.394/1985. Piso salarial dos técnicos em radiologia. Adicional de insalubridade. Vinculação ao salário mínimo. Súmula Vinculante 4. Impossibilidade de fixação de piso salarial com base em múltiplos do salário mínimo. Precedentes: AI-AgR 357.477, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 14.10.2005; o AI-AgR 524.020, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 15.10.2010; e o AI-AgR 277.835, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 26.2.2010. 2. Ilegitimidade da norma. Nova base de cálculo. Impossibilidade de fixação pelo Poder Judiciário. Precedente: RE 565.714, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 7.11.2008. Necessidade de manutenção dos critérios estabelecidos. O art. 16 da Lei 7.394/1985 deve ser declarado ilegítimo, por não recepção, mas os critérios estabelecidos pela referida lei devem continuar sendo aplicados, até que sobrevenha norma que fixe nova base de cálculo, seja lei federal, editada pelo Congresso Nacional, sejam convenções ou acordos coletivos de trabalho, ou, ainda, lei estadual, editada conforme delegação prevista na Lei Complementar 103/2000. 3. Congelamento da base de cálculo em questão, para que seja calculada de acordo com o valor de dois salários mínimos vigentes na data do trânsito em julgado desta decisão, de modo a desindexar o salário mínimo. Solução que, a um só tempo, repele do ordenamento jurídico lei incompatível com a Constituição atual, não deixe um vácuo legislativo que acabaria por eliminar direitos dos trabalhadores, mas também não esvazia o conteúdo da decisão proferida por este Supremo Tribunal Federal. 4. Medida cautelar deferida.*” (STF, ADPF 151 MC, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator p/ Acórdão:  Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 02/02/2011, DJe-084 DIVULG 05-05-2011 PUBLIC 06-05-2011 EMENT VOL-02516-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00065 RSJADV jun., 2011, p. 42-54.) [↑](#footnote-ref-43)
44. O STF já utilizou, para referir a essa situação, a expressão *“estado indesejável de vácuo normativo”* (Rcl 8643, Relator Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 03/05/2010, publicado em DJe-091 DIVULG 20/05/2010 PUBLIC 21/05/2010) ou mesmo “*indesejável estado de vacuum legis”* (ARE 692754, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 05/11/2012, publicado em DJe-224 DIVULG 13/11/2012 PUBLIC 14/11/2012). [↑](#footnote-ref-44)
45. O Tribunal constitucional espanhol reconheceu, em 1989, que a ordem de retroação dos efeitos de decisão declaratória de inconstitucionalidade de norma tributária geraria uma grave situação nas finanças públicas do país. Naquela oportunidade, o Tribunal reconheceu que a declaração de inconstitucionalidade da norma tributária, pela importância para o equilíbrio financeiro do Estado, geraria um estado de omissão. Sobre o tema, destacou Fernández Segado: “Será, sin embargo, la Sentencia 45/1989 la que marcará el punto de inflexión en la cuestión que nos ocupa. El Tribunal abordaba en ella la posible inconstitucionalidad de la tributación conjunta para los miembros de un matrimonio exigida por la Ley 44/1978, teniendo en cuenta la reforma operada en ella por la Ley 48/1985, relativa al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, entendiendo en su decisión que lo que resultaba constitucionalmente ilegítimo no era la sujeción conjunta al impuesto, sino el hecho de que la carga tributaria que pesaba sobre una persona integrada en una unidad familiar fuere mayor que la correspondiente a otro contribuyente con idéntico nivel de renta, pero no integrado en una unidad de este género. (...)Con la Sentencia 45/1989, el Tribunal no sólo se separaba de las previsiones legales, dando vida al margen del texto legal a las decisiones de mera inconstitucionalidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, situándose en la estela del BVerfG, sino que, a la par, rompía tajantemente con el binomio inconstitucionalidad/nulidad característico de la visión del juez constitucional como “legislador negativo” (en rigor, en el pensamiento kelseniano, ese binomio había de formularse más bien como inconstitucionalidad/anulación).” (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El Tribunal Constitucional español como legislador positivo. Disponível no endereço eletrônico <http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/1/art/art2.pdf>, acesso em 30.03.2014.) [↑](#footnote-ref-45)
46. Típico exemplo desse esforço pode ser encontrado em precedente que, ao afirmar a inconstitucionalidade lei estadual criadora de milhares de cargos em comissão, definiu prazo máximo de 12 (doze) meses, contados da data de julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, para que o Estado fizesse a substituição de todos os servidores nomeados ou designados para ocupação dos cargos criados na forma da disciplina inconstitucional. (Cf. STF, ADI 4125, Relator  Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00068.) [↑](#footnote-ref-46)
47. Canaris, para designar estas duas funções distintas dos direitos fundamentais - defensiva e protetiva -, utiliza as denominações "proibição de intervenção" e "imperativo de tutela" *(ou* "imperativo de proteção"). No Brasil, há pelo menos dois textos de Canaris sobre o assunto disponíveis em língua portuguesa: a obra *Direitos Fundame11tais e Direito Privado.* Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, e o artigo "A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Ale- manha". In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Rio  de Janeiro: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-244. [↑](#footnote-ref-47)
48. Fernandez Segado, Francisco. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas : algunas cuestiones In: Direitos fundamentais e justiça, v. 3, n. 7, abr./jun. 2009, p. 66 e 67. [↑](#footnote-ref-48)
49. Fernandez Segado, Francisco. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: algunas cuestiones In: Direitos fundamentais e justiça, v. 3, n. 7, abr./jun. 2009, p. 67 a 72. [↑](#footnote-ref-49)
50. Fernandez Segado, Francisco. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: algunas cuestiones In: Direitos fundamentais e justiça, v. 3, n. 7, abr./jun. 2009, p. 70. [↑](#footnote-ref-50)
51. Na doutrina italiana é corrente a advertência de que não é o vácuo em si que deveria criar problemas à Corte, mas seus efeitos inconstitucionais. Sobre o ponto cabe observar as reflexões de T. MARTINES, *Questioni vecchie e nuove in tema di attività interpretativa della Corte costituzionale* (1969), in *Opere*, II, p. 717 e ss. [↑](#footnote-ref-51)
52. Jorge Pereira da Silva identifica a questão da inconstitucionalidade por omissão como um problema de direito material. (PEREIRA DA SILVA, Jorge: Dever de Legislar e protecção jurisdictional contra omissões legislativas - Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, p. 13 e seguintes). [↑](#footnote-ref-52)
53. Nesse sentido, por todos: DA CUNHA FERRAZ, Anna Cândida (2005). “Proteção jurisdicional da omissâo inconstitucional dos poderes locais”, em Revista Mestrado em Direito, ano 5, no 5, (Sâo Paulo, Osasco), 2005, pp. 157 y ss.; en concreto, p. 160. [↑](#footnote-ref-53)
54. De acordo com a teoria dos deveres de proteção, os *direitos fundamentais* não cuidam apenas do estabelecimento de relações entre os indivíduos e o Estado, de modo a impor a este último abstenções ou o fornecimento de prestações positivas. Na lição de DANIEL SARMENTO (A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII – Direitos Fundamentais: 297/332.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 298 e seguintes) e INGO WOLFGANG SARLET (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 10. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 141 e seguintes), os direitos fundamentais também positivam valores eleitos por uma comunidade como nucleares, de maneira a balizar a atuação do poder político e até mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico. [↑](#footnote-ref-54)
55. Para Kelly Susane Alflen da Silva, “o programa da norma designa a soma dos dados linguísticos normativamente pertinentes extraídos do texto da norma” (SILVA, Kelly Susane Alflen da. Hermenêutica jurídica e concretização judicial. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 417). [↑](#footnote-ref-55)
56. O âmbito normativo “se configura pela coordenação dos elementos fatuais estruturantes que são extraídos da realidade social com a perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma, dos elementos que são, em geral, ao menos, parcialmente formados pelo direito e significa a estrutura fundamental do âmbito fatual da norma jurídica, i.e., não só a norma, mas a coesão dos fatos que o operador do direito pode, com base no programa da norma justificar razoavelmente a compatibilidade com esse programa, os quais são essenciais para a solução do caso de espécie e, fundado nisso, que o programa da norma e o âmbito da norma são, igualmente, co-normativos. (...) O âmbito normativo designa, na verdade, um conceito de trabalho efetuado a partir desses elementos que não deve ser considerado de forma meramente auxiliar, de função secundária, pelo contrário, ele mesmo afirma seu caráter indispensável em fae da normatividade do direito (direito fundamental) a ser concretizado. (...) (SILVA, Kelly Susane Alflen da. Hermenêutica jurídica e concretização judicial. Porto Alegre:  Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 418-419). [↑](#footnote-ref-56)
57. Novamente com Fernandez Segado, cabe advertir que *“no siempre podrá reconducirse el control de las omisiones a la existencia de una norma implícita. Piénsese en ciertos derechos prestacionales o socio-laborales cuya falta de desarrollo conduce a privarlos de toda eficacia. La omisión puede no propiciar aquí la vigencia de una nor- ma implícita o preconstitucional, sino simplemente el vacío jurídico, un vacío en con- tradicción con un mandato constitucional”*(Fernandez Segado, Francisco. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas : algunas cuestiones In: Direitos fundamentais e justiça, v. 3, n. 7, abr./jun. 2009, p. 67.) [↑](#footnote-ref-57)
58. A doutrina italiana é bem sintetizada, no ponto, por Fernandez Segado: “Ha sido la doctrina italiana la que mayormente se ha alineado en esta dirección. Giuseppe Branca, a la sazón presidente de la Corte costituzionale cuando ésta se pronunció a través de la trascendental sentencia no 62, de 1971, iba a contribuir a la conso- lidación dogmática del control de las omisiones del legislador. En una comunicación presentada ante la prestigiosísima Accademia dei Lincei de Roma, en 1972, formulaba unas reflexiones que, en lo que ahora importa, nos parecen del mayor interés: “E possibile annullare una legge (o una sua parte) non scritta? –se interrogaba Branca– La Corte ha risposto di sì”, y ello porque superando la objeción (“che è –apostilla Branca– quanto di più formalistico si possa immaginare”) según la cual, “la Corte può pronun- ciarsi su disposizioni scritte, soltanto su di esse”, ha replicado que, en general, “la dispo- sizione scritta, tacendo, nega, non consente, e perciò contiene anche la norma non scritta; considerando la norma come precetto, se essa consente qualcosa (solo) ad alcuni, segno è che non permette ad altri e quando impedisce ad uno permette ad altri: dalla stessa natura precettiva discende che, toccata dal legislatore una materia, questa risulta tutta presa dal comando legislativo, rientra per intero nella disciplina della legge” (Giuseppe BRANCA (1972). “Caratteristiche e funzione dei giudizi di legittimità costituzionale” (Relazione dell’Accademia dei Lincei, 1972). Seguimos la transcripción que hace Giustino D’ORAZIO: “Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione”, en Rivista trimestrale di Diritto pubblico, fasc. 1, pp. 61 y ss.; en concreto, p. 72). Pocos años después, Crisafulli se pronunciaba en similar dirección al sostener que, declarando inconstitucional una omisión legislativa, la sentencia de la Corte no hacía más que extender una norma vigente, removiendo un obstáculo (lo que podríamos tildar de norma negativa) frente a su aplicabilidad a determinadas categorías exclui- das. (CRISAFULLI, Vezio (1984). “La Corte costituzionale ha vent’anni”, en La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale (Bilancio di vent’anni di attività), a cura di Nicola OCCHIOCUPO, CEDAM, Padova, 1984 (ristampa), pp. 69 y ss.; en concreto, p. 84. Este artículo fue inicialmente publicado en Giurispru- denza Costituzionale, anno XXI, 1976, fasc. 10, pp. 1694 y ss.) Es evidente que el razonamiento de Crisafulli estaba pensado en función de una omisión relativa, mientras que el de Branca presentaba una mayor amplitud de miras. En fin, Modugno, en una posición semejante, aducía que de una disposición bien puede obtenerse una norma negativa, sea en el sentido de una norma que establece una prohibición, sea en aquel otro de una norma que deja indefinida una situación o un comportamiento, hallándose la Corte perfectamente legitimada para golpear (“colpire”) tal norma negativa en cuanto se manifieste inconstitucional” (MODUGNO, Franco. (1985). “La Corte costituzionale oggi”, en Scritti su la Giustizia Costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli, CEDAM, Padova, 1985, vol. I, pp. 527 y ss.; en concreto, nota 62, en pp. 564-565). (Cf. Fernandez Segado, Francisco. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: algunas cuestiones In: Direitos fundamentais e justiça, v. 3, n. 7, abr./jun. 2009, p. 65.) [↑](#footnote-ref-58)
59. Friedrich Müller, Métodos de trabalho do direito constitucional, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1999, p. 45 e ss. [↑](#footnote-ref-59)
60. Silvestri denuncia a artificialidade do argumento da norma implícita restritiva nos termos seguintes: “La semplice assenza di una diposizione normativa non significa che la fattispecie suscettibile di essere regolata da tale disposizione sia regolata da una disposizione di segno contrario. Qui si coglie con sufficiente netezza il paralogismo in cui è incorsa la Corte in tutti i dispositivi additivi. In tali dispositivi in realtà costituzionalità di una disposizione normativa aggiuntiva (con effeti estensivi o restrittivi).” (SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della corte costituzionale. In: Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli. Padova : Cedam, 1985. p. 755-794, v. 1., p. 768). [↑](#footnote-ref-60)
61. Para Muller, *“o âmbito normativo expressa o “recorte da realidade social na sua estrutura básica que o programa da norma “escolheu” para si ou em parte “criou” para si como seu âmbito de regulamentação”* (Muller, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. p. 57). [↑](#footnote-ref-61)
62. Convém acentuar que o âmbito normativo, para Muller, pertence à norma jurídica com grau hierárquico igual ao programa da norma. Constitui, portanto, um elemento jurídica e não extrajurídico. O âmbito normativo constrói a normatividade conjuntamente com o programa da norma. [↑](#footnote-ref-62)
63. Tanto na doutrina como na jurisprudência, ainda prevalence no Brasil uma concepção obrigacional (normativista) da omissão inconstitucional. (Cf. SEGADO, Francisco Fernándes. La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo I (Los sistemas de Justicia Constitucional, las ‘dissentig opinions’ el control de las omisiones legislativas, el control de ‘comunitariedad’). Madrid: Dykinson-Constitucional, 2009. p. 605). [↑](#footnote-ref-63)
64. Precisamente nesse sentido, vale destacar a visão de José Pereira da Silva, para quem a inconstitucionalidade por omissão revela uma realidade bifronte: (i) descumprimento de uma obrigação constitucional do legislador; (ii) e também o resultado objetivamente produzido no ordenamento jurídico por esse descumprimento. (PEREIRA DA SILVA, Jorge: Dever de Legislar e protecção jurisdictional contra omissões legislativas - Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, p. 13). [↑](#footnote-ref-64)
65. PEREIRA DA SILVA, Jorge: Dever de Legislar e protecção jurisdictional contra omissões legislativas - Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, p. 13 e seguintes). [↑](#footnote-ref-65)
66. A Corte constitucional colombiana assim resume os fatores que determinam o estado de coisas inconstitucional: “*Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.”* (Corte constitucional da Colombia, Sentença T-025/04, encontrada no sítio eletrônico da Corte – <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>, acesso em 28.01.2014.) [↑](#footnote-ref-66)
67. Robledo Silva, Paula. Aportes fundamentales de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana tras dieciocho años de existencia. In: Anuario iberoamericano de justicia constitucional, 2009, v. 13, p. 623-624. [↑](#footnote-ref-67)
68. Robledo Silva, Paula. Aportes fundamentales de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana tras dieciocho años de existencia. In: Anuario iberoamericano de justicia constitucional, 2009, v. 13, p. 624. [↑](#footnote-ref-68)
69. De fato, graves violações de direitos fundamentais no Brasil manifestam-se por meio de uma complexa teia de ações e omissões inconstitucionais dificilmente reconduzíveis às categorias tradicionais objeto do controle de constitucionalidade. Cite-se, por exemplo, a escandalosa situação do sistema carcerário brasileiro, no âmbito do qual um rosário de sérias violações aos direitos fundamentais dos presos são sistematicamente praticadas pelo poder público. As causas da disfunção generalizada do sistema carcerário brasileiro relaciomam-se simultaneamente com a atuação deficiente dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo. O urgente processo de descriminalização de condutas de menor potencial ofensivo depende de uma agenda legislativa reformadora das leis penais. A condução rigorosa do processo de execução penal, de outro lado, exige a adequação e modernização dos serviços judiciários. A garantia do respeito à integridade física e psíquica dos presos depende, em grande medida, da realização de políticas públicas pelo Poder Executivo. Não há dúvida de que a realidade carcerária brasileira revela típico estado de coisas inconstitucional, constituído por uma gama de ações e omissões judiciais, legislativas e administrativas. Paula Robledo Silva resume a atuação da Corte constitucional colombiana a propósito da situação de coisas inconstitucional em relação ao sistema carcerário daquele país: *“Por otra parte, debido a las condiciones infrahumanas que se viven en las cárceles del país, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-153/98, en primer lugar, ordenó a las autoridades competentes elaborar, en un término de tres meses, un plan de construcción y refacción carcelaria tendente a garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas en los penales, el cual se deberá realizar en un término máximo de cuatro años. Así mismo, que en un término máximo de tres meses, se recluya en entabelecimientos especiales a los miembros de la Fuerza Pública que se encuentran privados de la liberdad, con el objeto de garantizar su derecho a la vida y la integridad personal; que en un término máximo de cuatro anõs, se separe completamente los internos sindicados de los condenados; y que se tomen las medidas necesarias para solucionar las carencias de personal especializado en las prisiones y de la Guardia Penintenciaria. Por último, ordenó que investigara la razón de la no asistencia de los jueces de penas y medidas de seguridad de Bogotá y Medillín e las cárceres Modelo y Bellavista y que tomaran las medidas necesarias para cumplir con la obligación de crear y mantener centros de reclusión propios en las entidades territoriales. En este mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional, Sentencias T-606/98 y T-607/98, al constatar la ausencia de un sistema de salud en las cárceles del país”* (Robledo Silva, Paula. Aportes fundamentales de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana tras dieciocho años de existencia. In: Anuario iberoamericano de justicia constitucional, 2009, v. 13, p. 626-627). [↑](#footnote-ref-69)
70. Fernándes Rodrígues, José Julio, “Aproximaxión al concepto de inconstitucionalidad por omissión”, en Carbonell, Miguel (coord..), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, Instituto de Investiggaciones Jurídicas, 2007. [↑](#footnote-ref-70)
71. Fernándes Rodrígues, José Julio, “Aproximaxión al concepto de inconstitucionalidad por omissión”, en Carbonell, Miguel (coord..), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, Instituto de Investiggaciones Jurídicas, 2007. [↑](#footnote-ref-71)
72. Wittgenstein foi um dos precursores dessa corrente filosófica e defendeu, segundo Warat, que faltava ao neopositivismo lógico uma compreensão filosófica adequada dos mecanismos que regem as linguagens ordinárias: enquanto estes estudos se limitavam aos planos sintáticos e semânticos, uma compreensão das linguagens ordinárias dependia de uma análise pragmática. (Cf. Warat, O direito e sua linguagem, p. 63.) Alexandre Araújo Costa esclarecer que, “a partir desse giro pragmático, a filosofia da linguagem passou a desenvolver instrumentos para uma compreensão linguística de problemas históricos, que gradualmente passaram a integrar o instrumental teórico dos filósofos continentais” (COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método : diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 137). [↑](#footnote-ref-72)
73. Juarez Tavares, a esse respeito, consigna: “Aqui, devem-se diferenciar duas hipóteses: na primeira, o omitente realiza ação diversa aquela devida; na segunda, não há realização concomitante de outra ação, o omitente apenas nada faz. Na primeira hipótese, poder-se-ia predizer que o omitente estava perseguindo um fim diverso daquele ao qual estava obrigado. Essa predição resulta de uma simples verificação entre o que omitente realiza e o que a norma determina. Há, portanto, a caracterização de um ato de fala indireto: o omitente se manifesta no sentido diverso da norma e demonstra que está orientado por outro objetivo. Na hipótese de simples omissão, sem realização concomitante de conduta diversa da devida, não há como se obter um diagnóstico acerca do outro fim perseguido pelo omitente. Para essa forma de omissão, sua classificação como ato de fala é extraída exclusivamente de seu confronto com a norma mandamental e não por meio de uma observação empírica. Mas, de qualquer modo, se a norma determina uma conduta e o agente não a realiza, há de sua parte uma expressão comunicativa no sentido de desprezar os elementos de orientação normativa e, ainda que nada faça, orientar sua conduta segundo outras referências. A subordinação da omissão a uma norma mandamental, não apenas no que toca à subsistência de um dever de agir que lhe confere relevância, mas, fundamentalmente, pelos elementos que essa norma fornece ao sujeito para referência e orientação de sua conduta, transforma a omissão de um ato ilocucionário inicial em um ato perlocucionário. Isso ocorre porque, então, já não se trata de afirmar o dever de agir imposto pela norma. Mais do que isso, quando a norma se materializa na conduta concreta do sujeito, a omissão se individualiza e passa a depender dos elementos que lhe imprimem sentido: a capacidade do sujeito, o objeto da ação devida, as consequências da inatividade, o papel das pessoas afetadas, a violação do bem jurídico e as demais circunstâncias que ilustram o contexto.” (TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 267). [↑](#footnote-ref-73)
74. STF, ADI 4277, Relator Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212. [↑](#footnote-ref-74)
75. O entendimento manifestado em julgamento levado a efeito no âmbito do controle difuso de constitucionalidade (STF, RE 579951, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-10 PP-01876) culminou com a edição da Súmula Vinculante n. 13. [↑](#footnote-ref-75)
76. *“(…) el derecho comparado mustra una gran variedad de opciones para el tratamiento y resolución de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. La mayoría de los países no las han regulado constitucional o legalmente, de manera que la magistratura constitucional (sea un tribunal, corte o sala constitucional, o incluso una corte suprema), han tenido que afrontarlas, caso a caso, construyendo una doctrina judicial sobre la materia; digamos de forma genérica, que estas jurisdicciones constitucionales han acudido a una variedade de sentencias atípicas para ello, como por ejemplo, las aditivas, sustitutivas, exhortativas, interpretativas, entre otras, que prmiten dar una solución a esta problemática, con distintos efectos, caracterísitcas y enfoques. Sobre decir, que en estos casos, se requiere un mayor esfuerzo y dinamismo en la actuación de los jueces constitucionales (activismo judicial), lo que ya ha sucedido en países como Alemania, España, Italia, y especialmente en él ámbito latinoamericano, la Corte Constitucional de Colombia.”* (MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Panorámica del Dereceho Procesal Constitucional e Convencional.* Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 578). [↑](#footnote-ref-76)
77. A criação de técnicas decisórias, adverte Claudio Panzera, embora relevem um exercício de criatividade, são adotadas e mantidas no desenvolvimento de padrões normativos pre-existentes. (Cf. PANZERA, Claudio. Interpretare manipolare combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale - Napoli : Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 14.) [↑](#footnote-ref-77)
78. Essa compreensão encontra conforto na precisa construção argumentative de Fernández Segado: “En definitiva, la existencia de disposiciones constitucionales que, por lo general, requieren para su plena vigencia, para su total eficacia, de una intervención normadora del legislador en el sentido de queéste concrete, desarrolle, densifique la disciplina fragmentaria e incompleta de la disposición constitucional – lo que, innecesario es decirlo, suele ser el caso de las normas constitucionales que consagran los derechos sociales – con el peligro que entraña que el poder legislativo permanezca inactivo, generando así una situación contraria al ordenamiento constitucional, plantea con toda intensidad la problemática de la inconstitucionalidad por omisión y la subsiguiente conveniencia de arbitrar técnicas con las que poder hacer frente a tal situación” (SEGADO, Francisco Fernándes. La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo I (Los sistemas de Justicia Constitucional, las ‘dissentig opinions’ el control de las omisiones legislativas, el control de ‘comunitariedad’). Madrid: Dykinson-Constitucional, 2009. p. 585). [↑](#footnote-ref-78)
79. O impacto dessa noção de controle da proporcionalidade da atividade legislativa, especialmente nesse sentido de satisfação de um mínimo de adequação à Constituição, não escapou à doutrina italiana: “Nelle condizione in cui attualmente si svolge, i lgiudizio costituzionale assume dunque non tanto i caratteri de un controllo negativo sull’assenza di contrasto tra legge e Costituzione, quanto quelli di un riscontro positivo circa la sussistenza di quella dose minima di adeguatezza, confruenza, proporzionalità rispetto al fatto (in una parola, di ragionevolezza) che la scelta politica deve incorporare per essere considerata come legittimo esercizio della funzione legislativa” (G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevoleza nel giudizio costituzionale,* 2000, 387). [↑](#footnote-ref-79)
80. E prossegue o autor alertando para o fato de que *“se função legislativa equivale (ou deveria equivaler) a função normativa, não é verdadeira a recíproca: a figura do ato normativo é muito mais ampla que aquela do ato legislativo como ato-fonte, porque – como muitas vezes esclarecido – é cada singular ordenamento positivo que determina quais, entre os fatos e os atos normativos que se produzem em seu interior, devem ser incluídos entre as próprias fontes”* (V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 1984, vol. II, p. 407). [↑](#footnote-ref-80)
81. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 1984, vol. II, p. 407-408. [↑](#footnote-ref-81)
82. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitural. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 49, n. 193, p. 141-149, jan./mar. 2012. [↑](#footnote-ref-82)
83. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitural. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 49, n. 193, p. 143, jan./mar. 2012. [↑](#footnote-ref-83)
84. Para Continentino, *“o problema dessa perspectiva reside em sua premissa: a existência de normas jurídicas claras, com conteúdo bem definido e delimitado”*(CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitural. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 49, n. 193, p. 143-144, jan./mar. 2012). [↑](#footnote-ref-84)
85. Carlos Alexandre de Azevedo Campos observa que o controle das omissões legislativas por meio da integração jurídica promovida com base em princípios e valores constitucionais revela uma das manifestações do ativismo judicial: *“O ativismo judicial é também utilizado no sentido de que cortes, notadamente as cortes constitucionais e supremas, assumem competências legiferantes reservadas, a priori pela constituição, aos outros poderes, em especial ao Legislativo. Sob esta perspectiva, o ativismo judicial não seria um comportamento apenas judicial, mas atividade quase legislativa. Alguns acusam a prática de juízes “legislate from the bench”, ou seja, criarem o direito em vez de aplicá-lo. O juiz ativista preencheria lacunas, omissões legislativas, corrigiria as leis, inovando, dando-lhes novos sentidos ou adicionado-lhes novos significados, de modo a conformá-las aos princípios e valores constitucionais. A atividade judicial ativista seria complementar, corretiva, ou mesmo substitutiva da atividade legislativa. Hodiernamente, no âmbito das modernas técnicas de decisão de inconstitucionalidade – interpretação conforme a constituição, declaração de nulidade parcial sem redução do texto, sentenças aditivas – essa discussão tem envolvido as fronteiras entre o juiz constitucional como legislador negativo e como autentico legislador positivo segundo as propostas Kelsenianas da primeira metade do século XX.”* (Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro : Forense, 2014, p. 166). Mais a frente, o mesmo autor identifica essa criação normativa como a *dimensão metodológica* do ativismo judicial que incide *“sobre o modo de interpretar e aplicar os dispositivos constitucionais ou legais, expandindo ou reduzindo os significados para além ou aquém dos sentidos mais imediatos e compreensíveis e, ás vezes, até mesmo contra esses sentidos. O tribunal não se confina a aplicação passiva de normas preestabelecidas, mas se lança à tarefa de participar ativa criativamente da construção da ordem jurídica, expandido, restringindo, corrigindo, enfim, modificando essa mesma ordem. Essa dimensão revela-se, portanto, por meio de uma acentuada criação judicial de direito. O Supremo vem modificando a postura hermenêutica na direção de decisões mais criativas, valorativas e inovadoras de direitos e de posições jurídicas fundamentais, e isso está inserido em contexto amplo de transformações do papel do direito e do papel da corte dentro da nova ordem política e democrática emergida com a constituição de 1988. Esta dimensão envolve, especialmente, a discussão sobre a superação progressiva do dogma Kelseniano do juiz constitucional apenas como legislador negativo e sugere o avanço da figura desse juiz também como legislador positivo.”* (Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro : Forense, 2014, p. 276). [↑](#footnote-ref-85)
86. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitural. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 49, n. 193, p. 145, jan./mar. 2012. [↑](#footnote-ref-86)
87. A propósito, Carlos Alexandre de Azevedo Campos afirma: “A primeira e fundamental lição diz como a verificação do que Ernest Young chamou de “linha comum” de comportamento que caracteriza as diferentes decisões ativistas: o aumento da relevância da posição político –institucional de juízes e cortes sobre os outros atores e instituições relevantes de uma dada ordem constitucional. Comum a todos os exemplos de cortes ativistas retratadas anteriormente e às suas diversas formas de manifestação de ativismo judicial, está sempre o exercício expansivo e vigoroso, estratégico ou não, de autoridade político – normativa no controle dos atos e das omissões dos demais poderes, seja impondo – lhes obrigações, anulando as decisões, ou atuando em espaços tradicionalmente ocupados por aqueles. O núcleo comportamental do ativismo judicial é a expansão de poder decisório que juízes e cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma dada organização sócio política e constitucionalmente estabelecida.” (Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro : Forense, 2014, p. 151-152). Em síntese, afirma o mesmo autor, *“[d]efino o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.”* (Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro : Forense, 2014, p. 164). [↑](#footnote-ref-87)
88. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro : Forense, 2014, p. 157-158. [↑](#footnote-ref-88)
89. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro : Forense, 2014, p. 159. [↑](#footnote-ref-89)
90. Por isso que Continentino propõe como o mais importante critério de observação das decisões judicial à luz desse parâmetro semântico do *ativismo judicial* a noção de integridade (Dworkin) ou coerência (Fallon Jr) do direito: “Pensar o direito a partir dessa concepção nos faz compreender que juízes e intérpretes têm o papel de perpetuar o projeto constitucional como se fossem parceiros de uma empresa comum. O direito, na metáfora de Dworkin, é imaginao como um “romance em cadeia”, cujos capítulos devem ser coerentemente escritos por cada uma das gerações e membros integrantes da comunidade político-jurídica sem que se deixe perder o fio, o elo da história. Com isso, os precedentes judicias assumem valor ímpar, pois apontam para a exigência, sobretudo dirigida aos juízes e tribunais, de construção de uma jurisprudência coerente. Por mais abstratos que sejam os princípios constitucionais, não é dado ao intérprete, ao julgar um caso concreto, desconsiderar toda a construção constitucional edificada sobre a interpretação de um princípio constitucional” (CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitural. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 49, n. 193, p. 146, jan./mar. 2012). Luís Roberto Barroso, em prestígio à coerência interna dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, afirma que o princípio da isonomia impõe que o aplicador da norma adote a mesma solução para hipóteses equivalentes (igualdade perante a lei). Assim, o órgão jurisdicional deverá aplicar sua própria jurisprudência a casos similares a não ser (i) que decida modificar seu entendimento acerca da matéria em caráter geral ou (ii) que seja capaz de demonstrar, a partir de critérios extraídos do sistema normativo, que a hipótese apresenta características que a distinguem de forma relevante dos casos que formaram a jurisprudência em questão. (Cf. Barroso, Luís Roberto. *Recurso Extraordinário. Violação Indireta da Constituição. Ilegitimidade da Alteração Pontual e Casuística da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.* Extraído do sítio eletrônico <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_3a_edicao.pdf> em 01.05.2013.) Cláudio Pereira e Daniel Sarmento acentuam que a concepção do Direito como “integridade”, tal como proposta por Dworkin, incita à procura de uma resposta correta para cada caso difícil como uma espécie de “ideal regulativo”, de modo que a solução deve ser buscada pelo juiz por meio de um procedimento hermenêutico que leve em consideração elementos como o texto dos preceitos incidentes, a sua história e os precedentes, mas que procure, sem ignorar esses dados, tornar o Direito o melhor que ele pode ser, no sentido da promoção da justiça. (Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 430.) [↑](#footnote-ref-90)
91. Como exemplo pode-se citar o trabalho de José Adércio Leite Sampaio: SAMPAIO. José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001. [↑](#footnote-ref-91)
92. Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI 3682, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-02 PP-00277 RTJ VOL-00202-02 PP-00583. [↑](#footnote-ref-92)
93. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Panorámica del Dereceho Procesal Constitucional e Convencional.* Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 206. [↑](#footnote-ref-93)
94. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Panorámica del Dereceho Procesal Constitucional e Convencional.* Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 207. [↑](#footnote-ref-94)
95. Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI 3682, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-02 PP-00277 RTJ VOL-00202-02 PP-00583. [↑](#footnote-ref-95)
96. Nessa linha, vale mencionar o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na ADI 875: “É certo que a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nesses casos de omissão inconstitucional. Uma cassação aprofundaria o estado de inconstitucionalidade, tal como já admitido pela Corte Constitucional alemã em algumas decisões. A soma de duas omissões não gera uma ação ou afirmação, mas uma “omissão ao quadrado”. (...) Evidentemente, a cassação da norma inconstitucional (declaração de nulidade) não se mostra apta, ao mais das vezes, a solver os problemas decorrentes do benefício incompatível com o princípio da igualdade. É que ela haveria de suprimir o benefício concedido, em princípio licitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados. A técnica de declaração de nulidade, concebida para eliminar a inconstitucionalidade causada pela intervenção indevida no âmbito de proteção dos direitos individuais, mostra-se insuficiente como meio de superação da inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa”. [↑](#footnote-ref-96)
97. Ainda segundo Gilmar Mendes, *“[a] questão fundamental reside menos na escolha de um processo especial do que na adoção de uma técnica de decisão apropriada para superar as situações inconstitucionais propiciadas pela chamada omissão legislativa. E, nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal tem avançado substancialmente nos últimos anos, principalmente a partir do advento da Lei n. 9.868/99, cujo art. 27 abre um leque extenso de possibilidades de soluções diferenciadas para os mais variados casos. É certo que, inicialmente, o Supremo Tribunal Federal, adotou o entendimento segundo o qual a decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão autorizaria o Tribunal apenas a cientificar o órgão inadimplente para que este adotasse as providências necessárias à superação do estado de omissão inconstitucional. Assim, reconhecida a procedência da ação, deveria o órgão legislativo competente ser informado da decisão, para as providências cabíveis. Em julgado recente (do ano de 2007), porém o Tribunal passou a considerar a possibilidade de, em alguns casos específicos, indicar um prazo razoável para a atuação legislativa, ressaltando as consequências desastrosas para a ordem jurídica da inatividade do legislador no caso concreto (ADI n. 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 6.9.2007). O caso referia-se à omissão inconstitucional quanto à edição da lei complementar de que trata o art. 18, par. 4o, da Constituição, definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Na ocasião, a Corte declarou o estado de mora em que se encontrava o Congresso Nacional e determinou que, no prazo de 18 (dezoito) meses, adotasse ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, par. 4o, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade por omissão. Na mesma ocasião, o Tribunal avançou no tema da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. No julgamento do conhecido caso do Município de Luís Eduardo Magalhães (ADI Nn. 2.240, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 3.8.2007), o Tribunal, aplicando ao art. 27 da Lei n. 9.868/99, declarou a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade da lei impugnada (Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia), mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável dentro do qual pode o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que devem ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão da Corte na ADI 3.682. Em tema de omissão inconstitucional, o Tribunal vem adotando, inclusive, típicas sentenças de perfil aditivo, tal como ocorreu no conhecido caso do direito de greve dos servidores públicos. (...) A opção por uma técnica diferenciada de decisão pode trazer soluções viáveis para as presentes ações diretas de inconstitucionalidade. Aqui, não se trata mais de saber se as ações são de inconstitucionalidade por ação ou por omissão (parcial), mas de encontrar uma técnica de decisão para superar o alegado estado de inconstitucionalidade decorrente de omissão parcial”* (STF, ADI 875, Relator  Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-02 PP-00219 RTJ VOL-00217- PP-00020 RSJADV jul., 2010, p. 28-47). [↑](#footnote-ref-97)
98. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Panorámica del Dereceho Procesal Constitucional e Convencional.* Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 227. [↑](#footnote-ref-98)
99. Não se despreza que a identificação da omissão inconstitucional como pressuposto do exercício de função normativa pelo STF representa uma sorte de raciocínio fictício: em grande medida a norma faltante pode ser individualizada antes mesmo do acertamento da lacuna normativa. É possível, nesse contexto, que a inteira operação seja pré-orientada a partir do resultado que se pretende atingir. [↑](#footnote-ref-99)
100. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional* (com Ingo Sarlet e Daniel Mitidiero). 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 823 e ss. [↑](#footnote-ref-100)
101. MARINONI, Luiz Guilherme. Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais. In: Revista de processo, v. 38, n. 226, p. 13-29, dez. 2013, p. 22. [↑](#footnote-ref-101)
102. BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208. [↑](#footnote-ref-102)
103. Essa visão foi manifestada pelo Ministro Luiz Fux no STF: “Com efeito, a noção de *discricionariedade* vem sendo paulatinamente revisitada pela moderna dogmática do direito público brasileiro, para reconhecer que os espaços de escolha próprios das autoridades eleitas não configuram plexos de competências externos ao próprio ordenamento jurídico. A rigor, nos últimos anos viu-se emergir no pensamento jurídico nacional o *princípio constitucional da juridicidade*, que repudia pretensas diferenças *estruturais* entre atos de poder, pugnando pela sua categorização segundo os diferentes *graus* de vinculação ao direito, definidos não apenas à luz do relato normativo incidente na hipótese, senão também a partir das capacidades institucionais dos agentes públicos envolvidos. Com felicidade invulgar, Gustavo Binenbojm esclarece o ponto: *as diversas categorias jurídicas que caracterizam os diferentes graus de vinculação à juridicidade (vinculação plena ou alto grau, conceito jurídico indeterminado, margem de apreciação, opções discricionárias, redução da discricionariedade a zero) nada mais são do que códigos dogmáticos para uma delimitação jurídico-funcional dos âmbitos próprios de atuação da Administração* [e do legislador] *e dos órgãos jurisdicionais* (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo.* 2a ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 226). Trata-se da superação da atávica dicotomia entre atos vinculados *v.* atos discricionários, que passa a admitir o controle jurisdicional mais ou menos intenso conforme o grau de vinculação do ato administrativo à juridicidade.” (STF, MS 26849 AgR, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 20-05-2014 PUBLIC 21-05-2014). [↑](#footnote-ref-103)
104. Aplica-se à espécie, *mutatis mudantis*, a advertência da tradicional doutrina administrativista no sentido de que os aspectos vinculados dos atos administrativos – mesmo daqueles enquadrados como discricionários: É cediço na doutrina que: “*(...) Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato - e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto. (...) Em suma: discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: 'A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal'. (...) Nada há de surpreendente , então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discrição, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeço existe a tal proceder, pois é meio - e, de resto fundamental - pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito. (...) Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.”* (Celso Antônio Bandeira de Mello acerca dos atos discricionários e seu controle, in Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 15ª Edição, páginas 395/396 - 836/837). [↑](#footnote-ref-104)
105. STF, MS 26602, Relator  Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-02 PP-00190 RTJ VOL-00208-01 PP-00072. [↑](#footnote-ref-105)
106. Segundo Jorge Pereira da Silva, a liberdade de configuração do poder legislativo conhece graus diferentes, os quais dependem das próprias previsões constitucionais (grau de densidade normativa e grau de vinculação ou dependência do legislador em relação à Constituição). (PEREIRA DA SILVA, Jorge: Dever de Legislar e protecção jurisdictional contra omissões legislativas - Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, p. 23). [↑](#footnote-ref-106)
107. Nesse sentido, por exemplo, o elucidativo precedente assim resumido: *“HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALDIADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA”* (STF, HC 104410, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012). [↑](#footnote-ref-107)
108. A definição da omissão inconstitucional na doutrina aponta para a sua configuração a identificação de um resultado normativo conducente à ineficácia da norma constitucional causado pela falta de desenvolvimento por parte do Poder Legislativo durante um tempo excessivamente largo dequelas normas constitucionais que não expressam sua vocação normativa sem posterior regulamentação legal. [↑](#footnote-ref-108)
109. STF, ADPF 144, Relator  Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02 PP-00342 RTJ VOL-00215- PP-00031. [↑](#footnote-ref-109)
110. STF, RE 579951, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-10 PP-01876. [↑](#footnote-ref-110)
111. Sobre os riscos dessa pratica, cf. SARMENTO, DANIEL. O neoconstitucionalismo no brasil: riscos e possibibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLETE, Ingo Wolf Gang (org.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem AJ.J. Gomes Canotilho. Op. Cit., p. 40-41. [↑](#footnote-ref-111)
112. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 279. [↑](#footnote-ref-112)
113. No mesmo sentido, a lição de Mortati, tal como explicitada por Fernández Segado: *“Admite Mortati que los resultados alcanzados por el intérprete emsu actividad de integración no son equiparables a aquellos que puedan derivarse de la intervención del legislador, por el hecho de que el juez constitucional le está vedado todo criterio de oportunidad acerca del mejor modo de conseguir la máxima satisfacción de los intereses constitucionalmente protegidos, ‘dovendosi limitare ad estrarre dal complessivo sistema legislativo, interpretato alla luce delle direttive della Costituzione, la regola che valga a dare a queste almeno un minimo di attuazione’. Mantenida en tales límites, concluirá el gran iuspublicista italiano, la operación desarrollada por el juez constitucional no podrá considerarse invasiva de la discrecionalidad del legislador en cuanto que aquél ‘si limita a dichiarare (sia pure con quel margine di creatività insita (…) in ogni operazione alla lacuna, sulla base del grado di affinità del rapporto da regolare con altri già disciplinati’ ” (SEGADO, Francisco Fernándes. La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo I (Los sistemas de Justicia Constitucional, las ‘dissentig opinions’ el control de las omisiones legislativas, el control de ‘comunitariedad’). Madrid: Dykinson-Constitucional, 2009. p. 575). Na doutrina brasileira, Marinoni afirma com precisão: “Frise-se que a decisão a respeito de como um dever de tutela deve ser cumprido é, antes de tudo, questão afeta ao Parlamento. Quando o legislador viola um direito fundamental na sua função de mandamento de tutela, cabe ao Judiciário assegurar o adequado grau de tutela do direito fundamental. Não obstante, o problema está na circunstância de que a ação do juiz, diante da falta da lei, não tem a mesma elasticidade ou a mesma latidude da ação do legislador. Para ser mais claro: o legislador tem ampla esfera de liberdade para a definição da providencia ou do meio para a tutela do direito fundamental, enquanto o juiz, exatamente por não ter a mesma latitude de poder do legislador, deve atuar apenas para garantir que o dever de proteção satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência. Assim incumbe ao juiz atuar de modo a impor não mais que o mínimo necessário à proteção do direito fundamental”* (Marinoni, Luiz Guilherme. Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais. In: Revista de processo, v. 38, n. 226, p. 13-29, dez. 2013, p. 21). [↑](#footnote-ref-113)
114. STF - ADI 2512, Relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2001, DJ de 22-03-2002. [↑](#footnote-ref-114)
115. STF - ADI 3682, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe de 05-09-2007. [↑](#footnote-ref-115)
116. STF - ADI 2240, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe de 02-08-2007. [↑](#footnote-ref-116)
117. STF - ADI 4274, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2011, DJe de 30-04-2012. [↑](#footnote-ref-117)
118. Assim como na Itália, a Suprema Corte brasileira experimentou gradativa expansão no contexto da jurisdição constitucional, passando primeiro a proferir sentenças interpretativas e logo depois a utilizar também de sentenças claramente manipulativas. Esses foram os antecedentes – em termos de marcos jurisprudenciais – da mais controvertida atuação do Supremo: a produção de sentenças aditivas. [↑](#footnote-ref-118)
119. STF - MI 670, Rel. Para acórdão Min. Gilmar Mendes; MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes e MI 712, Rel. Min. Eros Grau; STF – ADI 875, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2010, DJe de 29-04-2010. [↑](#footnote-ref-119)
120. O entendimento jurisprudencial àquela altura prevalecente foi sintetizada pelo Ministro Celso de Mello, no ano de 1990, nos seguintes termos: “O Supremo Tribunal Federal, ao exercer em abstrato a tutela jurisdicional do direito objetivo positivado na Constituição da República, atua como verdadeiro legislador negativo, pois a declaração de inconstitucionalidade em tese somente encerra, em se tratando de atos (e não de omissões) inconstitucionais, um juízo de exclusão, que consiste em remover, do ordenamento positivo, a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo jurídico-normativo consubstanciado na Carta Política (STF – ADI 267 MC, Relator  Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/1990, DJ de 19-05-1995). [↑](#footnote-ref-120)
121. O Supremo Tribunal Federal utilizou a técnica decisional da interpretação conforme, antes da edição da Lei 9.969, por exemplo, nas seguintes decisões: RE 184093, Relator  Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 29/04/1997, DJ de 05-09-1997; ADI 1556 MC, Relator  Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 17/04/1997, DJ de 22-08-1997 PP-38759; ADI 1552 MC, Relator  Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 17/04/1997, DJ de 17-04-1998. [↑](#footnote-ref-121)
122. Aplica-se, *mutatis mutandis*, a lição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal assim formulada pelo Ministro Celso de Mello: “Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos (CARLOS MAXIMILIANO, “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, p. 312, item n. XI, 18a ed., 1999, Forense, v.g.), cuja doutrina – construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso “McCULLOCH v. MARYLAND (1819) – enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos” (STF – HC 94173, Relator  Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe de 26-11-2009). [↑](#footnote-ref-122)
123. Se o Tribunal estivesse limitado pelo binômio rejeição/acolhimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade – isto é, se apenas pudesse anular a lei ou considerá-la constitucional – certamente estaria constrangido a reconhecer artificialmente a constitucionalidade de normas inconstitucionais em razão da impraticabilidade de eventual decisão anulatória. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, “certas modalidades atípicas de decisão no controle de constitucionalidade decorrem, portanto, de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional” (STF - Cf. ADI 1351, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006, DJ de 30-03-2007). [↑](#footnote-ref-123)
124. Rodríguez-Patrón afirma: “Es la opinión de W. Roth (1999), quien justifica así la posibilidad de dictar regulaciones transitorias en los pronunciamientos declarativos del TCF. Por contrario, considera este autor, los inconvenientes ordinarios y típicos de ese tipo de pronunciamientos no justifican la asunción de la competencia aneja de dictar normas transitorias por parte del Tribunal. En esos casos, la responsabilidad de remediar la situación le corresponde exclusivamente al legislador o a los poderes públicos correspondientes. El autor crea esta construcción para negar que el TCF pueda llevar a cabo tales regulaciones con apoyo en el par. 35 LTCF. Cuál es la diferencia en la práctica? Según Roth, si el Tribunal Constitucional se apoya en el par. 35 cuenta con un margen de discrecionalidad amplísimo sobre el “si” y el “cómo” de la ejecución. En cambio, su discrecionalidad se ve recortada si se analiza la cuestión desde el principio de los poderes implícitos. Desde esa perspectiva, el TCF no puede regular de forma transitoria sólo por razones de conveniencia, sino sólo cuando inevitable.” (Rodríguez-Patrón, Patricia, *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2003, p. 121-28). [↑](#footnote-ref-124)
125. Rodríguez-Patrón, Patricia, *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2003, p. 127. [↑](#footnote-ref-125)
126. O viés pragmático que o juízo de inconstitucionalidade, especialmente quando inserido num contexto de clara judicialização da política, naturalmente encerra implica necessariamente a adoção de uma postura consequencialista por parte dos juízes do Supremo Tribunal Federal. Sobre o tema conferir, por todos: KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo. 2010. 364 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2010. [↑](#footnote-ref-126)
127. Modugno, a propósito da experiência italiana – mas servil também à explicação da realidade brasileira –, supõe que o controle de constitucionalidade funciona, em sociedades complexas, como um canal alternativo de demandas reprimidas: “(…) Proprio perché appare <molto meno contingente> del fenomeno di una riconquistabile centralità del Parlamento <la crescita di una domanda, rivolta necessariamente alle forze politiche, di interventi idonei a fronteggiare, sul piano economico e sociale, i gravi problemi di arretratezza e di squilibrio. Accumulartisi in tanti anni e non risoluti, è facilmente spiegabile come una tale domanda cerchi canali alternativi rispetto a quelli politico-partitico-parlamentari nei casi in cui i conflitti sociali non riescano ad essere mediati e risolti attraverso i meccanismi ordinari della formazione della volontà politica. La Corte non ha inteso respingere tali sollecitazioni ed è venuta costruendo e progressivamente accentuando il suo ruolo politico di mediatrice degli interessi sostanziali e di moderatrice dei confliti, distaccandosi sempre di più – e ame pare irreversibilmente – da quel presunto modello illuministico di giustizia costituzionale che sarebbe stato scelto del Costituente.” (MODUGNO, Franco. La funzione legislativa complementare della corte costituzionale. In: Giurisprudenza costituzionale, v. 26, n. 8/10, p. 1646-1664 1981, p. 1662). [↑](#footnote-ref-127)
128. STF - ADI 4426, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2011, DJe de 17-05-2011. [↑](#footnote-ref-128)
129. STF - ADI 3934, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2009, DJe de 05-11-2009. [↑](#footnote-ref-129)
130. STF - ADI 3096, Relator Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2010, DJe de 02-09-2010. [↑](#footnote-ref-130)
131. STF - ADI 3684 MC, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2007, DJe de 02-08-2007. [↑](#footnote-ref-131)
132. STF - ADI 875, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2010, DJe de 29-04-2010. [↑](#footnote-ref-132)
133. STF - HC 70514, Relator Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/1994, DJ de 27-06-1997. [↑](#footnote-ref-133)
134. STF - ADI 3682, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe de 05-09-2007. [↑](#footnote-ref-134)
135. STF - ADI 4029, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, DJe de 26-06-2012. [↑](#footnote-ref-135)
136. Cf. Sentenze 104, n. 174, n. 255 e n 311 del 2006 (Sentenças disponíveis em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 03.01.2014). [↑](#footnote-ref-136)
137. O Supremo Tribunal Federal acentuou, em diversos precedentes, que o reconhecimento da possibilidade de suprimento da omissão inconstitucional pelo Tribunal “implicaria transformar o S.T.F., no plano do controle concentrado de constitucionalidade, em legislador positivo, condição que ele próprio se tem recusado a exercer” (STF – ADI 267 MC, Relator Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/1990, DJ de 19-05-1995). [↑](#footnote-ref-137)
138. Essa advertência ganha corpo na medida em que, como sugere Zagrebelsky, também as sentenças de acolhimento parcial de natureza textual devem ser reconduzidas à categoria de sentenças manipulativas: “[q]uesto secondo tipo de decisioni <<parziali>> (con le quali si dichiara l’incostituzionalità di una legge, limitadamente alle parole…) incide sulle disposizioni non facendo cadere l’intero disposto legislativo, ma modificandolo, anche molto profondamente, attraverso la caducazione di parti del testo. Anzi, esse seguono la via maestra della modifica del significato (della norma) attraverso la modifica della formulazione testuale. A buon diritto, queste pronunce devono ricomprendersi perciò tra quelle manipolative. Talora possono assumere rilevante portata innovativa: l’eliminazione di una clausola negativa o restrittiva può comportare la creazione di norme originariamente non volute dal legislatore. Dal punto de vista degli effeti, tal ipronunce possono assimilarsi a quelle indicate al punto successivo [decisioni additive]” (Zagrebelsky, G., E Marceno, V., Giustizia Costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012. p. 391). [↑](#footnote-ref-138)
139. A observação encontra conforto na precisa advertência de Zagrebelsky: “I problemi che le decisioni in esame [manipolative] sollevano attengono alla loro capacità (o pretesa) di introdurre nell’ordinamento norme nuove, a prima vista riservate al potere legislativo. (…) Il problema non `e solo di forma delle decisioni. Riguarda anche quelle che operano amputazioni dei testi (le sentenze di accoglimento testuale parziale), poiché – come si `e visto – `e possibile, attraverso di esse, fare opera di legislazione sostanziale, a onta del loro aspetto formalmente solo negativo. Inoltre, deve considerarsi che l’eliminazione di una parte della portata normativa d’una disposizione voluta dal legislatore come un tutto inscindibile e non riconducibile alla volontà iniziale del legislatore stesso, pur derivando da una pronuncia formulata in termini formalmente negativi. Occorre insomma una valutazione sostanziale degli effetti normativi che si determinano, per stabilire se si abbia a che fare con un esercizio di funzioni legislative da parte della Corte costituzionale, oppure al contrario con decisioni che, nell’alveo delle scelte del legislatore, operano per armonizzarle alla Costituzione. Detto altrimenti: si tratta di distinguere gli interventi sulla legge aventi valore conformativo alla Costituzione delle scelte del legislatore, dagli interventi aventi valore modificativo alla stregua di scelte della Corte costituzionale: ammissibili, i primi; inammissibili, i secondi” (Zagrebelsky, G., E Marceno, V., Giustizia Costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012. p. 395-396). No mesmo sentido, a distinção entre efeito legislativo direto (enunciação de um regra de direito até o momento ignorada ou controversa) e indireto (que provoca, com a criação de um vazio normativo, a expansão do âmbito normativo de outras disposições às situações fáticas reguladas pele lei inconstitucional) das sentenças interpretativas. (Cf. Silvestri, Gaetano. Le sentenze normative della corte costituzionale. In: Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli. Padova : Cedam, 1985. p. 755-794, v. 1., p. 759.) [↑](#footnote-ref-139)
140. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de2007SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse Público*, v. 43, p. 798, 2007. No mesmo sentido, a posição de Sergio Moro: “Aliás, a intensidade da interferência parece ser maior no caso de invalidação de ato legislativo inconstitucional do que no de suprimento de omissão inconstitucional. No primeiro caso, o juiz estará sobrepondo sua interpretação da Constituição à interpretação legislativa, dizendo que a lei, ato positivo do legislador, é incompatível com a Carta Constitucional. No segundo, o juiz apenas atua supletivamente censurando não uma ação do legislador, mas uma omissão, ou melhor, talvez apenas desenvolvendo e efetivando a Constituição, independentemente do legislador e no âmbito de suas atribuições específicas, ou seja, no julgamento de casos concretos, sem que sequer cogite de censura a outro poder constituído. Considerando ainda os elementos antimajoritários dentro do próprio processo legislativo, como o poder de veto do Executivo, o poder de obstrução de *lobbies*, de minorias, de lideranças partidárias, de chefes de comissões legislativas, a atuação supletiva do Judiciário pode até revestir-se de caráter democrático, rompendo bloqueios minoritários que, não raras vezes, impedem a transformação da vontade da maioria em lei. Assim em um regime democrático, decisões que suprem vazios legislativos são menos problemáticas do que decisões que invalidam atos legislativos. Tanto no controle por ação como como no controle por omissão, não restam de todo afetados o pluralismo político e as competências democráticas dos órgãos legislativos. Se o Judiciário invalida lei que reputa inconstitucional, o legislador pode editar novo ato normativo, oferecendo outro regramento para a mesma matéria, resguardadas as orientações contidas na decisão judicial. Se o Judiciário supre vazio legislativo edite ato normativo sobre a mesma matéria, oferecendo regramento diverso daquele apresentado pelo Judiciário, embora também resguardadas as orientações contidas na decisão judicial.” (SERGIO, Fernando Moro, Jurisdição Constitucional como Democracia, 2004, Revista dos Tribunais, p. 243-244). [↑](#footnote-ref-140)
141. “O ‘telos’ do princípio do aproveitamento dos actos, associado a exigências de proporcionalidade, levou os Tribunais a procurarem utilizar um programa interpretativo de recorte criativo, destinado a salvar a disposição normativa objeto de impugnação e a reduzir o espectro da inconstitucionalidade verificada, a norma de carácter ideal extraídas por via hermenêutica do enunciado textual sindicado. Assim, quer em menor grau a interpretação conforme com a Constituição, quer o juízo de inconstitucionalidade parcial qualitativa mitigaram, respectivamente, a rigidez dicotômica das decisões puras de rejeição e de acolhimento, tendo em vista assegurar o respeito possível pela obra normativa do decisor normativo” (MORAIS, Carlos Blanco de. “As sentenças intermédias da justiça constitucional”. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 25). [↑](#footnote-ref-141)
142. A intuitiva sujeição dos demais Poderes ao Judiciário conduz à necessidade de o exercício do controle de constitucionalidade fazer-se com alguma ordem de auto-restrição, sob pena de imprimir desiquilíbrio entre os Poderes. [↑](#footnote-ref-142)
143. A distinção entre interpretação conforme e inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – ambas as técnicas importam anulaçãoo de normas – fica rarefeita *“se deixarmos de olhar para o dispositivo e prestarmos atenção ao âmbito ou conteúdo normativos, visto que em ambos os casos haverá redução da sua substância prescritiva (Schlaich. 1994: 225; Almeida. 1998: 235)”* (SAMPAIO. José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. *In:* SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de.; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001). [↑](#footnote-ref-143)
144. STF - ADPF 130, Relator Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe de 05-11-2009. [↑](#footnote-ref-144)
145. STF - ADI 3510, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe de 27-05-2010. [↑](#footnote-ref-145)
146. STF - Rp 1417, Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1987, DJ de 15-04-1988. [↑](#footnote-ref-146)
147. Parece certo que toda interpretação conforme traz ínsito o exercício de uma conformação positiva da norma. Há sempre a adoção de uma postura positiva por parte do Judiciário, vale dizer, de adição de conteúdos à obra do legislador. [↑](#footnote-ref-147)
148. O surgimento da técnica de interpretação conforme possui estreita vinculação com a ideia de preservação da obra do legislador. A tônica era a de garantir a autonomia do Legislativo. A prática acabou revelando o descolamento dessa ideia inicial. [↑](#footnote-ref-148)
149. A sentença manipulativa com efeitos aditivos acima mencionada manteve a vigência de norma revogada por prazo razoável até que o Congresso Nacional suprisse o vácuo legislativo gerado pela decisão de inconstitucionalidade. Os modelos tradicionais de decisão de inconstitucionalidade não puderam, na visão do Supremo, obviar à necessidade de dar resposta imediata ao perigo vácuo legislativo gerado pela própria decisão de inconstitucionalidade. [↑](#footnote-ref-149)
150. Interessante notar que no Supremo Tribunal Federal há manifestação de um de seus juízes, Gilmar Mendes, no sentido de acolher a ideia do exercício da função de legislador positivo por parte da Corte. [↑](#footnote-ref-150)
151. Cf. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. La sentencia constitucional en Italia. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales; 2003. [↑](#footnote-ref-151)
152. STF - ADIn 2405 -RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 17.02.2006; ADIn 1344 -ES, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.04.1996; RP 1417 -DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.04.1988. [↑](#footnote-ref-152)
153. STF - ADIn 1105-DF e ADIn 1127 -DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski. [↑](#footnote-ref-153)
154. Sobre a difusa terminologia utilizada, vide: MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora; 2005, p. 238 e ss. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. La sentencia constitucional en Italia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Valladolid: Lex Nova; 2001. LÓPEZ BOFILL , Héctor. Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley. Valencia: Tirant lo Blanch; 2004. [↑](#footnote-ref-154)
155. STF - Cf. ADI 1351, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006, DJ de 30-03-2007. [↑](#footnote-ref-155)
156. STF, ADI 2083 MC, Relator Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2000, DJ 09-02-2001 PP-00018 EMENT VOL-02018-01 PP-00001. [↑](#footnote-ref-156)
157. STF, ADI 2655, Relator Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 09/10/2003, DJ 26-03-2004 PP-00005 EMENT VOL-02145-01 PP-00072 RTJ VOL-00191-03 PP-00863. [↑](#footnote-ref-157)
158. Segundo Kelly Silva, “os limites da interpretação conforme a Constituição são os de natureza funcional, os quais concernem aos aspectos sustentados por uma jurisdição constitucional – quando houver – em ralação as outras jurisdições e pela legislação, por meio deste procedimento que, na verdade, acentua prioridade ao legislador na concretização da Constituição e exige por parte do juiz uma retidão, porque este não pode ignorar os limites do texto da norma constitucional, o que ocorre quando a variante da interpretação no meio da interpretação conforme realizada pelo juiz resulta em uma correção do texto de norma elaborado pelo legislador” (SILVA, Kelly Susane Alflen da. Hermenêutica jurídica e concretização judicial. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 375). [↑](#footnote-ref-158)
159. A confusão entre interpretação de normas e adição de normas foi objeto de severa crítica por Silvestri: “La particolarità sta però nel fato che questa operazione non viene condotta attraverso la caducazione di una disposizione o parte di disposizione, bensí mediante la specificazione di una nuova e diversa disciplina della fattispecie. In buona sostanza, lo scopo della Corte è quello de introdurre una norma nuova nell’ordinamento, non di eliminare una norma existente ma illegittima. Solo che questa attività sostanzialmente legislativa viene sussunta nella categoria dell’interpretazione, costringendo gli studiosi a ricorrere ala ormai famosa distinzione tra norma e disposizione (...)” (Cf. Silvestri, Gaetano. Le sentenze normative della corte costituzionale. In: Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli. Padova : Cedam, 1985. p. 755-794, v. 1., p. 759, tradução livre). [↑](#footnote-ref-159)
160. Carlos Alexandre de Azevedo Campos, depois de citar como exemplo a conhecida decisão do STF que, por via da interpretação conforme, transformou em incondicionada a ação penal ajuizada contra o agressor da mulher em ambiente doméstico – nos casos de lesão corporal leve e culposa –, conclui que *“[e]ste e outros casos de interpretação conforme a constituição, assim como os de interpretação constitucional direta, revelam aspecto subjetivo muito interessante da dimensão metodológica do ativismo judicial no Supremo: a maioria dos ministros nega estar criando judicialmente o direito, se diz incomodada com as sentenças aditivas e exalta a figura Kelseniana do legislador negativo, mas, com freqüência enorme, profere votos escancaradamente manipulativos dos sentidos normativos das leis ou inovadores até mesmo da ordem constitucional. Muito ministros do Supremo são ativistas, proferem decisões ativistas em sentido metodológico, mas negam essa condição assim como a prática. A interpretação conforme a constituição, inclusive, tem sido a principal ferramenta dessa insinceridade institucional”* (Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro : Forense, 2014, p. 295). [↑](#footnote-ref-160)
161. “Desenvolver um modelo é, de um lado, uma tarefa analítica de alto grau de abstração que pretende, por outro lado, fornecer elementos para concreta interpretação e aplicação do direito” (SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 176). [↑](#footnote-ref-161)
162. O STF tem produzido, por exemplo, sentenças apelativas, por meio das quais convida o legislador – com ou sem fixação de prazo – para que realize uma nova regulação acorde com a Constituição. Também tem produzido, com particular atenção neste trabalho, regulações positivas frente ao legislador – com ou sem a expressa qualidade de transitoriedade. [↑](#footnote-ref-162)
163. Poder-se-ia cogitar, inclusive, de uma consciente incompletude da lei de regência, deixando, assim, uma grande margem de discricionariedade decisional ao Supremo Tribunal Federal. [↑](#footnote-ref-163)
164. A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, por exemplo, pode ser encontrada nos seguintes precedentes anteriores à vigência da lei de regência: STF, ADI 513, Relator Min. CÉLIO BORJA, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/1991, DJ 30-10-1992 PP-19514 EMENT VOL-01682-01 PP-00043 RTJ VOL-00141-03 PP-00739; HC 70514, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/1994, DJ 27-06-1997 PP-30225 EMENT VOL-01875-03 PP-00450. [↑](#footnote-ref-164)
165. Rodríguez-Patrón, Patricia, *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2003, p. 169. [↑](#footnote-ref-165)
166. Rodríguez-Patrón, Patricia, *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2003, p. 142. [↑](#footnote-ref-166)
167. A criação de regras processuais na jurisdição constitucional pelas Cortes constitucionais constitui fenômeno comum às experiências latinoamericana e europeia: “One of the specific matters in which judicial review of legislative omissions has taken place has been in the cases where constitucional courts have created rules of procedures for the exercise of their constitutional attributions when those have not been established in the legislation regulating their functions. For such purpose, constitucional courts, such as autonomy in exercising their extended powers to develop and complement their decisions, but the procedural rules applicable in the judicial review process are not expressly regulated rules in statutes. Nonetheless, the Constitutional Tribunal of Peru has established some limits to its procedural autonomy; its exercise cannot expand judicial review powers of the Tribunal that are not expressly established in the Constitution. In Germany, the same principle of procedural autonomy (*Verfahrensautonomie*) has beens used to explain the powers developed by the Federal Constitutional Tribunal to complement procedural rules of judicial review.” (BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph B. *Constitucional courts as positive legislators: a comparative law study.* Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011, p. 186). [↑](#footnote-ref-167)
168. Rodríguez-Patrón, Patricia, *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2003, p. 118-120. [↑](#footnote-ref-168)
169. Haberle, P. (1976): “Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit“, en *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Peter Haberle (Hrsg), Winssenchaftliche Buchgessels-chaft, Darmstadt, págs. 1 y ss. *Apud* Rodríguez-Patrón, Patricia, *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2003, p. 121. [↑](#footnote-ref-169)
170. ENGELMANN, K. (1977): *Prozessgrundsatze im Verfassungprozessrecht,*  Duncker & Humblot, Berlin. *Apud* Rodríguez-Patrón, Patricia, *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2003, p. 122. [↑](#footnote-ref-170)
171. ENGELMANN, K. (1977): *Prozessgrundsatze im Verfassungprozessrecht,*  Duncker & Humblot, Berlin. *Apud* Rodríguez-Patrón, Patricia, *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2003, p. 157. [↑](#footnote-ref-171)
172. Para Vital Moreira, a história do constitucionalismo confunde-se com a história da afirmação, ampliação e, sobretudo, do aperfeiçoamento dos mecanismos da tutela dos direitos fundamentais. (MOREIRA, Vital. *O futuro da Constituição*, *in* Eros Grau e Willis Santiago Guerra Filho (organizadores), *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Malheiros Editores, São Paulo, 2001, p. 313 e seguintes. [↑](#footnote-ref-172)
173. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Panorámica del Dereceho Procesal Constitucional e Convencional.* Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 66. [↑](#footnote-ref-173)
174. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Panorámica del Dereceho Procesal Constitucional e Convencional.* Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 69. [↑](#footnote-ref-174)
175. G. Zagrebelsky, “Diritto processuale costituzionale?”, en Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale, Milano, Giuffre, 1990. Derecho procesal constitucional? Y outros ensayos de justicia constitucional, Apud MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Panorámica del Dereceho Procesal Constitucional e Convencional.* Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 70. [↑](#footnote-ref-175)
176. Essa postura pode ser sintetizada pela seguinte passagem argumentativa de Mac-Gregor: “Entendemos, por consiguiente, que en futuro pudiera convencionalmente llegar a aceptarse el reconocimiento de una “justicia constitucional” en clave constitucionalista, es decir, como enfoque de estúdio de la dogmática constitucional, como se ha venido estudiando especialmente a partir de la consolidación de los Tribunales Constitucionales europeos después de la Segunda Guerra Mundial. Y también la existência de un “Derecho procesal constitucional” como disciplina autónoma procesal (con ascendência constitucional, en mayor o menor medida) que tenga su próprio objeto y perspectiva. Lo importante – y a la vez complicado – será delindar las “zonas limites” o “zonas compartidas” del Derecho procesal constitucional con respecto a la justicia constitucional y viceversa” (MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Panorámica del Dereceho Procesal Constitucional e Convencional.* Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 68). [↑](#footnote-ref-176)
177. Com efeito, um parâmetro de atuação legítima do Poder Judiciário, e em especial do Supremo Tribunal Federal, reside precisamente na manutenção e adequado funcionamento das instituições democráticas. Assim, como adverte Ely, o Poder Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger direitos e valores diretamente relacionados com o funcionamento da democracia. (Cf. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.) [↑](#footnote-ref-177)
178. Daí a importância de reconduzir o problema da decisão de constitucionalidade ao problema fundamental da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade. Cf. Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização.* Rio de Janeiro, Renovar; 2001; Álvaro Ricardo de Souza Cruz, *Jurisdição constitucional democrática*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004. [↑](#footnote-ref-178)
179. KELSEN, Hans. *The Journal of Politics*. Vol. 4, No. 2 (May, 1942), pp. 183-200, acessado pelo site <http://www.jstor.org/discover/10.2307/2125770?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21104390563747>, em 13.07.2014. [↑](#footnote-ref-179)
180. KELSEN, Hnas. A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional), acessado pelo site <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/504/810>, em 14.07.2014. A propósito: The basic thoughts ok Kelsen on the matter, as already mentioned, directed at non-German-speaking reader, were expressed in his 1928 article “The Jurisdictional Guarantee the general problem of the legitimacy of the concentred system of judicial review. In particular, he analyzed the compatibility of the system with the principle of separation of powers, based on the fact that an organ of the State other the Legislator could annul statutes without the decision to do so being considered an invasion of the Legislator’s domain. In this regard, after arguing that “annul a statute is to establish a general norm, because the annulment of statute has the same general character of its adoption,” and after considering that to annul a statute is “the same as to adopt it but with a negative sign, and consequently in itself, a annul statutes is, consequently, “an organ of the Legislative branch”. Nonetheless, Kelsen finished by affirming that, although the “activity of the Negative Legislator,” this does not mean that the constitutional court exercises a “legislative function,” because that would be characterized by the “free creation” of norms. The free creation of norms of the Constitution,” that the constitutional jurisdiction accomplishes a “purely juridical mission, that the interpreting the Constitution,” with the power to annul unconstitutional statutes the principal guarantee of the supremacy of the Constitution” (BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph B. *Constitucional courts as positive legislators: a comparative law study.* Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011, p. 10). [↑](#footnote-ref-180)
181. Por todos: SAMPAIO. José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001. [↑](#footnote-ref-181)
182. KELSEN, Hnas. A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional), acessado pelo site <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/504/810>, em 14.07.2014. A esse respeito: “Eventually, Kelsen, in the same article, summarized the “result” of judicial review in the concentrated system, highlighting that, to guarantee the Constitution, it is indispensable for the unconstitutional statute to be annulled by a constitutional court ruling, that has a matter of principle and in the interest of legal security, *ex nunc*, *pro future* effects (i.e., nonretroactive effects), a rule that nonetheless could be mitigated. Kelsen also considered that the annulment of a statute did not produce the rebirth of old statutes abrogated by the annulled one, a decision that nonetheless he considered could be assigned to the constitutional court, evidencing in such case the “legislative character” of its function.” (BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph B. *Constitucional courts as positive legislators: a comparative law study.* Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011, p. 11.) [↑](#footnote-ref-182)
183. Basta ver a função persuasiva que a ideia de “legislador negativo” exerce na prática da jurisdição constitucional: “De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora - função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno. (…) Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem. (…)” (trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF 54-STF). [↑](#footnote-ref-183)
184. KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade – Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana*.* In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 311. [↑](#footnote-ref-184)
185. BAZÁN, Victor. Aproximação à problemática acerca da inconstitucionalidade ou inconvencionalidade omissivas. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 149, jul./set. 2010. p. 158. [↑](#footnote-ref-185)
186. GIOVANNELLI, Adriano. Alcune Considerazioni sul Modello della Verfassungsgerichts-barkeit Kelseniana, nel Contexto del Dibattito sulla Funzione “Política” della Corte Costituzionale. In: Scriti sul a Giustizia Costituzionale in Onore di Vezio Crisafulli. Padova: Cedam, 1985, v. I., p. 390-391. [↑](#footnote-ref-186)
187. A obra de Kelsen não deixa dúvida quanto à conclusão de que, para ele, a anulação do ato inconstitucional representa a principal e mais eficaz garantia da Constituição; embora não tenha olvidado a possibilidade de outras formas não tipicamente anulatórias de preservação da força normativa da Constituição. [↑](#footnote-ref-187)
188. No Brasil, “o juiz constitucional como um legislador negativo não passa hoje de um outro mito, dentre tantos que o repertório do direito nos conta, e, como todos os outros, também esconde uma realidade transformada, que insiste em se enconder” (SAMPAIO. José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 190). [↑](#footnote-ref-188)
189. Entre nós, o mandado de injunção possui natureza mandamental e se volta à colmatagem de lacuna legislativa capaz de inviabilizar o gozo de direitos e liberdades constitucionalmente assegurados, bem como de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal). [↑](#footnote-ref-189)
190. Zagrebelsky, G., E Marceno, V., Giustizia Costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012. p. 104. [↑](#footnote-ref-190)
191. Aqui já não se pretende resolver o problema da legitimidade da jurisdição constitucional a partir do paradigma da jurisprudência dos conceitos. O problema não está em definir se a jurisdição constitucional realiza ou não atividade legislativa. A questão está em saber qual o modelo de jurisdição constitucional é mais propício a realizar o ideal democrático. [↑](#footnote-ref-191)
192. SUSTEIN, Cas. One case at the time: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambrige: Harvard University Press, 2001. [↑](#footnote-ref-192)
193. A expressão é utilizada, com base na experiência espanhola, para assinalar que em um sistema de pluralismo político, a função do Tribunal constitucional é o de fixar os limites dentro dos quais possam operar legitimamente as distinção opções políticas, porque em linha de princípio resultado claro que a existência de uma só escolha é a negação do pluralismo. Assim porque a Constituição ofereceria um quadro de referencia suficientemente amplo de modo a consentir escolhas políticas de signo bastante diverso. (Zagrebelsky, G., E Marceno, V., Giustizia Costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012. p. 103). [↑](#footnote-ref-193)
194. A fidelidade à obra de Zagrebelsky impõe anotar que o autor adverte para a impossibilidade de adoção de uma jurisprudência máxima ou mínima em abstrato, sendo importante observar um critério de prudência que conduz a uma delibação tanto mais estrita quanto abrangente for o âmbito da discricionariedade interpretativa. [↑](#footnote-ref-194)
195. A esse respeito cabe registrar a nota de Zagrebelsky no sentido de que o respeito à Constituição, no Estado social, comporta não apenas a abstenção, mas também a presença da lei, donde a simples eliminação da lei inconstitucional pode não se mostrar instrumento eficiente. (Zagrebelsky, G., E Marceno, V., Giustizia Costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012. p. 105). [↑](#footnote-ref-195)
196. SEGADO, Francisco Fernándes. La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo I (Los sistemas de Justicia Constitucional, las ‘dissentig opinions’ el control de las omisiones legislativas, el control de ‘comunitariedad’). Madrid: Dykinson-Constitucional, 2009. p. 182. [↑](#footnote-ref-196)
197. No *habeas corpus* sustentava-se, àquela altura, a inconstitucionalidade do artigo 140, § 3º, do Código Penal, sob o argumento de que a sanção penal prevista para o tipo de injúria discriminatória – reclusão, de um a três anos, e multa – afronta o princípio da proporcionalidade, segundo o qual a quantidade da pena deve refletir as gravidades da infração. [↑](#footnote-ref-197)
198. STF, HC 109676, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 13-08-2013 PUBLIC 14-08-2013. [↑](#footnote-ref-198)
199. O Ministro Dias Toffoli afirmou, a esse respeito, o seguinte: *“Primeiramente, ressalto que, quanto ao pedido do parcelamento dos créditos tributários, o acórdão recorrido não destoa da jurisprudência desta Corte, fincada na impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, resguardada a sua atuação como legislador negativo nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade. Nesse sentido o RE nº 493.234-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 19/12/07”* (STF, AI 737185 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 27/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 18-12-2012 PUBLIC 19-12-2012). [↑](#footnote-ref-199)
200. STF, ADI 4430, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 18-09-2013 PUBLIC 19-09-2013. [↑](#footnote-ref-200)
201. Consta do voto do Ministro Relator: *“A arguição de inconstitucionalidade visa a que, se ela for acolhida, reste, de todos os dispositivos atacados, apenas a expressão ‘igualitariamente’ no inc. I do § 2º do art. 47 da Lei n. 9.504/97, o que implicará que se fará igualmente, entre os Partidos Políticos e suas coligações, a distribuição dos horários de propaganda eleitoral gratuita pelo rádio e pela televisão. Não podendo o pedido do requerente ser ampliado para alcançar todo o sistema dessa distribuição estabelecido pelos dispositivos impugnados nessa primeira alternativa, pretende ele, com a declaração de inconstitucionalidade como requerida, modificar 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”* (STF, ADI 1822, Relator Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/1998, DJ 10-12-1999 PP-00003 EMENT VOL-01975-01 PP-00068 RTJ VOL- 00172/02 PP-00425). [↑](#footnote-ref-201)
202. STF, ADPF 54, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013. [↑](#footnote-ref-202)
203. O mesmo Ministro Celso de Mello, em julgamento que discutia, na seara tributária, os modelos de superação da inconstitucionalidade do benefício incompatível com o princípio da igualdade asseverou: *“Os magistrados e Tribunais- que não dispõem de função legislativa – não podem conceder, por isso mesmo, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício de isenção em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem desse “favor Legis”. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado. É de acentuar, neste ponto, que, em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, Rel. Min. Celso de Mello).”* (STF, AI 360461 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/12/2005, DJe-055 DIVULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008 EMENT VOL-02312-06 PP-01077). [↑](#footnote-ref-203)
204. STF, RE 194263 AgR, Relator Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 08/10/2002, DJ 08-11-2002 PP-00036 EMENT VOL-02090-03 PP-00588. [↑](#footnote-ref-204)
205. A utilização do termo *“legislador negativo”* pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi sintetizada por Cláudio Souza Neto nos seguintes termos: “Observe-se que o uso que o STF faz desse termo “legislador negativo” não corresponde à sua formulação original. Para enfatizar a natureza constitutiva (*i.e.*, criadora de normatividade) da decisão da Corte constitucional, Kelsen afirma que ela possui *função legislativa negativa* (*Teoria Geral do Direito e do Estado*, tradução de Luis Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 389). Segundo autor, a decisão que anula a lei “inconstitucional” é, na realidade, um ato de *revogação da lei (ibid.,* p. 226). Daí por que, para Kelsen, a decisão do Tribunal constitucional deve apenas gerar efeitos *ex nunc*, prospectivos. Pode-se considerar, portanto, que, em certo sentido, na formulação original, a expressão possuía um significado inverso ao atribuído pelo STF. Este é o principal critério utilizado pela Corte para legitimar sua atuação: não lhe caberia criar direito novo, mas tão-só declarar a nulidade do direito criado em desacordo com a Constituição.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse Público*, v. 43, p. 97-116, 2007). [↑](#footnote-ref-205)
206. STF, ADI 1755, Relator Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/1998, DJ 18-05-2001 PP-00431 EMENT VOL-02031-03 PP-00500 RTJ VOL-00177-02 PP-00657. [↑](#footnote-ref-206)
207. BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito Constitucional – Tomo III, 2a edição – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 132. [↑](#footnote-ref-207)
208. Por todos, cite-se o julgamento da ADC 29, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012 RTJ VOL-00221- PP-00011. [↑](#footnote-ref-208)
209. A crítica ao parâmetro formal – baseado no modelo decisório de signo positivo ou negativo – como critério de legitimidade da jurisdição constitucional é compartilhada por Sérgio Moro: “O dogma da vedação da atuação do juiz como ‘legislador positivo’ apenas faria sentido se houvesse diferença substancial entre controle de constitucionalidade por ação e controle de constitucionalidade por omissão. A análise mais profunda revela que a invalidação de uma lei nem sempre constitui atividade puramente negativa, pois tal ato pode também inovar a ordem jurídica, hipótese em que ele não se diferencia, em essência, da atividade supletiva de vazios normativos. Quando, por exemplo, a Suprema Corte norte-americana invalidou leis estaduais que criminalizavam generalizadamente a interrupção voluntária da gravidez, ela traçou parâmetros do que seria normativamente aceitável em termos de proibição. (...) Em verdade, não se reveste de racionalidade o apego ao ‘dogma’da vedação do suprimento judicial dos vazios legislativos, estando ele comprometido com construções políticos há muito ultrapassadas. A existência de limites para a atuação da jurisdição constitucional é fato que não se discute, e aqui até se defende. Entretanto, tão intrincado problema não pode ser resolvido mediante recurso a argumentos destituídos de maior substância.” (SERGIO, Fernando Moro, Jurisdição Constitucional como Democracia, 2004, Revista dos Tribunais, p. 245). [↑](#footnote-ref-209)
210. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa – Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. [↑](#footnote-ref-210)
211. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse Público*, v. 43, p. 97-116, 2007. [↑](#footnote-ref-211)
212. O Ministro Luiz Fux afirmou, recentemente, o seguinte: “Não se deve olvidar que os direitos fundamentais, dentre eles o da participação democrática, merecem sempre a interpretação que lhes de o maior alcance e efetividade. Recorrendo à lição de Luís Roberto Barroso, merece ser ressaltado que o fundamento para que o Judiciario possa sobrepor a sua vontade à dos agentes eleitos dos outros Poderes reside justamente na confluência de ideias que produzem o constitucionalismo democrático (Curso de Direito Constitucional Contemporaneo. Sao Paulo: Saraiva, 2009, p. 286). Essa a configuração de democracia deliberativa engendrada por Carlos Santiago Nino (*La Constituicion de la democracia deliberativa.* Barcelona: Gedisa, 1997), estimulando o pluralismo do debate politico, da qual não pode esta Corte descurar.” (STF, ADI 4029, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012.) [↑](#footnote-ref-212)
213. Víctor Ferreres Comella, Justicia constitucional y democracia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 130. [↑](#footnote-ref-213)
214. Víctor Ferreres Comella, Justicia constitucional y democracia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 130. [↑](#footnote-ref-214)
215. V. Sciarabba, *L’interpretazione conforme tra sindacato difuso (su ‘norme’) e ipotesi de <graduzazione dela costituzionalità>: spunti di reflessione,* in *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze dela giustizia costituzionale,*  atti del convegno annuale dell’Associazione Gruppo de Pisa svoltosi a Siena l’8 e il 9 giugno 2007 a cura de E. Bindi – M. Perini – A. Pisaneschi, Torino, 2008, 481 e ss. *Apud* Parodi, Giampaolo. Seguito giurisdizionale delle decisioni costituzionali interpretative e additive di principio ed elementi di 'diffusione' nel controllo di costituzionalità / Giampaolo Parodi. -- In: Rivista trimestrale di diritto pubblico, v. 58, n. 3, p. 848, luglio/sett. 2008. [↑](#footnote-ref-215)
216. Zagrebelsky, G., E Marceno, V., Giustizia Costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012. p. 342. [↑](#footnote-ref-216)
217. Zagrebelsky, G., E Marceno, V., Giustizia Costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012. p. 343. Essa concepção gradualista que assume a declaração de inconstitucionalidade simples como *ultima ratio* só faz sentido se o seu nível de intervenção no lavoro parlamentar for mais intenso que aquele expressado por uma sentença intermédia. Se o nível de interferência no ordenamento jurídico é menor com a anulação simples da lei, não teria sentido, em nome de uma suposta autocontenção, prestigiar a decisão intermédia como técnica preferencial de controle de constitucionalidade. Modugno acentua que a diferença entre a eliminação e a introdução de norma pela Corte constitucional é apenas relativa e apreensível essencialmente sob a ótica da substancia normativa, porque nem todas as decisões que operam sobre textos eliminando-os podem ser compreendidos entre as decisões apenas negativas (basta ver o efeito normativo, por exemplo, da eliminação de uma cláusula negativa). (cf. Modugno, Franco. Scritti sull’interpretazione costituzionale, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, p. 122.) [↑](#footnote-ref-217)
218. Modugno, Franco. Scritti sull’interpretazione costituzionale, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, p. 118. [↑](#footnote-ref-218)
219. Fernándes Segado, a respeito da experiencia alemã, afirma o seguinte: “Entre la nulidad y la constitucionalidad sin tacha (Zwischen Nichtigkeit und makerlloser VerfarssungmaBigkeit) parece desarrolarse una zona gris (eine graue Zone) de situaciones de imperfección constitucional (verfassungimperfekter Zustande), en la que se puede diferenciar, desde puntos de vista objetivos (sachlichen Gesichtsounkten), lo que está prohibido de lo que simplesmente no está de por sí permitido.” (SEGADO, Francisco Fernándes. La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo I (Los sistemas de Justicia Constitucional, las ‘dissentig opinions’ el control de las omisiones legislativas, el control de ‘comunitariedad’). Madrid: Dykinson-Constitucional, 2009. p. 664). [↑](#footnote-ref-219)
220. Tal aspecto foi analisado com percuciência por V. Sciarabba (L’interpretazione conforme tra sindacato (su ‘norme’) e ipotesi di ‘graduazione della costituzionalità: spunti di riflessione, in I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale, atti del convegno annuale dell’Associazione Gruppo di Pisa svoltosi a Siena l’8 e il 9 giugno 2007 a cura di E. Bindi – M. Perini – A. Pisaneschi, Torino, 2008, 481 e ss., onde se observa “come la prassi in discorso finisca per avvalorare l’idea di una possibile graduazione della costituzionalità, tale per cui dall’ordinamento siano estromesse (non solo le disposizioni incostituzionali, ad opera della Corte; non solo le norme incostituzionali, ad opera della Corte o del giudice comune) bensí anche le norme di dubbia costituzionalità, le norme forse incostituzionali, e talora senza peraltro che ciò venga accertato le norme che non sono realmente incostituzionali ossia, esorbitanti dalla cornice di vincoli fissata dalla Costituzione, ma soltanto meno costituzionali di altri (ossia, per rifarsi a un diverso modello teorico della Costituzione e del suo ruolo, meno vicine al progetto ideale tracciato dal Costituente). [↑](#footnote-ref-220)
221. No original: “un posto particolare occupano, sulla scia di questi indirizzi giurisprudenziali, le sentenze <<additive>>, che dichiarano la illegittimità costituzionale della omessa di qualcosa, che avrebbe dovuto esse previsto dalla legge” (V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 1984, vol. II, p. 403). [↑](#footnote-ref-221)
222. No original: “[L]a dichiarazione di incostituzionalità della omissione, ha, allora, l’effetto di introdurre indirettamente quella disciplina che faceva difetto: traendola, ovviamente, non dalla fantasia della Corte, ma, per analogia, da altre norme e principi contenuti nel sistema (o addirittura dalla stessa norma costituzionale alla stregua della quale si `e svolto il giudizio)” (V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 1984, vol. II, p. 404) [↑](#footnote-ref-222)
223. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 1984, vol. II, p. 403-404 [↑](#footnote-ref-223)
224. MORAIS, Carlos Blanco de. “As sentenças intermédias da justiça constitucional”. Lisboa: AAFDL, 2009. p.23. [↑](#footnote-ref-224)
225. Zagrebelsky, G., E Marceno, V., Giustizia Costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012. p. 392. [↑](#footnote-ref-225)
226. Explica Carlos Blanco de Morais que [I]mperativos de aproveitamento dos actos e, sobretudo, de tutela dos princípios da segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade conduziram a operações interpretativas e integrativas da Justiça Constitucional, destinadas não apenas a declarar uma inconstitucionalidade, mas também a “consertá-la” no tecido normativo, através da prolação de uma decisão aditiva. Nesse ponto o Tribunal Constitucional afirmou-se como titular de um poder “correctivo” ou “reparador” “ad futurum” de deformidades ou insuficiências das normas jurídicas afectadas pela inconstitucionalidade. Essa situação ocorre, em regra, quando se pretende censurar silêncios inconstitucionais do decisor normativo, criadores de desigualdades intoleráveis ou quando se intenta eliminar certas onerações, inadmissíveis e desproporcionadas, a direitos e garantias fundamentais. Assim, sempre que seja possível, em simultâneo, julgar a inconstitucionalidade parcial de uma norma e reparar o vício através da junção de um segmento normativo que, em regra, já deve estar presente no ordenamento, o Tribunal Constitucional não se coíbe de proferir sentenças com efeitos aditivos. (Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. “As sentenças intermédias da justiça constitucional”. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 25.) [↑](#footnote-ref-226)
227. Adverte Díaz Revorio, F. J., o elemento essencial que define as sentenças aditivas não é o de produzir uma adição sobre o texto, mas que produza uma extensão ou ampliação do conteúdo normativo, como consequência indireta e necessária da mesma (REVORIO, Díaz F. J. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: Significado, tipologia, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas,* 1. Ed., Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001. p. 168). [↑](#footnote-ref-227)
228. Fátima Sá explica que “a razão de ser das sentenças aditivas seria, por assim dizer, a reparação ou correção da inconstitucionalidade para o futuro” (ob. cit. p. 430). [↑](#footnote-ref-228)
229. Segundo Fátima Sá, “as sentenças aditivas podem ser definidas como aquelas que declaram que ao preceito impugnado lhe falta algo para ser conforme à Constituição, devendo, assim, o preceito ser aplicado incluindo aquilo que lhe faltava. Nesse passo, é declarada a inconstitucionalidade do preceito na parte em que não inclui algo ou alguém. Censuram, dessa forma, uma omissão legislativa inconstitucional, entendida aqui como um silêncio parcial do legislador, que cria uma situação contrária à Constituição, pois, na maior parte das vezes, violam o princípio da igualdade” (SÁ, Fátima. “As sentenças intermédias da justiça constitucional”. Lisboa: AAFDL, 2009. p.428. [↑](#footnote-ref-229)
230. Cf. REVORIO, Díaz F. J. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: Significado, tipologia, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas,* 1. Ed., Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, p. 373. [↑](#footnote-ref-230)
231. Segundo Vezio Crisafulli, “l’omissione, a volte, significa propriamente esclusione, ed in tali caso l’annullamento dela parte (idelamente scorporabile) dela disposicione che “non disse” elimina un ostacolo all’espandirsi, e consequentemente all’applicabilità, dela norma in essa contenuta alle ipostesi implicitamente (ed illegittimamente) escluse” (Lezione di Dirrito Costituzionale, II, L’ordinamento costituzionale italiano, 5. Ed., 1984, 0. 403-404). [↑](#footnote-ref-231)
232. A título de exemplo, citem-se as seguintes decisões: (a) condições impostas para a demarcação de terras indígenas quando do exame do rumoroso caso Raposa Serra do Sol (STF - Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212- PP-00049); (b) interpretação conforme do ADTC da Constituição do Estado do Rio de Janeiro para determinar que a participação do Ministério Público no Conselho Estadual da Criança e do Adolescente dar-se-ia na condição de convidado, sem direito a voto (STF - ADI 3463, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 05-06-2012 PUBLIC 06-06-2012); (c) interpretação conforme dada à Lei 12.034/09 para considerar que, muito embora a lei obrigasse o eleitor a apresentar o título de eleitor como condição para votar, apenas a falta de documento oficial com foto impediria o exercício do direito ao voto (STF - ADI 4467 MC, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 31-05-2011 PUBLIC 01-06-2011). [↑](#footnote-ref-232)
233. Embora seja inegável que a preocupação pragmática elevada à conta de fundamentação por parte do Tribunal seja legítima – pois o controle de constitucionalidade se exerce no mundo real, no qual as decisões judiciais impactam decisivamente –, não se pode perder de vista a correlata legitimidade da pretensão de sistematização e controle da atividade normativa empreendida pela Corte Constitucional. Ademais, a discussão sobre a limitação do poder público encontra-se no centro dos debates sobre a higidez substancial do Estado de Direito. [↑](#footnote-ref-233)
234. A categoria foi criada por Marcelo Neves sob confessada inspiração na qualidade de abertura cognitiva da teoria dos sistemas de Luhmann. (Cf. NEVES, Marcelo. *Estado Democrático de Direito e Constitucionalismo na América do Sul*. In: PIOVESAN, Flavia; BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris: 2010. ISBN 978-85-375-0706-3. p. 203-222.) [↑](#footnote-ref-234)
235. CRISAFULLI, V. *La Corte constituzionale ha vent’anni*. en Giur cost., 1976. p. 1703. [↑](#footnote-ref-235)
236. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. La sentencia constitucional en Italia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003. p. 225. [↑](#footnote-ref-236)
237. Ricardo Guastini, responsável pela consolidação, na Itália, da distinção metodológica entre disposição e norma esclarece: “*chiamo ‘disposizione’ogni enunciato che sia parte di un documento normativo, ossia ogni enunciato del discorso delle fonti; chiamo ‘norma’ ogni enunciato che costituisca il senso o significato (o ad un frammento di dispozione, o ad una combinazione di disposizioni, o ad una combinazione di frammenti di disposizioni. In altri termini, si puó anche dire cosí: la disposizione è (parte di) un testo interpretato. (…) Pertanto, la distinzione tra disposizione e norma non vuol essere una distinzione ontologica tra gli enunciati e qualcosa di diverso dagli enunciati. Si trata, piú modestamente, della distinzione tra due classi di enunciati. Insomma, la distinzione tra disposizione e norma non fa che riprodurre, in modo forse non ovvio, la distinzione, del tutto ovvia, tra discorso delle fonti e discorso dei giuristi-interpreti. L disposizione è un enunciato che costituisce l’oggeto dell’interpretazione. La norma è un enunciato che costituisce il prodotto, o risultato, dell’interpretazione. In tal senso, le norme sono – per definizione – variabili dipendenti dell’intepretazione. (…) Ho acennato sopra a quella credenza diffusa, secondo la quale tra norme e formulazioni di norme vi sarebbe corrispondenza biunivoca. Vorrei ora mostrare che si trata di una credenza fallace. Tra disposizione e norma, corrispondenza biunivoca non si dà. (…)”* (Guastini, Riccardo. Disposizione vs. norma. In: Giurisprudenza costituzionale, v. 34, n. 1, p. 3-14, 1989). [↑](#footnote-ref-237)
238. GASCÓN, Marina. *Interpretación conforme (con la Constituición)*, in CARBONELL, Miguel (coordenador), *Diccionario del derecho constitucional*, Porrúa e UNAM (Instituto de Pesquisas Jurídicas – IIJ -), México, D.F., 2002, p. 318. [↑](#footnote-ref-238)
239. A doutrina italiana é praticamente unanime ao afirmar que tais sentenças declaram a ilegitimidade da lei redefinindo de vários modos o conteúdo normativo: onda a lei sai do controle de constitucionalidade não interpretada, mas modificada (manipulada) segundo aquilo que a Constituição exige. (Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò, Giustizia costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 390). [↑](#footnote-ref-239)
240. Esse escopo de correção ou transformação da lei conduz Zagrebelsky a defender que melhor seria chamar tais decisões de reconstrutivas no lugar manipulativas: “<<manipolare>>, <<manipolazione>>, <<manipolativo>> sono parole entrare nell’uso, con quel tanto di significato negativo che portano con sé, tanto piú in quanto accostato a una funzione di giustizia, dove la manipolazione, qualsiasi cosa significhi, dovrebbe essere esclusa. Manipolare e alterare sono quasi sinonimi. <<Sentenze manipolative>> è espressione che avuto sucesso. Essa viene tal tempo in cui ci s’interrogava sulla legitimità di questo tipo di decisioni. Oggi, quel tempo è superato. Sarebbe piú própria, ance se meno suggestiva, l’espressione <<sentenze ricosttrutive>>. Ma, tant’è. Il linguaggio ha la sua forza d’inerzia. Bisogna solo essere consapevoli delle suggestioni che contiene.” (Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò, Giustizia costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 390). [↑](#footnote-ref-240)
241. A classificação pode ser encontrada, de forma resumida, em: Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò, Giustizia costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 390-393. [↑](#footnote-ref-241)
242. Guastini, Riccardo. Disposizione vs. norma. In: Giurisprudenza costituzionale, v. 34, n. 1, p. 14, 1989. [↑](#footnote-ref-242)
243. CRISAFULLI, Vezio (1984). “La Corte costituzionale ha vent’anni”, en La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale (Bilancio di vent’anni di attività), a cura di Nicola OCCHIOCUPO, CEDAM, Padova, 1984 (ristampa), p. 84. [↑](#footnote-ref-243)
244. BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, Revista Diálogo Jurídico, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf>> Acesso em: 13 de agosto de 2014. [↑](#footnote-ref-244)
245. BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora – 7. Ed. Rev. – São Paulo: Saraiva, 2009. [↑](#footnote-ref-245)
246. O arquétipo das sentenças aditivas foi assim descrito por Silvestri: “il testo A messo a confronto con la norma costituzionale B risulta essere portatore di una norma incostituzionale perché in esso manca qualcosa, che si può indicare com X, la cui presenza renderebbe legittima la disposizione impugnata mediante la sua restrizione o la sua estensione; di conseguenza la norma legittima è costituita dalla somma algebrica di A e X, che risulterà esse la stessa norma C che si era ottenuta con l’altro procedimento” (SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della corte costituzionale. In: Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli. Padova : Cedam, 1985. p. 755-794, v. 1., p. 762). [↑](#footnote-ref-246)
247. Daí porque ser corrente, inclusive no Brasil, caracterizar as sentenças aditivas pela emissão de uma decisão que alarga o âmbito de incidência de uma certa disposição de norma, de modo a alcançar situações não previstas originariamente. (Cf. SAMPAIO. José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 168.) [↑](#footnote-ref-247)
248. Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional.* p. 75. [↑](#footnote-ref-248)
249. SAMPAIO. José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 177. [↑](#footnote-ref-249)
250. REVORIO, Díaz F. J. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: Significado, tipologia, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas,* 1. Ed., Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, p. 97 e 146. [↑](#footnote-ref-250)
251. CRISAFULLI, V. *La Corte constituzionale ha vent’anni*. en Giur cost., 1976, p. 1704. [↑](#footnote-ref-251)
252. Vincenzo Marinelli destaca, com percuciência, que “l’inquadramento delle decisioni interpretative della Corte costituzionale nei due modi del silogismo disgiuntivo appare un valido esempio di come l’analisi logico-formale possa utilmente incrociarsi con i richiami alla logica del ragionevole, nelle argomentazione giuridica e nel loro studio” (Marinelli, Vincenzo. Le decisioni c.d. "interpretative" della corte costituzionale. In: Giustizia civile : rivista mensile di giurisprudenza, v. 59, n. 10, ott. 2009. Parte seconda, p. 363-367). [↑](#footnote-ref-252)
253. BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph B. *Constitucional courts as positive legislators: a comparative law study.* Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011, p. 29. [↑](#footnote-ref-253)
254. SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della corte costituzionale. In: Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli. Padova : Cedam, 1985. p. 755-794, v. 1., p. 763. [↑](#footnote-ref-254)
255. A expressão foi utilizada por G. DUNI, *L’oggetto dei giudizi di costituzionalità e la problemática dei dispositivi additivi. Additività testuale e additività normativa*, in *Scritti in onore di Constantino Mortati,* IV, Milano, 1977, p. 315 s., p. 343 s.. [↑](#footnote-ref-255)
256. P. 209. [↑](#footnote-ref-256)
257. SAMPAIO. José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 163. Ainda no Brasil, em direção semelhante, vale referir a síntese formulada por Angela Cristina Pelicioli, para quem a sentença normativa – consistente no pronunciamento judicial que produz norma para evitar vazio normativo – pode ser veiculada pelos seguintes tipo de decisão: (a) modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, transformando a lei ou ato normativo inconstitucional que seria nulo em anulável; para tanto, utiliza-se do material normativo pré-existente, recriando norma geral e abstrata retroativamente, ou a partir de momento que definir para que esta produza efeitos em período no qual a lei ou ato normativo não era válido no mundo do direito; (b) interpretação conforme a Constituição com redução teleológica, criando norma geral e abstrata com algo a mais ou com sentido diverso daquele originariamente determinado no texto da lei ou ato normativo; (c) declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, por meio de interpretação conforme a Constituição com redução teleológica, criando norma geral e abstrata com algo a mais ou com sentido diverso do texto da lei ou ato normativo, nos moldes da hipótese anterior; (d) declaração de inconstitucionalidade por omissão relativa, nos casos de infringência ao princípio da igualdade, e (e) no mandado de injunção coletivo com efeito erga omnes. (PELICIOLI, Angela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional brasileira. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año Xv, Montevideo, 2009, pp. 343-344.) [↑](#footnote-ref-257)
258. A expressão sentença normativa veicula de modo mais apropriado a nota diferenciadora da técnica decisória: ser resultado do exercício de uma competência judicial de natureza normativa. [↑](#footnote-ref-258)
259. Em festejada obra de direito comparado sobre o exercício da função de legislador positivo pelas Cortes constitucionais, Brewer-Carías assevera: “Through interpretation, constitutional courts frequently create new legislative rules by altering meaning or adding what is considered lacking in the provision so that it is in harmony with the Constitution. These additive decisions have been extensively studied particulary in Italy, where it is possible to find the widest variety of decisions issued by the Constitutional Court in declaring unconstitutional a statutory provision” (BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph B. *Constitucional courts as positive legislators: a comparative law study.* Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011, p. 79). Carlos Blanco de Morais alude à Sentença n. 190 de 1970 como o primeiro provimento aditivo emanado pela Corte constitucional italiana, oportunidade em que se estabeleceu a necessidade da presença do defensor do arguido no respectivo interrogatório a partir de clara adição de conteúdo normativo não constante do texto legislativo. (Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. “As sentenças intermédias da justiça constitucional”. Lisboa: AAFDL, 2009. p.29.). A leitura da íntegra da sentença permite ao intérprete perceber com clareza a adição de novo componente normativo ao texto legal a fim de corrigir a omissão parcial inconstitucional identificada pela Corte. (Cf. O art. 304, bis, I, do Código de Processo Penal italianao estabelecia que “os defensores das partes têm direito de assistir às provas judiciais, aos exames periciais, aos registros domiciliares e aos reconhecimentos, salvo as exceções expressamente previstas pela lei”. A lei processual, contudo, não continha previsão que assegurasse a presença do defensor no ato de interrogatório do acusado. A sentença 190 de 1970 declarou a inconstitucionalidade por omissão da lei processual e criou a norma faltante impondo a obrigatoriedade da presença do advogado no interrogatório do réu. (Cf. Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano, Estudio de una jurisdicción de la libertad, Miguel Ángle presno Linera e Roger Campione, 2 ed. Madrid, 2000. p. 178 e ss..) [↑](#footnote-ref-259)
260. Constantino Mortati “Appunti per uno Studio sui Remedi Giurisdizionali Contro Comportamenti Omissivi del Legislatore” – in “Problemi di Diritto Pubblico Nell’attuale Esperienza Costituzionale Reppublicana – Racolta de Scritti” III – Milano-1972. Nessa obra, Mortati desenvolve importantes reflexões sobre a violação aos valores constitucionais por omissão e também sobre as sentenças aditivas, por meio das quais repensa o dogma da completude do ordenamento, a discricionariedade interpretativa, a relação entre intérprete e legislador e também a possibilidade de uso da analogia para superação da violação ao princípio da igualdade. [↑](#footnote-ref-260)
261. Por todos cite-se Modugno, “Corte Costituzionale e Potere Legislativo”, in “Corte Costituzionale e Svilupo dela Fomra de Governo in Italia”, Bologna, 1982. [↑](#footnote-ref-261)
262. SÁ, Fátima. “As sentenças intermédias da justiça constitucional”. Lisboa: AAFDL, 2009. p.423. [↑](#footnote-ref-262)
263. SÁNCHEZ, Acosta, Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la Democracia Constitucional, Madrid: Tecnos, 1998, p. 305-306 *apud* SÁ, Fátima. “As sentenças intermédias da justiça constitucional”. Lisboa: AAFDL, 2009. p.423. [↑](#footnote-ref-263)
264. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. La sentencia constitucional en Italia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003. p. 223-225. [↑](#footnote-ref-264)
265. Vale anotar, a esse respeito, a precisa advertência de Martín de la Vega, para quem “cada sistema de justicia constitucional tiende a configuarse como un modelo particular en función de sus relaciones con el ordenamiento constitucional en el que opera” (MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. La sentencia constitucional en Italia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003. p. 229). [↑](#footnote-ref-265)
266. Esses três fatores foram arrolados por Martín de la Vega na obra multicitada (MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. La sentencia constitucional en Italia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003. p. 230). [↑](#footnote-ref-266)
267. Cf. sobre o tema BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. In: Revista de direito administrativo, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. [↑](#footnote-ref-267)
268. Vale mencionar, contudo, a honrosa exceção consubstanciada na recente obra de Carlos Alexandre de Azevedo Campos – Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014 – na qual se apresenta claramente como dimensão metodológica do ativismo judicial o controle da omissão legislativa por meio da criação normativa do Supremo Tribunal Federal. [↑](#footnote-ref-268)
269. ADI 3148, Relator  Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2006, DJe-112 DIVULG 27-09-2007 PUBLIC 28-09-2007 DJ 28-09-2007 PP-00026 EMENT VOL-02291-02 PP-00249 RTJ VOL-00202-03 PP-01048. [↑](#footnote-ref-269)
270. STF, NRcl 4374, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013. [↑](#footnote-ref-270)
271. A título de exemplo: “PARTIDO POLÍTICO - FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR - PROPAGANDA PARTIDÁRIA GRATUITA - FUNDO PARTIDÁRIO. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário. NORMATIZAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE - VÁCUO. Ante a declaração de inconstitucionalidade de leis, incumbe atentar para a inconveniência do vácuo normativo, projetando-se, no tempo, a vigência de preceito transitório, isso visando a aguardar nova atuação das Casas do Congresso Nacional” (STF, ADI 1351, Relator  Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006, DJ 30-03-2007 PP-00068 EMENT VOL-02270-01 PP-00019 REPUBLICAÇÃO: DJ 29-06-2007 PP-00031 RTJ VOL-00207-01 PP-00116). [↑](#footnote-ref-271)
272. Em diversas ocasiões, o modelo decisional escolhido para obviar o problema do vácuo normativo foi a modulação de efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Vale referir, por todos, o caso recente de declaração de inconstitucionalidade do diploma legal que criou o Instituto Chico Mendes, responsável pela proteção do meio ambiente em colaboração com o Ibama, que exigiu do STF a modulação dos efeitos temporais da decisão a fim de impedir o desastroso vácuo normativo que seria gerado pela simples anulação de toda a disciplina normativa. (Cf. STF, ADI 4029, Relator  Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012. [↑](#footnote-ref-272)
273. Pinardi sintetiza a preocupação italiana com o vácuo normativo perigoso no âmbito de controle de constitucionalidade das leis nos seguintes termos: Aquilo que merece por em relevo, a este ponto da pesquisa, é que na presença de uma lacuna real determinada pelo acolhimento da *quaestio sub iudice*, não facilmente e previsivelmente colmatável, em tempo breve, em função da tradicional, e nunca suficientemente deprecada, inércia do legislador, a rígida alternativa imaginada pelo Constituinte entre pronúncia de rejeição e mero acolhimento se mostrou de tudo insuficiente ao escopo de obter uma reintegração adequada do ordenamento constitucional violado. (Cf. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 66.) [↑](#footnote-ref-273)
274. ADI 1458 MC, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/1996, DJ 20-09-1996 PP-34531 EMENT VOL-01842-01 PP-00128. [↑](#footnote-ref-274)
275. Entre outros, pode-se citar precedente por meio do qual o Tribunal, ao recusar a extensão de determinado benefício tributário a categorias situadas em igual condição àquela prestigiada pelo legislador, afasta também a possibilidade de anular o benefício concedido em afronta ao postulado da igualdade. (Cf. RE 405579, Relato  Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2010, DJe-149 DIVULG 03-08-2011 PUBLIC 04-08-2011 EMENT VOL-02559-02 PP-00144. [↑](#footnote-ref-275)
276. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 9. [↑](#footnote-ref-276)
277. Zagrebelsky , Gustavo. Il controlo da parte dalla Corte costituzionale degli effeti temporali dele sue pronuncie, 1989, p. 68. [↑](#footnote-ref-277)
278. Cabe registrar, a propósito, que *“a qualidade da técnica legislativa compreende não apenas a qualidade redacional (legística) mas igualmente a avaliação da decisão de legislar (o conteúdo da futura norma)”*e *“a integração da legislação no contexto normativo”* (Ana Fraga e Ana Vargas. *Da qualidade da legislação ou de como pode o legislador ser um fora-da-lei. Legislação.* Cadernos de Ciência de Legislação. vol, 27. Oeiras, Portugal: Ina - Instituto Nacional de Administração janeiro marco 2000, p. 32). Como é cediço, a lei se configura como tal por modificar, em caráter inicial, a ordem jurídica vigente. Nas palavras do mestre José Afonso da Silva, *“a lei é um preceito jurídico dotado de generalidade, de obrigatoriedade e de permanência; e, finalmente, para estremar a ‘lei’ do ‘regulamento’, do ponto de vista da função, ressalte-se o caráter de originalidade da lei ou de inovação da ordem jurídica existente”* (José Afonso da Silva . *Comentário contextual à constituição* São Paulo: Malheiros, 2005. p. 443). É função da lei, desse modo, sendo este um caráter indisponível da sua formação, exercer o papel de fonte primária do Direito, o que significa que incumbe a este instrumento normativo, na esfera infraconstitucional, a modificação e inovação dos direitos e deveres estabelecidos pela ordem jurídica. [↑](#footnote-ref-278)
279. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 13 e 14. [↑](#footnote-ref-279)
280. VENTURA, L., Osservazioni a margine di alcune pronunce di inammissibilità, in AA.VV., Strumenti e tecniche do giudizio della Corte costituzionale. Atti del Convegno. Trieste 26-28 maggio 1986, Milano, 1988. [↑](#footnote-ref-280)
281. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 19. [↑](#footnote-ref-281)
282. STF, ADI 2480, Relator  Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2007, DJe-037 DIVULG 14-06-2007 PUBLIC 15-06-2007 DJ 15-06-2007 PP-00020 EMENT VOL-02280-01 PP-00165. [↑](#footnote-ref-282)
283. Cezar Roberto Bittencourt assevera: “A conhecida doutrina dos poderes implícitos tem suas origens na escola clássica do constitucionalismo norte-americano, radicada na concepção do estado liberal. Trata-se de regra de interpretação, concebida no seio da Constituição americana, e como atribuía amplos poderes ao governo dos Estados Unidos, necessitava assegurar-lhe também os mais amplos meios para sua execução. Essa doutrina constitucional, no entanto, afasta a aplicação da doutrina dos poderes implícitos quando houver outra norma constitucional que cuide da competência que se pretende reconhecer implicitamente. Em outros termos, somente se admite a invocação dessa regra de interpretação onde houver lacuna constitucional, ou então, quando houver uma competência explícita e justificável que pretenda profundar e não alargar” (Bitencourt, Cezar Roberto. A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público / Cezar Roberto Bitencourt. In: Revista brasileira de ciências criminais, v. 15, n. 66, p. 275, maio/jun. 2007.) [↑](#footnote-ref-283)
284. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 20. [↑](#footnote-ref-284)
285. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma: “O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais” (STF, ADI 2551 MC-QO, Relator  Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2003, DJ 20-04-2006 PP-00005 EMENT VOL-02229-01 PP-00025). [↑](#footnote-ref-285)
286. STF, RE 349703, Relator Min. CARLOS BRITTO, Relator p/ Acórdão Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675. [↑](#footnote-ref-286)
287. Modugno, entre outros, adverte para a possibilidade de que a decisão caducatória da Corte produza uma situação de maior inconstitucionalidade do que aquela resultante da manutenção em vigor na norma inconstitucional (F. MODUGNO, *I critério della distinzione diacrônica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale*, in Quad. Cost., 1989, 39). Não cabe limitar a crítica apenas às situações nas quais o resultado da decisão caducatória ou demolitória seja de inconstitucionalidade mais acentuada quando comparada com a situação de manutenção da norma inconstitucional. Ainda que o grau de inconstitucionalidade seja reduzido com a decisão de inconstitucionalidade, cabe questionar se é legítimo que a Corte constitucional produza, conscientemente, um resultado contrário à Constituição. [↑](#footnote-ref-287)
288. L. PEGORARO, Lineamenti di giustizia costituzionale comparata, Torino, 1998, p. 91. [↑](#footnote-ref-288)
289. M. D’AMICO, Giudizio sulle leggi ed eficácia temporale delle deciosini di inconstituzionalità, Milano, 1993, p. 6. [↑](#footnote-ref-289)
290. As técnicas decisórias de interpretação conforme, declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e até mesmo a modulação dos efeitos temporais das decisões foram positivadas no ordenamento jurídico por meio da Lei Federal n. 9.868, de 1999, mas já compunham o arsenal decisório do Supremo Tribunal Federal pela via jurisprudencial. Por todos, citem-se os seguintes precedentes: HC 70.514/RS, Relator Min. Sydney Sanches, DJ 27/06/1997, p. 30.225 (nesse julgamento o STF admitiu que a lei que concede prazo em dobro à Defensoria Pública é constitucional até este órgão estar devidamente aparelhado e estruturado); RE 147.776/SP, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/06/1998, p. 9 (com esse precedente o STF considerou ainda constitucional o artigo 68 do Código de Processo Penal, que confere legitimidade ao Ministério Público para promover, se o Requerente for pobre, ação de reparação de danos decorrente de crime no juízo cível). [↑](#footnote-ref-290)
291. Virgílio Afonso da Silva, Professor da Universidade de São Paulo, apresentou no ano de 2010 resultado de pesquisa sobre a utilização de decisões estrangeiras pelo Supremo Tribunal Federal, concluindo o seguinte: “É possível afirmar que há uma utilização muito pouco significativa de ideias constitucionais desenvolvidas em outros países da América do Sul ou da América Latina, bem como uma ínfima atenção às decisões da Corte Interamericana e de tribunais nacionais de outros países da América do Sul no discurso jurídico brasileiro, sobretudo no âmbito dos tribunais. Uma pesquisa no banco de dados do Supremo Tribunal Federal dá uma idéia do cenário atual. Foram procuradas decisões que fizessem menção à jurisprudência dos seguintes tribunais: Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Suprema de Justiça da Argentina, Tribunal Constitucional do Chile e Corte Constitucional da Colômbia. Além desses tribunais, foram também pesquisadas referências à Suprema Corte dos Estados Unidos e ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, para se ter uma idéia da frequência com que se citam decisões de tribunais estrangeiros. Esse último passo é necessário porque um pequeno número de referências a decisões de tribunais de países da América do Sul ou à própria Corte Interamericana de Direitos Humanos poderia significar apenas e tão-somente uma prática decisória refratária à consideração de decisões estrangeiras em geral, como ocorre em alguns países do mundo, especialmente nos Estados Unidos. O resultado, no entanto, parece mostrar que o cenário não é exatamente esse. A tabela a seguir resume a situação: (i) Corte Interamericana – nenhuma referência; (ii) Corte Suprema de Justiça da Argentina – nenhuma referência; (iii) Tribunal Constitucional do Chile – nenhuma referência; (iv) Corte Constitucional da Colômbia – nenhuma referência; (v) Suprema Corte dos Estados Unidos – oitenta referências; (vi) Tribunal Constitucional Federal da Alemanha – cinquenta e oito referências. Aqui, mais uma vez, não faz sentido procurer explicar os dados por meio do argumento Segundo o qual o Brasil reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos apenas em 1998 e que, desde então, foi parte em apenas duas decisões contenciosas. Quando aqui se fala em referência a decisões de outros tribunais, não se quer fazer menção à ideia de precedente vinculante. O que se pretendeu aqui explicitar foi o uso argumentativo de decisões de outros tribunais, razão pela qual foram incluídas decisões não apenas da corte Interamericana, mas também de tribunais de cúpula de outros países. Os números parecem ser auto-explicativos: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é altamente permeável a argumentos utilizados em alguns tribunais de outros países, mas ignora por complete a jurisprudência dos tribunais dos países vizinhos, que são justamente aqueles que, em alguns âmbitos, têm problemas – como a efetivação de direitos humanos – muito semelhantes aos brasileiros. (Virgilio Afonso da Silva, Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul, In: Armin Von Bogdandy, Flavia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coord.), Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul, Rio de Janeiro, ed. Lúmen Júris, 2010, p. 529). [↑](#footnote-ref-291)
292. A experiência dos tribunais alemão e italiano certamente constituíram experiências importantes a esse respeito (PEGORARO, La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni’80, in Quad. Cost., 197, 601 e ss). [↑](#footnote-ref-292)
293. “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. [↑](#footnote-ref-293)
294. “Art. 28. (...) 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.” [↑](#footnote-ref-294)
295. Rodríguez-Patrón, Patricia, *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2003, p. 143. [↑](#footnote-ref-295)
296. CERVATI, Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca e italiana, in Quad. cost., 1989, p. 270 e ss. [↑](#footnote-ref-296)
297. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 52. [↑](#footnote-ref-297)
298. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 54. [↑](#footnote-ref-298)
299. GIANNINI, M.S., Considerazioni sul tema, in AA.VV., Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto a Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembro 1989, Milano, 1989, p. 166. [↑](#footnote-ref-299)
300. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 54. [↑](#footnote-ref-300)
301. Pinardi, citando Pinelli (C. PINELLI, Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale, in Dir. Pubbl. 2001, p. 109), chama a atenção para o fato de que “quanto mais releveante o bem da vida em jogo, mais a conformação do caso surge como um elemento crucial do juízo, menos a Corte pode desprezar os efeitos de suas decisões sobre o bem da vida” (R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 59). [↑](#footnote-ref-301)
302. Em outro trabalho, do ano de 1993, Pinardi alertava para o fato de que um dos problemas de fundo que influiu gravemente sobre a configuração dos poderes da corte consiste no temor, sempre manifestado, que os efeitos caducatórios determinados pela pronúncia de inconstitucionalidade, somados à tradicional inércia do legislador, possam provocar grave lesão ao princípio de continuidade do ordenamento normativo. (Cf. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore,* Milano, 1993, p. 145 e ss.) [↑](#footnote-ref-302)
303. Nesses casos, a pressão incidente sobre a Corte seria de tal monta insuportável que não se lhe permitiria imputar à normativa uma drástica pronúncia de inconstitucionalidade. [↑](#footnote-ref-303)
304. No Brasil, o STF aplicou a técnica de modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade para preservar a continuidade da prestação jurisdicional da vara especializada em organizações criminosas do Estado de Alagoas, corrigindo as inconstitucionalidades da disciplina normativa correspondente, sem deixar de atentar para a necessidade de assinar prazo para as alterações resultantes da sentença constitucional. (Cf. STF, ADI 4414, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 14-06-2013 PUBLIC 17-06-2013.) [↑](#footnote-ref-304)
305. Essa situação é perfeitamente retratável por meio do precedente no qual o STF, ao afirmar a inconstitucionalidade da fixação de um determinado número de vereadores nas Câmaras Municipais, atribuiu eficácia pro futuro à decisão para proteger o regular funcionamento dos órgãos legislativos municipais. (Cf. RE 276546, Relator  Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 31/03/2004, DJ 21-05-2004 PP-00035 EMENT VOL-02152-03 PP-00518.) [↑](#footnote-ref-305)
306. Associação dos Magistrados do Brasil – AMB – a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – ANAMATRA – e a Associação Nacional dos Juízes Federais – AJUFE. [↑](#footnote-ref-306)
307. STF, ADPF 311 AgR, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 08/05/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 12/05/2014 PUBLIC 13/05/2014. [↑](#footnote-ref-307)
308. STF, ADI 875, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-02 PP-00219 RTJ VOL-00217- PP-00020 RSJADV jul., 2010, p. 28-47. [↑](#footnote-ref-308)
309. Tais declarações, de caráter mais geral, são utilizadas pelo Presidente da Corte para chamar a atenção do legislador e da opinião pública para o problema discutido. (Cf. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 70.) [↑](#footnote-ref-309)
310. Tais declarações servem para incrementar a efetividade das técnicas decisórias adotadas na tentativa de obviar o *horror vacui.* (Cf. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 71-72.) [↑](#footnote-ref-310)
311. Nesses casos, o Presidente do órgão explica o conteúdo da decisão e solicita a intervenção do órgão legislativo. [↑](#footnote-ref-311)
312. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 75-76 [↑](#footnote-ref-312)
313. A. PUGIOTTO, Sindacato di costituzionalità e <<diritto vivente>>. Genesi, uso, implicazioni, Milano, 1994, p. 563, [↑](#footnote-ref-313)
314. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 91-93. [↑](#footnote-ref-314)
315. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 106. [↑](#footnote-ref-315)
316. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 106-107. [↑](#footnote-ref-316)
317. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 123-131. [↑](#footnote-ref-317)
318. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 123. [↑](#footnote-ref-318)
319. Com essas decisões a Corte evita a adoção de um dispositivo de acolhimento, não obstante a ilegitimidade da disciplina impugnada, convocando o legislador a intervir em tempo rápido para prevenir uma futura declaração de inconstitucionalidade. (Cf. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 127.) [↑](#footnote-ref-319)
320. Com os monitos contidos das sentenças de acolhimento a Corte dialoga, exclusivamente, com o legislador, assinalando ao mesmo a necessidade, impositiva, de um seu comportamento criado pela pronúncia caducatória. [↑](#footnote-ref-320)
321. Pinardi recorda que as sentenças aditivas de princípio são subdivididas em duas distintas categorias principais: (i) em alguns casos a Corte individua um principio suficientemente preciso, de aplicação imediata no lugar da disciplina anulada, até a futura e esperada intervenção dos órgãos legislativos; (ii) em outras hipóteses, ao revés, a Corte se limita, com o mesmo escopo, a indicar, na sua pronúncia, um princípio genérico e indeterminado ou ainda indeterminável em via de concreta atuação jurisprudencial de modo que a Corte, em casos de gênero, declara a inconstitucionalidade de uma omissão sem criar um novo marco normativo, mas antes reconhecendo na matéria a não fungibilidade da obra do legislador. (Cf. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 128) [↑](#footnote-ref-321)
322. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 129. [↑](#footnote-ref-322)
323. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 130. [↑](#footnote-ref-323)
324. O julgamento recebeu a seguinte ementa: *“Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessaria ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença liquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossivel, se contem o pedido, de atendimento possivel, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciencia ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadaos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional especifica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiario da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciario, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais tipicos, o provimento necessario a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possivel, a satisfação provisoria do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidencia da Republica; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença liquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniencia de lei não prejudicara a coisa julgada, que, entretanto, não impedira o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favoravel.”* (STF, MI 283, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991, DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882). [↑](#footnote-ref-324)
325. Em precedente do ano de 1994, o STF reconheceu a inércia do Congresso no cumprimento da obrigaçao de legislar fixada em precedente do ano de 1991: *“O prazo fixado, no julgamento do Mandado de Injunção n. 283, para o cumprimento do dever constitucional de editar essa regulamentação de há muito se escoou sem que a omissão tenha sido suprida. Não há, pois, razão para se conceder novo prazo ao Congresso Nacional para o adimplemento desse seu dever constitucional, impondo-se, desde logo, que se assegure aos impetrantes a possibilidade de ajuizarem, com base no direito comum, ação de perdas e danos para se ressarcirem do prejuizo que tenha sofrido”* (STF, MI 447, Relator Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/1994, DJ 01-07-1994 PP-17495 EMENT VOL-01751-01 PP-00038). [↑](#footnote-ref-325)
326. STF, ADI 2061, Relator Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2001, DJ 29-06-2001 PP-00033 EMENT VOL-02037-03 PP-00454 RTJ VOL-00179-02 PP-00587. [↑](#footnote-ref-326)
327. STF, MI 20, Relator  Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1994, DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-01 PP-00001. [↑](#footnote-ref-327)
328. STF, ADI 3689, Relator Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00022 EMENT VOL-02282-04 PP-00635. [↑](#footnote-ref-328)
329. A mesma observação crítica consta da obra de Pinardi quanto à realidade italiana. Cf. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 140-141. [↑](#footnote-ref-329)
330. O sistema de iniciativa reservada, estabelecido na Constituição Federal, faz com que a omissão de outros órgãos, que têm competência para desencadear o processo legislativo, seja também objeto dessa ação direta de inconstitucionalidade. Nos casos de iniciativa reservada, não há dúvida de que o controle judicial de constitucionalidade por omissão intentará, num primeiro momento, desencadear o processo legislativo. [↑](#footnote-ref-330)
331. Cf. MODUGNO, Franco. La funzione legislativa complementare della corte costituzionale. In: Giurisprudenza costituzionale, v. 26, n. 8/10, p. 1646-1664 1981, p. 1661. [↑](#footnote-ref-331)
332. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 145. [↑](#footnote-ref-332)
333. SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della corte costituzionale. In: Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli. Padova : Cedam, 1985. p. 755-794, v. 1., p. 788-789. [↑](#footnote-ref-333)
334. Essa percepção foi expressamente confessada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento assim ementado: *“PARTIDO POLÍTICO - FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR - PROPAGANDA PARTIDÁRIA GRATUITA - FUNDO PARTIDÁRIO. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário. NORMATIZAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE - VÁCUO. Ante a declaração de inconstitucionalidade de leis, incumbe atentar para a inconveniência do vácuo normativo, projetando-se, no tempo, a vigência de preceito transitório, isso visando a aguardar nova atuação das Casas do Congresso Nacional”* (ADI 1351, Relator(a):  Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006, DJ 30-03-2007 PP-00068 EMENT VOL-02270-01 PP-00019 REPUBLICAÇÃO: DJ 29-06-2007 PP-00031 RTJ VOL-00207-01 PP-00116). [↑](#footnote-ref-334)
335. É o que se passou, por exemplo, com a aprovação da Lei Complementar 135 de 2010 (Lei da Ficha Limpa), após o julgamento do STF que reconheceu a necessidade de lei complementar para cuidar das hipóteses de inelegibilidade. ( Cf. ADPF 144, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02 PP-00342 RTJ VOL-00215- PP-00031.) [↑](#footnote-ref-335)
336. Tradução livre de “(…) sembra ispirata soltanto all’esigenza di non produrre vuoti nell’ordinamento, accresciuta e drammatizzata dall’effettiva inerzia del legislatore, il quale addirittura, il più delle volte, ha non solo tollerato, ma anche favorito, l’opera di ‘supplenza’ della Corte.” (MODUGNO, Franco. La funzione legislativa complementare della corte costituzionale. In: Giurisprudenza costituzionale, v. 26, n. 8/10, p. 1646-1664 1981, p. 1651). [↑](#footnote-ref-336)
337. STF, MI no 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996; STF, MI no 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002; e STF, MI no 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002. [↑](#footnote-ref-337)
338. STF, MI 670, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão:  Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011. [↑](#footnote-ref-338)
339. STF, MI 943, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 30-04-2013 PUBLIC 02-05-2013. [↑](#footnote-ref-339)
340. STF, MI 369, Relator Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão:  Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado em 19/08/1992, DJ 26-02-1993 PP-02354 EMENT VOL-01693-01 PP-00015. [↑](#footnote-ref-340)
341. ANZON, Adele. Nuove tecniche decisorie della corte costituzionale. In: Giurisprudenza costituzionale, v. 37, n. 4, p. 3199-3217, iuglio/ag. 1992, p. 3213. [↑](#footnote-ref-341)
342. Notícia acessada no sítio eletrônico do STF – <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=255811> - em 13.08.2014. [↑](#footnote-ref-342)
343. O desempenho de função normativa pela Corte constitucional americana, mesmo sem a utilização da expressão evocativa “sentença aditiva”, é claramente identificável, como se pode perceber das seguintes passagens da obra de Brewer-Carías: “In a similar trend, and througt judicial means progressivily developed for the protection of fundamental rights, the U.S. Supreme court has filled the gap of legislative omissions, particulary in issuing equitable remedies, like injunctions through which a court of equity can adjudicate extraordinary relief to an aggrieved party, consisting of an order by the court commanding the defendant of injuring party to do something or to refrain from doing something. These are called coercitive remedies because they are backed by contempt power, or the power of the court to directly sanction a disobedient defendant. (…) The latter were developed by the courts after *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955), in which the Supreme Court declared the dual school discriminatory, using injunction as an instrument of reform, by means of which the courts in certain cases undertake the supervision over institutional Ste policies anda practices to prevent discrimination. (…) In effect, deciding these equitable remedies for the protection of undamental rights, the Supreme Court in the United States has also created complementary judicial legislation, for instance invoking the Fourth, Fifth, and Sisth Amendments to he Constitution regarding the conditions for lawful search and arrest in connection with investigation ans prosecution of crime. The Court’s decisions have resulted in a substancial and relatively complex body of law controlling police behavior, which allows courts to reverse the convictions of defendants who have not been treated in accordance with the judicially produced rules. In contrast, law enforcement agencies interested in securing convictions have as interest in compliance, so police departments have procedures and trained their personnel to follow the rules.” (BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph B. *Constitucional courts as positive legislators: a comparative law study.* Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011, p. 140-141). [↑](#footnote-ref-343)
344. “In fact, contemporary constitutional comparative law shows the existence of constitutional courts that have progressively assumed roles that decades ago corresponded only the Constituent Power or to the Legislator; in some cases, they discovered and deduced constitutional rules, particulary on matters of human rights not expressively enshrined in the Constitution anda that could not be considered to have the intention of an ancient and original Constituent Power. In other cases, constitutional courts have progressively been perfoming legislative functions, complementing the Legislator in its role of lawmaker and, in many cases, filling the gaps resulting from legislatives omissions, sedind guidelines and orders to the Legislator, and even issuing provisional legislation.” (REWER-CARÍAS, Allan-Randolph B. *Constitucional courts as positive legislators: a comparative law study.* Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011, p. 190). [↑](#footnote-ref-344)
345. Há atualmente uma clara tendência de aproximação da atividade das Cortes constitucionais em torno da assunção de uma função corretiva da lei: *“Similarmente ao que ocorre com as cortes constitucionais da Alemanha e Itália, o supremo vem cumprindo o papel de aperfeiçoamento da legislação por meio dessas praticas, conformando-a com a constituição. Para tanto, em diferentes oportunidades, o supremo tem modificado substancialmente os sentidos normativos das leis, criando normas novas com significados bastante diversos daqueles que se podem deduzir das expressões semânticas do dispositivo interpretado. O supremo pratica verdadeiras manipulações de sentidos normativos, atuando com o legislador positivo recusado por Kelsen”* (Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro : Forense, 2014, p. 287-288). [↑](#footnote-ref-345)
346. Pode-se referir os seguintes precedentes que utilizam expressamente a experiência jurisprudencial italiana: STF, ADI 1194, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relatora p/ Acórdão:  Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2009, DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 11-09-2009 EMENT VOL-02373-01 PP-00014 LEXSTF v. 31, n. 369, 2009, p. 46-123; STF, ADPF 144, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02 PP-00342 RTJ VOL-00215- PP-00031; STF, ADPF 54 QO, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2005, DJe-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02287-01 PP-00021; STF, ADPF 33 MC, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2003, DJ 06-08-2004 PP-00020 EMENT VOL-02158-01 PP-00001. [↑](#footnote-ref-346)
347. SEGADO, Francisco Fernándes. La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo I (Los sistemas de Justicia Constitucional, las ‘dissentig opinions’ el control de las omisiones legislativas, el control de ‘comunitariedad’). Madrid: Dykinson-Constitucional, 2009. p. 57. [↑](#footnote-ref-347)
348. CAPELLETTI, Mauro: *La giurisdizione Costituzionale delle Libertà (Primo studio sul ricorso costituzionale)*, Giuffre , Milano, 1976. [↑](#footnote-ref-348)
349. SEGADO, Francisco Fernándes. La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo I (Los sistemas de Justicia Constitucional, las ‘dissentig opinions’ el control de las omisiones legislativas, el control de ‘comunitariedad’). Madrid: Dykinson-Constitucional, 2009. p. 132. [↑](#footnote-ref-349)
350. Virgílio Afonso da Silva apresentou no ano de 2010 resultado de pesquisa sobre a utilização de decisões estrangeiras pelo Supremo Tribunal Federal, concluindo o seguinte: *“É possível afirmar que há uma utilização muito pouco significativa de ideias constitucionais desenvolvidas em outros países da América do Sul ou da América Latina, bem como uma ínfima atenção às decisões da Corte Interamericana e de tribunais nacionais de outros países da América do Sul no discurso jurídico brasileiro, sobretudo no âmbito dos tribunais. Uma pesquisa no banco de dados do Supremo Tribunal Federal dá uma ideia do cenário atual. Foram procuradas decisões que fizessem menção à jurisprudência dos seguintes tribunais: Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Suprema de Justiça da Argentina, Tribunal Constitucional do Chile e Corte Constitucional da Colômbia. Além desses tribunais, foram também pesquisadas referências à Suprema Corte dos Estados Unidos e ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, para se ter uma ideia da frequência com que se citam decisões de tribunais estrangeiros. Esse último passo é necessário porque um pequeno número de referências a decisões de tribunais de países da América do Sul ou à própria Corte Interamericana de Direitos Humanos poderia significar apenas e tão-somente uma prática decisória refratária à consideração de decisões estrangeiras em geral, como ocorre em alguns países do mundo, especialmente nos Estados Unidos. O resultado, no entanto, parece mostrar que o cenário não é exatamente esse. A tabela a seguir resume a situação: (i) Corte Interamericana – nenhuma referência; (ii) Corte Suprema de Justiça da Argentina – nenhuma referência; (iii) Tribunal Constitucional do Chile – nenhuma referência; (iv) Corte Constitucional da Colômbia – nenhuma referência; (v) Suprema Corte dos Estados Unidos – oitenta referências; (vi) Tribunal Constitucional Federal da Alemanha – cinquenta e oito referências. Aqui, mais uma vez, não faz sentido procurar explicar os dados por meio do argumento segundo o qual o Brasil reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos apenas em 1998 e que, desde então, foi parte em apenas duas decisões contenciosas. Quando aqui se fala em referência a decisões de outros tribunais, não se quer fazer menção à ideia de precedente vinculante. O que se pretendeu aqui explicitar foi o uso argumentativo de decisões de outros tribunais, razão pela qual foram incluídas decisões não apenas da corte Interamericana, mas também de tribunais de cúpula de outros países. Os números parecem ser autoexplicativos: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é altamente permeável a argumentos utilizados em alguns tribunais de outros países, mas ignora por complete a jurisprudência dos tribunais dos países vizinhos, que são justamente aqueles que, em alguns âmbitos, têm problemas – como a efetivação de direitos humanos – muito semelhantes aos brasileiros”* (Virgilio Afonso da Silva, Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul, In: Armin Von Bogdandy, Flavia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coord.), Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul, Rio de Janeiro, ed. Lúmen Júris, 2010, p. 529). [↑](#footnote-ref-350)
351. VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 109. [↑](#footnote-ref-351)
352. VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 113. [↑](#footnote-ref-352)
353. VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 231. [↑](#footnote-ref-353)
354. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 451. [↑](#footnote-ref-354)
355. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 451. [↑](#footnote-ref-355)
356. VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 218. [↑](#footnote-ref-356)
357. VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 219. [↑](#footnote-ref-357)
358. See. e.g., Francisco Fernandez Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progressiva convergencia de los sistemas americano e europeo-kelseniano.* Librería Bonomo Editrice, Bologna, 2003, pp. 40 ff. [↑](#footnote-ref-358)
359. On the effort to establish a new basis for new distinctions, see. Louis Favoreu, *Les courts constitutionelles,* Presses Universitaires dde France, 1986; Michael Fromont, *La justice constitutionelle dans le monde,* Dalloz, Paris 1996; D. Rousseau, *La justice constitutionelle en Europe*, Montchrestien, Paris 1998. [↑](#footnote-ref-359)
360. Para Marcelo Neves, “el transconstitucionalismo tiende al envolvimiento de más de dos órdenes jurídicos, sean ellos de la misma especie o de tipos diversos. Esas situa- ciones complejas apuntan para un sistema jurídico mundial de niveles múltiplos, en el cual ocurre un transconstitucionalismo pluridimensional, que resuelta de la relevancia simultánea de un mismo problema jurídi- co-constitucional para una diversidad de órdenes jurídicos” (NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, con Especial Referencia a la Experiencia Latinoamericana, extraído da rede mundial de computadores –http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/22.pdf). [↑](#footnote-ref-360)
361. Especificamente em relação à proteção dos direitos humanos, Marcelo Neves clarifica a importância do transconstitucionalismo nos seguintes termos: “La cuestión de los derechos humanos, que surgió como un problema jurídico-constitucional en el ámbito de los Estados, atraviesa hoy todos los tipos de órdenes jurídicos en el sistema jurídico mundial de niveles múltiplos: órdenes estatales, internacionales, supranacionales, transnacio- nales y locales. Constituye una cuestión central del transconstitucionalis- mo. Las controversias sobre los derechos humanos son decurrentes de la posibilidad de lecturas diversas del concepto, de la pluralidad conflictiva de interpretaciones/concretizaciones de las normas y de la incongruencia práctica de los diferentes tipos de derechos humanos. Pero la situación se agrava si consideramos que los diversos órdenes normativos del sistema jurídico mundial de niveles múltiplos tienen comprensiones sensiblemente diversas de las cuestiones de los derechos humanos, muchas de ellas siendo, inclusive, contrarias a la idea de derechos humanos como dere- chos que pretenden valer para toda y cualquier persona. Es en ese contexto que toma significado especial el transconstitucionalismo pluridi- mensional de los derechos humanos, que corta transversalmente órdenes jurídicos de los más diversos tipos, instigando, al mismo tiempo, coope- ración y colisiones” (NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, con Especial Referencia a la Experiencia Latinoamericana, extraído da rede mundial de computadores –http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/22.pdf). [↑](#footnote-ref-361)
362. José Luis Bolzan de Morais e Jânia Maria Lopes Saldanha esclarecem essa proposta cosmopolita em torno dos direitos fundamentais: “De fato, as demandas levadas às decisões dos juízes veiculam, nas mais distintas jurisdições, a problemática dos direitos humanos e em sentido mais amplo, a temática do universalizável. Na sua última obra, Ronald Dworkin convida a aprofundar essa reflexão sobre o ideal humanista que está na base do diálogo transjurisdicional e que parece ser o o elo argumentativo entre os distintos sistemas de justiça. A ‘unidade do valor’, essa antiga tese filosófica, é o fio condutor do pensamento desse autor que mantém a integridade do direito como a estrela guia de sua teoria. Sua preocupação é demonstrar que o Direito não deve ser compreendido ou pensado como uma questão de fatos brutos, desvinculados da moralidade substantiva. Por isso, coloca a integridade em nível elevado de generalidade. Esse ‘holismo dworkiniano’ conduz o leitor a identificar em sua teoria a defesa de que existem verdades e responsabilidades éticas e objetivas, de modo que as interpretações de situações concretas alcançassem um ‘integridade global’ como expressão de uma rede de valores. Que mais fazem os juízes, na prática do diálogo, se não ir em busca dessa coerência de valores comuns?” (SALDANHA, Jânia Maria Lopes e BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. A “Justiça” da Cosmopolitização e a Cosmopolitização da Justiça. In: Novo constitucionalismo latino-americano : o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes. Jose Luis Bolzan de Morais, Flaviane de Magalhães Barros, (coordenadores). Belo Horizonte : Arraes, 2014., p. 95). [↑](#footnote-ref-362)
363. A. PIZZORUSSO, *La motivazione delle deciosini della Corte costituzionale: comandi o consigli?,* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.,* 2/1963, p. 345 e ss. [↑](#footnote-ref-363)
364. Cf. PANZERA, Claudio. Interpretare manipolare combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale - Napoli : Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 105. [↑](#footnote-ref-364)
365. Cf. PANZERA, Claudio. Interpretare manipolare combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale - Napoli : Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 106. [↑](#footnote-ref-365)
366. Cf. PANZERA, Claudio. Interpretare manipolare combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale - Napoli : Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 110. [↑](#footnote-ref-366)
367. No Brasil, a grande importância do desenvolvimento da técnica decisória na jurisdição constitucional italiana foi percebida por Carlos Alexandre de Azevedi Campos: *“A realidade, em suma, é que as sentenças aditivas cumpriram e cumprem, na Itália, papel fundamental no controle das omissões legislativas com vista à observância da ordem constitucional e, principalmente, do princípio da isonomia. Elas têm representado uma ruptura com a ortodoxia Kelseniana das cortes como o “legislador negativo”, que não lhes permitia concretizar por completo os direitos fundamentais, tampouco reagir às diversas hipóteses de inércia legislativa. O caso da Itália pós – fascismo é ótimo exemplo de como os juízes constitucionais devem, em muitas vezes, atuar como legislador positivo diante da paralisia dos poderes políticos. Casos análogos de inércia de inércia legislativa e violação de direitos fundamentais podem justificar o ativismo judicial exercido por meio das sentenças aditivas. O caso da Corte Constitucional italiana é bastante rico em elementos cognitivos para este trabalho – o pragmatismo da Corte na elaboração de técnicas e instrumentos de decisão, máxime as sentenças aditivas, dirigidos à criação judicial do direito na superação de omissões legislativas e que são muito influentes no debate contemporâneo sobre o papel da jurisdição constitucional entre a dicotomia legislador negativo v. legislador positivo; fatos históricos e políticos, destacadamente a omissão do Parlamento e a vigência de leis autoritárias, impeditivos da atuação concreta da Constituição, como justificativa do avanço da atuação política e progressista dos juízes constitucionais; e a importância que pode alcançar a substituição de juízes inertes e formalistas por juízes com visão e disposição mais ativista para a validade prática da Constituição e dos direitos fundamentais.”* (Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 121-122). [↑](#footnote-ref-367)
368. *Os primeiros exemplos são encontrados nas sentenças n. 168 de 1963 e 190 de 1970, mas também nas sentenças n. 24 de 1957 e 9 de 1964.* [↑](#footnote-ref-368)
369. Entre as primeiras podem-se citar as sentenças n. 15 e 38 de 1969 e 34 de 1970. [↑](#footnote-ref-369)
370. Cf. PANZERA, Claudio. Interpretare manipolare combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale - Napoli : Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 113. [↑](#footnote-ref-370)
371. Cf. PANZERA, Claudio. Interpretare manipolare combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale - Napoli : Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 117. [↑](#footnote-ref-371)
372. A ideia de que a solução normativa deve ser unívoca e constitucionalmente obrigatória para amparar a produção de sentenças aditivas pela Corte constitucional está presente, por exemplo, nas seguintes sentenças: 109 de 1986, 435 de 1987, 328 de 1988, 205 de 1997 e 310 de 1999. [↑](#footnote-ref-372)
373. Cf. PANZERA, Claudio. Interpretare manipolare combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale - Napoli : Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 136. [↑](#footnote-ref-373)
374. A Corte concluiu o julgamento com a seguinte expressiva passagem: *“9. - Alla stregua delle suesposte considerazioni, l'art. 28, terzo comma, della legge n. 118 del 1971 va dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui, in riferimento ai soggetti portatori di handicaps, prevede che "Sarà facilitata" anziché disporre che "E' assicurata" la frequenza alle scuole medie superiori. In questo modo, la disposizione acquista valore immediatamente precettivo e cogente, ed impone perciò ai competenti organi scolastici sia di non frapporre a tale frequenza impedimenti non consentiti alla stregua delle precisazioni sopra svolte, sia di dare attuazione alle misure che, in virtù dei poteri-doveri loro istituzionalmente attribuiti, ovvero dell'esistente normazione regionali, secondaria o amministrativa (cfr. par. 2), possano già allo stato essere da essi concretizzate o promosse. Spetta ovviamente al legislatore il compito - la cui importanza ed urgenza è sottolineata dalle considerazioni sopra svolte - di dettare nell'ambito della propria discrezionalità una compiuta disciplina idonea a dare organica soluzione a tale rilevante problema umano e sociale.”* [↑](#footnote-ref-374)
375. Cf. PANZERA, Claudio. Interpretare manipolare combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale - Napoli : Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 167-168. [↑](#footnote-ref-375)
376. Por todas, vale citar: (i) sentença 350 de 2003 (concedendo o direito à prisão domiciliar para o pai ou a mãe de sujeito deficiente físico); (ii) sentença 255 de 2006 (recusando a suspensão condicional da pena quando inadequada à sua função reeducativa). [↑](#footnote-ref-376)
377. Cf. PANZERA, Claudio. Interpretare manipolare combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale - Napoli : Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 167-168. [↑](#footnote-ref-377)
378. Cf. PANZERA, Claudio. Interpretare manipolare combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale - Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 158. [↑](#footnote-ref-378)
379. Cf. PANZERA, Claudio. Interpretare manipolare combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale - Napoli : Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 165. [↑](#footnote-ref-379)
380. Da jurisprudência do STF, extrai-se a seguinte passagem: *“Isso porque a interpretação conforme a Constituição se dá quando um dispositivo legal somente se reveste de validade constitucional com a atribuição de um determinado sentido, ou seja, quando se deve adicionar ao texto um sentido determinado que garanta a sua compatibilidade com o ordenamento constitucional”* (Rcl 16307, Relator Min. CELSO DE MELLO, julgado em 27/03/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 31/03/2014 PUBLIC 01/04/2014). [↑](#footnote-ref-380)
381. *“No Brasil, sua contribuição tem sido inestimável para o desenvolvimento do direito constitucional. São muitos os doutrinadores brasileiros de renome que defendem a necessidade de consolidação da idéia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, formulada por Peter Häberle. Segundo essa concepção, o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser alargado para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional.”* (Trecho de: Valadés, Diego. “Conversas acadêmicas com Peter Haberle.” iBooks.) [↑](#footnote-ref-381)
382. Nesse sentido está a festejada obra de See Cass R. Sunstein, autor que defende o minimalismo judicial em controle de constitucionalidade. Cf. One Case At A Time. Cambridge: Harvard University Press, 1999. [↑](#footnote-ref-382)
383. *“Os tribunais, em princípio, somente interpretam o direito na medida em que isso é necessário para aplicar as normas vigentes a casos concretos. Ao fazê-lo, definem o sentido das referidas normas, de tal forma que seu conteúdo, para efeitos práticos, é o que a elas dá a interpretação judicial.”* (Trecho de: Manoel Gonçalves Ferreira Filho. “Curso de Direito Constitucional.” iBooks.) [↑](#footnote-ref-383)
384. A norma foi declarada constitucional num primeiro momento por evidente falta de referencial metodológico para superar o excesso de rigidez da disposição legal. (Cf. STF, ADI 1232, Relator Min. ILMAR GALVÃO, Relator p/ Acórdão:  Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998, DJ 01-06-2001 PP-00075 EMENT VOL-02033-01 PP-00095.) [↑](#footnote-ref-384)
385. STF, ADI 3112, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538. [↑](#footnote-ref-385)
386. STF, HC 109206, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 14-11-2011 PUBLIC 16-11-2011. [↑](#footnote-ref-386)
387. O inciso IV do art. 649 do Código de Processo Civil garante a impenhorabilidade dos “vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal.” [↑](#footnote-ref-387)
388. Crisafulli reconhece expressamente que comunga do entendimento expressado por Modugno no sentido de que a Corte Constitucional, no campo da criação normativa, exerce uma função legislativa complementar. Mas observa que Modugno não utiliza a expressão “função legislativa” em sentido forte, identificando, assim, a função da Corte com aquela atribuída aos órgãos legislativos (legislativa em sentido estrito e técnico)” (V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 1984, vol. II, p. 408). [↑](#footnote-ref-388)
389. Consulta ao site: <http://www.giurcost.org/decisioni/1981/0140s-81.html>, acesso em 24/05/2014. [↑](#footnote-ref-389)
390. A sentença 140 de 1981 mostra a preocupação da Corte italiana em não permitir a utilização da técnica decisória de perfil aditivo para inovar radicalmente – e assim criar – um sistema normativo. [↑](#footnote-ref-390)
391. Modugno, Franco. Sentenze additive, soluzione costituzionalmente obbligata e declaratoria di inammissibilita per mancata indicazione del verso della richiesta addizione. In: Giurisprudenza costituzionale, v. 35, n. 1/2, p. 522, genn./febbr. 1990. [↑](#footnote-ref-391)
392. Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò, Giustizia costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 396. [↑](#footnote-ref-392)
393. Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò, Giustizia costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 396. [↑](#footnote-ref-393)
394. Franco Modugno expõe com clareza o argumento: “A parte ogni considerazione sulla reale sequela che nella giurisprudenza costituzionale ha avuto la regola anzidetta [dottrina della rime obbligate], sottacendo altresí le notevoli perplessità che evoca il concetto di attuazione vincolata della Costituzione, quel che interessa qui rilevare è la dificile coesistenza fra siffatta scelta di self-restraint e la richiesta al giudice a quo avanzi il petitum additivo della indicazione del <verso> dell’integrazione domandata. Se l’ammissibilità di una pronunzia di tipo additivo è legata al carattere vincolato dell’aggiunta da operarsi dalla Corte, allora evidentemente la mancata esplicitazione del petitum da parte del giudice rimettente non può assurgere ad autonoma causa de improponibilità della questio legitimatis, poiché: o la soluzione costituzionalmente obbligata per colmare i’llegitimità omissione esiste e allora potrà essere direttamente la Corte a ricavarla, onde restaurare la violata legitmità costituzionale dell’ordinamento (non riteniamo, difatti, che un requisito tecnico-processuale privo di fondamento in diritto positivo possa addiritura arrivare a precludere l’applicazione del <principio di legitimità costituzionale>; oppure essa non sussite, a causa della contemporanea possibilità di piu soluzioni, ma allora non potrà parlarsi di improponibilità della quaestio per carente precisazione del quo-modo della addizione, bensí semmai di inammissibilità della relativa pronunzia da adottarsi, in quanto richiedente alla Corte una decisione che <eccede i propri poteri>, non potendo essa procedere ad una eventuale declaratoria de incostituzionalità, che comporterebbe la sicura invasione della <sfera riservata alle scelte del legislatore>. (Modugno, Franco. Sentenze additive, soluzione costituzionalmente obbligata e declaratoria di inammissibilita per mancata indicazione del verso della richiesta addizione. In: Giurisprudenza costituzionale, v. 35, n. 1/2, p. 522-523, genn./febbr. 1990). [↑](#footnote-ref-394)
395. Modugno, Franco. Sentenze additive, soluzione costituzionalmente obbligata e declaratoria di inammissibilita per mancata indicazione del verso della richiesta addizione. In: Giurisprudenza costituzionale, v. 35, n. 1/2, p. 524, genn./febbr. 1990. [↑](#footnote-ref-395)
396. Essa denominação surge do fato de que, para esse modelo interpretativo, a operação semântica seria secundária e pouco complexa, eis que partiria da precisão denotativa e conotativa da linguagem legal. Assim, os problemas semânticos estaria subordinados aos sintáticos, na medida em que a articulação lógica e sistemática entre os signos legais (Escola da Exegese) ou conceitos normativos (Jurisprudência dos Conceitos) possibilitaria a subsunção do caso à hipótese legal pré-delineada. (Cf. NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito, *in* Direito Constitucional – Estudo em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 358.) [↑](#footnote-ref-396)
397. NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito, *in* Direito Constitucional – Estudo em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 357. [↑](#footnote-ref-397)
398. Marcelo Neves assinala que na escola da exegese a concepção da univocidade dos enunciados normativos resultava de um “culto ao texto da lei”, como a expressão precisa da “intenção do legislador”, que era elevada ao primeiro plano. (Cf. NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito, *in* Direito Constitucional – Estudo em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 357.) [↑](#footnote-ref-398)
399. Ainda para Marcelo Neves, a jurisprudência dos conceitos decorre de uma compreensão do direito como um sistema caracterizado pela “conexão lógica dos conceitos” e a “racionalidade dos fins”, o que implicava uma compreensão do direito que conduz a uma teoria exegética “objetiva”, de acordo com o qual o fim da intepretação jurídica seria “esclarecer o significado da lei como um todo objetivo de sentido”. (Cf. NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito, *in* Direito Constitucional – Estudo em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 357.) [↑](#footnote-ref-399)
400. NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito, *in* Direito Constitucional – Estudo em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 358. [↑](#footnote-ref-400)
401. Com efeito, a radicalização da oposição entre *sentido verdadeiro* e *sentido textual* levou os hermeneutas do séc. XIX a postular um primado da *significação intencionada* sobre o *sentido literal*. Alexandra Araújo Costa bem descreve essa postura hermenêutica: “tanto pela necessidade de haver critérios para suplantar a indefinição da linguagem quanto pela necessidade de recusar a interpretação literal das normas, os juristas do século IXI tipicamente adotaram a postura de que, sempre que houvesse um afastamento entre a palavra dita e o comando intencionado, era este que deveria prevalecer. Portanto, a norma jurídica não era confundida com a letra da lei, de tal forma que não se deveria permitir que efeitos de forma prejudicassem a validade do conteúdo. E, como o conteúdo da norma correspondia à intenção do legislador, e não ao sentido gramatical das palavras que ele escreveu, era preciso elaborar métodos hermenêuticos que garantissem a aplicação efetivado conteúdo normativo. Assim, o método é o instrumento que tenta garantir a objetividade do acesso ao conteúdo dos discursos (ou seja, ao seu significado), apesar das distorções e limitações que o uso da linguagem impõe a sua forma” (COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método : diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.) [↑](#footnote-ref-401)
402. NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito, *in* Direito Constitucional – Estudo em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 359. [↑](#footnote-ref-402)
403. NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito, *in* Direito Constitucional – Estudo em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 364. [↑](#footnote-ref-403)
404. Marcelo Neves aponta, a esse respeito, que da constatação da pluralidade de interpretações possíveis da linguagem jurídica extraem-se consequências as mais contraditórias entre os diferentes modelos teóricos e metodológicos – cf., por exemplo: Kelsen 1960: 348 e ss.; Smend 1968: 236; Erlich 19867: 295; Ross 1968: 116 e ss. Especificamente sobre a ambiguidade e vaguidade da linguagem jurídica, v.: Carrió 1973: 26-33; Koch 1977: 41 e ss; Warat 1984: 76-79 e 1979: 96-100. Em conexão com a função simbólica do Direito, v. tamvém Edelman 1967: 139 e ss. Em contradência, Dworkin (1991a: 133 e ss.), baseado na distinção entre “conceito” e “concepção”, propõe uma releitura da noção de “cláusulas constitucionais vagas”. (NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito, *in* Direito Constitucional – Estudo em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 364). [↑](#footnote-ref-404)
405. Marcelo Neves esclarece: “Em relação à Constituição, que é mais abrangente na dimensão material, pessoal e temporal, essa situação acentua-se. Considerando que no Estado de Direito predomina o princípio da interpretação conforme a Constituição, as questões jurídicas, ao ganharem direta ou indiretamente um significado constitucional, carregam forte potencial de conflito interpretativo. Mas é nas questões diretamente constitucionais em que se observa mais claramente os chamados “casos difíceis”. Nelas a ambuiguidade intensifica-se e vaguidade amplia-se, de tal maneira que se pode observar uma maior sensibilidade da esfera pública em relação às mesmas. Em outras palavras, pode-se afirmar que os “casos constitucionalmente difíceis”, pressupondo uma maior multicidade e implicando divergências mais acentuadas na interpretação do texto constitucional, relacionam-se intimamente com a maior variedade de expectativas presentes na esfera pública sobre o significado da Constituição. Essa variedade de expectativas, por sua vez, é indissociável do dissenso estrutural sobre valores e interesses que caracteriza a esfera pública pluralista”. (NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito, *in* Direito Constitucional – Estudo em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 365). [↑](#footnote-ref-405)
406. Wittgenstein foi um dos precursores dessa corrente filosófica e defendeu, segundo Warat, que faltava ao neopositivismo lógico uma compreensão filosófica adequada dos mecanismos que regem as linguagens ordinárias: enquanto estes estudos se limitavam aos planos sintáticos e semânticos, uma compreensão das linguagens ordinárias dependia de uma análise pragmática. (Cf. Warat, O direito e sua linguagem, p. 63.) Alexandre Araújo Costa esclarecer que, “a partir desse giro pragmático, a filosofia da linguagem passou a desenvolver instrumentos para uma compreensão linguística de problemas históricos, que gradualmente passaram a integrar o instrumental teórico dos filósofos continentais” (COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método : diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 137). [↑](#footnote-ref-406)
407. COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método : diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008. [↑](#footnote-ref-407)
408. A metáfora do círculo hermenêutico na teoria de Gadamer surge para descrever o movimento do intérprete que, a cada volta, em vez de retornar para o mesmo lugar, avança para níveis maiores de complexidade. O significado do todo e das partes são modificados contínua e mutuamente em processo infinito. [↑](#footnote-ref-408)
409. COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método : diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 145) [↑](#footnote-ref-409)
410. NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito, *in* Direito Constitucional – Estudo em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 366. [↑](#footnote-ref-410)
411. Zagrebelsky, G., E Marceno, V., Giustizia Costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012. p. 396-397. [↑](#footnote-ref-411)
412. Leite Sampaio, a esse respeito, afirma que a ideia de norma de decisão criada a *rime obbligate* “nos fazem lembrar as resistências positivistas à compreensao da terefa judicial de colmatação de lacunas jurídicas, que ora desscambam ao puro decisionismo (cfe. Dworkin. 1966: 34, 68; Ascensão. 1994: 352), ora negam qualquer espaço de discricionariedade ou de poder criativo ao juiz, como se fosse o sistema jurídico, em sua determinacyão normative autopoiética, que levasse à solução do caso, esquecendo-se de que é o juiz, ele também, integrante orgânico e functional daquele sistema” (SAMPAIO. José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 180). [↑](#footnote-ref-412)
413. Silvestri, Gaetano. Le sentenze normative della corte costituzionale. In: Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli. Padova : Cedam, 1985. p. 755-794, v. 1., p. 759. [↑](#footnote-ref-413)
414. Modugno, Franco. Sentenze additive, soluzione costituzionalmente obbligata e declaratoria di inammissibilita per mancata indicazione del verso della richiesta addizione. In: Giurisprudenza costituzionale, v. 35, n. 1/2, p. 519-532, genn./febbr. 1990. [↑](#footnote-ref-414)
415. Zagrebelsky, G., E Marceno, V., Giustizia Costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012. p. 397. [↑](#footnote-ref-415)
416. “Em 25 de outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal, em mudança radical de sua jurisprudência, reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e decidiu no sentido de declarar a inconstitucionalidade da omissão legislativa, com a aplicação, por analogia, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. Afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, o Tribunal, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, passou a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória do tema pelo próprio Judiciário. O Tribunal admitiu, portanto, uma moderada sentença de perfil aditivo, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão do mandado de injunção” (STF - MI 670, Rel. Para acórdão Min. Gilmar Mendes; MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes). [↑](#footnote-ref-416)
417. Luís Roberto Barroso recorda a contribuição de Ana Paula Barcellos (Sobre o tema, v. Ana Paula BARCELLOS, *Ponderação, racionalidade e atividade judicial*, 2005.) no sentido de que para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: “(i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos” (Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*, Revista de Direito Administrativo 240:*1, 2005, p. 246-247). [↑](#footnote-ref-417)
418. BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph B. *Constitucional courts as positive legislators: a comparative law study.* Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011, p. 10. [↑](#footnote-ref-418)
419. Luís Roberto Barroso et al., “Notas sobre a questão do legislador positivo”, *Brazilian National Report III,* p. 22. [↑](#footnote-ref-419)
420. BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph B. *Constitucional courts as positive legislators: a comparative law study.* Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011, p. 32. [↑](#footnote-ref-420)
421. Brewer-Carías afirma que “in all the countries that have developed systems to control the constitutionality of statutes, discussions have developed regarding the limits of judicial review, the extent of the effects of the constitutional courts, decisions, and the degree of interference allowed in constitutional states by constitutional courts regarding legislative functions. These discussions have always existed and will continue to exist” (BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph B. *Constitucional courts as positive legislators: a comparative law study.* Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011, p. 35). [↑](#footnote-ref-421)
422. BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph B. *Constitucional courts as positive legislators: a comparative law study.* Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011, p. 36. [↑](#footnote-ref-422)
423. SEGADO, Francisco Fernándes. La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo I (Los sistemas de Justicia Constitucional, las ‘dissentig opinions’ el control de las omisiones legislativas, el control de ‘comunitariedad’). Madrid: Dykinson-Constitucional, 2009. p. 692. [↑](#footnote-ref-423)
424. CALAMANDREI, Piero. *Corte costituzionale e autorità giudiziaria,* en *Rivista di Diritto Processuale,* 1956, I, p. 7 e seguintes, na obra do próprio autor, *Studi sul processo civile*, vol. 6, CEDAM, Padova, 1957, p. 210 e seguintes. [↑](#footnote-ref-424)
425. MODUGNO, Franco. La funzione legislativa complementare della corte costituzionale. In: Giurisprudenza costituzionale, v. 26, n. 8/10, p. 1646-1664 1981, p. 1661. [↑](#footnote-ref-425)
426. Vale sublinhar a síntese dessa orientação jurisprudencual recentemente veiculada em precedente assim ementado: “O efeito vinculante e a eficácia contra todos (“erga omnes”), que qualificam os julgamentos que o Supremo Tribunal Federal profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em consequência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF” (STF, Rcl 13019 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 11-03-2014 PUBLIC 12-03-2014). [↑](#footnote-ref-426)
427. A jurisprudência do STF assim decidiu a questão: “A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico” (STF, MS 32033, Relator Min. GILMAR MENDES, Relator p/ Acórdão:  Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 17-02-2014 PUBLIC 18-02-2014). [↑](#footnote-ref-427)
428. Brewer-Carías, a propósito, afirma: *“In all systems, in accomplishing their functions, constitutional courtsa have always, in some way, assisted the Legislator. At the beginning, in a limited manner, they provided only for the nullity of inapplicability of statutes declared contrary to a Constitution; subsequently, they broadly interpreted the Constitution, and the statutes in conformity with it, giving directives or guidelines to the Legislator to corret the legislative defects”* (BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph B. *Constitucional courts as positive legislators: a comparative law study.* Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011, p. 73). [↑](#footnote-ref-428)
429. ZAGREBELSKY, Gustavo: "La Corte Costituzionale e il legislatore", en "Corte Costituzionale e sviluppo della forma di goberno in Italia", a cura di Paolo BARILE, Enzo CHELI y Stefano GRASSI, Bologna, 1982, pág. 103. [↑](#footnote-ref-429)
430. O produto do ato de interpretar, portanto, é o significado atribuído ao enunciado ou texto (preceito, disposição)” (GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito , 2ª ed., SP, Malheiros, 2003, p. 78). E observa, mais adiante: “As disposições são dotadas de um significado, a elas atribuído pelos que operaram no interior do procedimento normativo, significado que a elas desejaram imprimir. Sucede que as disposições devem exprimir um significado para aqueles aos quais são endereçadas. Daí a necessidade de bem distinguirmos os significados imprimidos às disposições (enunciados, textos), por quem as elabora e os significados expressados pelas normas (significados que apenas são revelados através e mediante a interpretação, na medida em que as disposições são transformadas em normas)” (op. cit., p.79). Prossegue o autor: “A interpretação, destarte, é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições , meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser – a interpretação – uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados ) em normas”. [↑](#footnote-ref-430)
431. Com a decisão aditiva, a declaração de inconstitucionalidade atinge a disposição legal na parte em que não prevê alguma coisa, com a consequente adição, por força da própria sentença, de um fragmento à norma objeto do juízo de inconstitucionalidade. A pronúncia aditiva pressupõe, com efeito, a impossibilidade de superação da norma negativa viciada de inconstitucionalidade pela via interpretativa. A omissão nesse caso só pode ser superada pela produção da norma faltante. [↑](#footnote-ref-431)
432. A propósito, não é demasiado lembrar *“il principio fissato dall’art. 28, l. 87/53, in base al quale la Corte svolge un controllo di sola legittimità, con esclusione di qualsiasi sindicato ‘sull’uso del potere discrezionale del Parlamento’ ”* (V. Malfatti E., PAnizza S., Romboli R., *Giustizia* *costituzionale,* Torino, 2013, p. 323). [↑](#footnote-ref-432)
433. Para Crisafulli o complemento normativo introduzido pelo Tribunal constitui decorrência obrigatória do próprio ordenamento jurídico constitucional, não havendo invasão da competência do Legislativo precisamente porque la Corte non crea, essa, liberamente (come farebbe il legislatore) la norma, ma si limita a individuare quella – già implicata nel sistema, e magari addirittura ricavabile dalle stesse disposizioni costituzionali di cui ha fatto applicazione – mediante la quali riempire immediatamente la lacuna che altrimenti resterebbe aperta nella disciplina della materia, così conferendo alla pronuncia adottata capacità auto applicativa. Una legislazione, se proprio così vuol dirsi (ma descrittivamente) ‘a rime obbligate’, dunque, come altre volte abbiamo avuto occasione di rilevare, che, per ciò solo, vera legislazione no è” (CRISAFULLI, Verzio. *Lezioni di Diritto Costituzionale,* II, L’ordinamento costituzionale italiano, 5. Ed., 1984, p. 407-408). [↑](#footnote-ref-433)
434. As tentativas de encontrar um ponto de equilíbrio na relação entre Corte Constitucional e Poder Legislativo não podem olvidar que esse ponto de equilíbrio é sempre dinâmico e não deve mesmo ser fixado prévia e definitivamente a partir de balizas dotas de excessiva rigidez. A doutrina italiana manifesta essa preocupação em passagem argumentativa assim construída: “la caratterizzazione, in parte politica ed in parte giurisdizionale, delle funzioni svolte e, conseguentemente, dell’organo che le esercita, puo dirsi propria di qualsiasi sistema di giustizia costituzionale, ponendosi la necessità di individuare un giusto punto di equilibrio tra i due momenti, tale da evitare sia l’acceso di una totale giusrisdizionalizzazione della politica, sia, all’inverso, quello di una diretta politicizzazione della giurisdizione. Il suddetto punto di equilibrio non pare comunque possibile, n`e opportuno, indicarlo in anticipo ed in astratto, risultando al fondo il carattere ‘ambiguo’ e la natura ‘bifronte’ della Corte un elemento positivo per un efficace e proficuo svolgimento delle funzioni ad essa assegnate, in quando riconosce al modello quel carattere di ‘flessibilità’ che le consete di adattarsi di volta in volte alle condizioni del sistema politico ed alle differenti realtà che deve affrontare. Una flessibilità, come rilevato da Cheli, che consiste nel riuscire a sviluppare l’una o l’altra anima seconda delle condizioni di omogeneità-disomogeneità, compatezza-frantumazione, efficienza-paralisi, stabilità-instabilità che caratterizza il sistema politico” (V. Malfatti E., PAnizza S., Romboli R., *Giustizia* *costituzionale,* Torino, 2013, p. 318-319). [↑](#footnote-ref-434)
435. Nesse específico, é importante recordar, na esteira da lição de Martín de la Vega, que não parece existir muita diferença entre algumas sentenças interpretativas com interpretações de adequação nas quais se redimensionam hermeneuticamente os supostos considerados incluídos na disposição, e uma sentença aditiva por meio da qual se estende expressamente o âmbito normativo de uma dita disposição. [↑](#footnote-ref-435)
436. Víctor Ferreres Comella, Justicia constitucional y democracia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012. [↑](#footnote-ref-436)
437. Cláudio Souza Neto e Daniel Sarmento sublinham que “uma das clivagens mais importantes da teoria constitucional contemporânea é a que distingue as concepções procedimentalistas das substancialistas. Essa distinção é empregada em dois contextos diferentes, que se interpenetram: ela pode ser usada para discutir o papel da Constituição na sociedade, bem como para debater o espaço adequado da jurisdição constitucional. (...)” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 220-221). [↑](#footnote-ref-437)
438. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 210. [↑](#footnote-ref-438)
439. Nesse sentido, discutindo o papel da Constituição na sociedade, pode-se afirmar que “as teorias procedimentalistas sustentam que o papel da Constituição é definer as regras do jogo politico, assegurando a sua natureza democrática. Isso inclui também a defesa de determinados direitos, que são tidos como pressupostos para o funcionamento da democracia, como as liberdades de expressao e de associação política. O procedimentalistamo defende que as decisões substantivas sobre temas controvertidos no campo moral, econômico, politico etc., não devem estar contidas na Constituição, cabendo ao povo em cada momento deliberar sobre esses temas. O principal fundamento desta posição é o princípio democrático, pois se parte da premissa de que a constitucionalização de uma decisão, por importer na supressao do espaço de deliberação das maiorias políticas futuras, deve ser vista com muita cautela. Já o substancialismo adota posição inversa, sustentando a legitimidade da adoção de decisões substantivas pelas constituição, sobretudo no que concerne aos direitos fundamentais – inclusive direitos que não estão diretamente ligados ao funcionamento da democracia. O neoconstitucionalismo e a teoria da constituição dirigente, antes examinados, se situam claramente no campo do substancialismo, por conceberem papéis bastante ambiciosos para as constituições, que vão muito além da garantia dos pressupostos do funcionamento da democracia.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 221). [↑](#footnote-ref-439)
440. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 221-222. [↑](#footnote-ref-440)
441. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 223-225. [↑](#footnote-ref-441)
442. Lênio Streck sintetiza a concepção de Habermas nos seguintes termos: “o paradigma habermasiano do direito ‘pretende apenas assegurar as condições necessárias, a partir das quais os membros de uma comunidade jurídica, por meio de práticas comunicativas de autodeterminação, interpretam e concretizam ideiais inscritos na Constituição’, onde a ‘função da Corte Constitucional, originária ou não do Poder Judiciário, seria a de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, e não a se de arrogar o papel de legislador político’, não devendo, portanto, a Corte Constitucional transforma-se em ‘guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais’, reservando-se a intervenção do Judiciário apenas para ‘facultar aos excluídos da participação o acesso direto aos ‘poderes implícitos’ ” (STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e decisão jurídica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 190). Em outra passagem, Streck, ainda comentando a contribuição de Habermas para a consolidação de uma concepção procedimentalista do papel da Corte constitucional, afirma que “é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa de formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Entretanto, é necessário livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na ‘comunidade dos intérpretes da constituição -, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor” (STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e decisão jurídica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 161). [↑](#footnote-ref-442)
443. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 225-226. No mesmo sentido, a crítica de Lênio Streck à concepção puramente procedimentalista: “Dito de outro modo, a própria concepção processual não pode abrir mão de juízos de substaância: as inadequações das leis só podem ser resolvidas pela tarefa construtiva dos juízes, e os indivíduos encarregados de conduzir os processos democráticos necessitam de um espírito crítico para compreender a complexidade da própria democracia, sob pena de, a partir de uma formação dogmática e autoritária, construir a antítese do processo democrático. (...) Os procedimentos democráticos constituem, por certo, uma parte importante, mas só uma parte, de um regime democrático, e têm de ser verdadeiramente democráticos no seu espírito.” (STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e decisão jurídica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 155). [↑](#footnote-ref-443)
444. A noção de auto-legislação repousa no paradigma procedimentalista tendente a buscar a manifestação de vontade em igualdade de condições do agir comunicativo, estabelecedoras de regras imparciais reguladoras da ação no mundo da vida. Para Habermas, “sem um respaldo religioso ou metafísico, o direito coercitivo, talhad conforme o comportamento legal, só consegue garantia sia força integradora se a totalidade dos *destinatários* singulares das normas jurídicas puder considerar-se *autora* racional dessas normas. Nesta medida, o direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo” (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1, p. 54). [↑](#footnote-ref-444)
445. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e decisão jurídica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 178. [↑](#footnote-ref-445)
446. Cf., a esse respeito, VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Renan, 1999. [↑](#footnote-ref-446)
447. Para Lênio Streck, “a judicialização da política em países como Brasil é, ao mesmo tempo, inexorável (porque forjada em um context politico-social) e contingencial, na medida em que revela, no mais das vezes, um considerável grau de incompetência do Poder Executivo e do Poder Legislativo (…)” (STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e decisão jurídica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 183). [↑](#footnote-ref-447)
448. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 60, § 4o, limitações materiais ao poder de reforma da Constituição: “§ 4o Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”. [↑](#footnote-ref-448)
449. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e decisão jurídica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 164. [↑](#footnote-ref-449)
450. Inicialmente, o Tribunal adotou soluções normativas fracas, atribuindo, por exemplo, eficácia plena a dispositivo constitucional outrora considerado de eficácia limitada. É o que decidiu o STF no julgamento do mandado de injunção n. 283, assim ementado: “Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessaria ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença liquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossivel, se contem o pedido, de atendimento possivel, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciencia ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadaos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional especifica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiario da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciario, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais tipicos, o provimento necessario a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possivel, a satisfação provisoria do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidencia da Republica; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença liquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniencia de lei não prejudicara a coisa julgada, que, entretanto, não impedira o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favoravel” (STF, MI 283, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991, DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882). [↑](#footnote-ref-450)
451. STF, MI 695, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2007, DJ 20-04-2007 PP-00087 EMENT VOL-02272-01 PP-00001 LEXSTF v. 29, n. 341, 2007, p. 90-94 RDECTRAB v. 14, n. 155, 2007, p. 118-133; STF, MI 278, Relator Min. CARLOS VELLOSO, Relatora p/ Acórdão:  Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2001, DJ 14-12-2001 PP-00028 EMENT VOL-02053-01 PP-00001. [↑](#footnote-ref-451)
452. STF, MI 943, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 30-04-2013 PUBLIC 02-05-2013. [↑](#footnote-ref-452)
453. STF, MI 721, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142. [↑](#footnote-ref-453)
454. O precedente recebeu a seguinte ementa: “RECURSO ORDINÁRIO - PRAZO - MANDADO DE SEGURANÇA - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O silêncio da legislação sobre o prazo referente ao recurso ordinário contra decisões denegatórias de segurança, ou a estas equivalentes, como é o caso da que tenha implicado a extinção do processo sem julgamento do mérito - mandado de segurança nº 21.112-1/PR (AGRG), relatado pelo Ministro Celso de Mello, perante o Plenário, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 29 de junho de 1990, à página 6.220 - é conducente à aplicação analógica do artigo 33 da Lei nº 8.038/90. A oportunidade do citado recurso submete-se à dilação de quinze dias. REVISÃO DE VENCIMENTOS - ISONOMIA. "a revisão geral de remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data" - inciso X - sendo irredutíveis, sob o ângulo não simplesmente da forma (valor nominal), mas real (poder aquisitivo) os vencimentos dos servidores públicos civis e militares - inciso XV, ambos do artigo 37 da Constituição Federal.” (RMS 22307, Relator(a):  Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/1997, DJ 13-06-1997 PP-26722 EMENT VOL-01873-03 PP-00458 RTJ VOL-00163-01 PP-00132). [↑](#footnote-ref-454)
455. Do julgamento resultou a seguinte ementa: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NA REDAÇÁO DADA PELA LEI 10358/2001. 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 discrímen. 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.” (STF, ADI 2652, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2003, DJ 14-11-2003 PP-00012 EMENT VOL-02132-13 PP-02491). [↑](#footnote-ref-455)
456. STF, ADI 3105, Relator Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão:  Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2004, DJ 18-02-2005 PP-00004 EMENT VOL-02180-02 PP-00123 RTJ VOL-00193-01 PP-00137 RDDT n. 140, 2007, p. 202-203. [↑](#footnote-ref-456)
457. STF, ADI 2332 MC, Relator Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2001, DJ 02-04-2004 PP-00008 EMENT VOL-02146-02 PP-00366. [↑](#footnote-ref-457)
458. As tais condicionantes ficaram assim resigidas: “(i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; (v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI; (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; (xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, §2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); (xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); (xix) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.” [↑](#footnote-ref-458)
459. BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph B. *Constitucional courts as positive legislators: a comparative law study.* Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011, p. 94. [↑](#footnote-ref-459)
460. Não há dúvida de que a concretização da Constituição há de ser efetivada, preferencial e fundamentalmente, mediante a promulgação de lei. Os princípios da democracia e do Estado de Direito (art. 1o) têm na lei instrumento essencial. Não se trata aqui apenas de editar normas reguladoras das mais diversas relações, mas de assegurar a sua legitimidade mediante a aprovação por órgãos democraticamente eleitos. [↑](#footnote-ref-460)
461. STF, Pet 2859 MC-segunda, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2005, DJ 20-05-2005 PP-00007 EMENT VOL-02192-2 PP-00333 LEXSTF v. 27, n. 319, 2005, p. 169-202 RTJ VOL-00193-03 PP-00866; STF, ADI 4009, Relator Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 04/02/2009, DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-05 PP-00861; STF, RE 559943, Relator Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-10 PP-02169 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 321-366; STF, ADI 4009, Relator Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 04/02/2009, DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-05 PP-00861; STF, ADI 2904, Relator Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-01 PP-00043; STF, MS 26604, Relator Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-187 DIVULG 02-10-2008 PUBLIC 03-10-2008 EMENT VOL-02335-02 PP-00135 RTJ VOL-00206-02 PP-00626. [↑](#footnote-ref-461)
462. STF, RE 197917, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368; STF, RE, ADI 3819, Relator Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2007, DJe-055 DIVULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008 EMENT VOL-02312-03 PP-00356 RTJ VOL-00206-01 PP-00170; STF, ADI 3458, Relator Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2008, DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-02 PP-00350 RTJ VOL-00205-02 PP-00665 LEXSTF v. 30, n. 354, 2008, p. 87-109; STF, ADI 3022, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2004, DJ 04-03-2005 PP-00010 EMENT VOL-02182-02 PP-00189 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 96-115 RDA n. 240, 2005, p. 287-297 RTJ VOL-00193-01 PP-00117. [↑](#footnote-ref-462)
463. Há precedente, por exemplo, criando norma jurídica idêntica àquela declarada inconstitucional entre a edição da EC 45 e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade: STF, ADI 3660, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2008, DJe-083 DIVULG 08-05-2008 PUBLIC 09-05-2008 EMENT VOL-02318-01 PP-00045 RTJ VOL-00205-02 PP-00686 LEXSTF v. 30, n. 355, 2008, p. 102-127. [↑](#footnote-ref-463)
464. Flávio Beicker, a propósito, cita como exemplo a ressalva dos efeitos patrimoniais de declaração de inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime em determinadas condenações por prática de crime hediondo, para que o Estado não se visse obrigado a indenizar o condenado cujo direito à progressão de regime havia sido negado. (Cf. BEICKER, Flávio. “O STF e a dimensão temporal de suas decisões – a modulação de efeitos e a tese da nulidade dos atos normativos inconstitucionais”, in: Adriana Vojvodic, Henrique Pinto, Paula Gorzoni e Rodrigo P. de Souza, Jurisdição Constitucional no Brasil, São Paulo: Malheiros, 2012.p. 294.) [↑](#footnote-ref-464)
465. Como aduz precisamente Cláudio Pereira de Souza Neto em artigo doutrinário, “*Se a norma a ser concretizada possuir muito pouca densidade normativa, não há como se atribuir ao Judiciário a prerrogativa de concretizá-la pela via da elaboração de norma regulamentadora, justamente pela ausência de fundamento constitucional provido de objetividade mínima. É o caso, por exemplo, do art. 5º, XXXII, segundo o qual ‘o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor’. As referências normativas inscritas no texto constitucional são tão fluidas que o Judiciário não possui qualquer base objetiva para elaborar a regulamentação. Observe-se que a Constituição também fixa prazo para a edição da norma regulamentadora. De acordo com o art. 48 do ADCT, ‘o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor’. Embora aqui a Constituição também fixe prazo, a hipótese é bem diferente da do art. 8º, §3º, do ADCT, que estabelecia prazo para que o legislador definisse critérios para a concessão de indenização para indivíduos vitimados por certas ações do Estado durante o regime militar. Enquanto nesta última hipótese há razoável densidade normativa, bastando ao Judiciário atuar em conformidade com os padrões tradicionalmente aplicáveis à responsabilidade civil do Estado, no que toca à proteção do consumidor, o texto constitucional está vazado em termos de pouquíssima densidade normativa, não fornecendo nenhum parâmetro para a elaboração da regulamentação. Embora não se possa mais diferenciar, peremptoriamente, a função legislativa da função jurisdicional através da distinção entre criação e aplicação do direito, também é certo que as decisões judiciais não podem ‘nascer do nada’, mas devem buscar fundamento de validade em norma anterior, cujo dispositivo revele minimamente qual sentido o constituinte decidiu lhe imprimir.”* (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de2007SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse Público*, v. 43, p. 97-116, 2007). [↑](#footnote-ref-465)
466. Os autores, adverte Carlos Blanco de Morais, “*lograram sedimentar uma orientação doutrinal que se veio a tornar dominante e que considera apenas admissíveis as sentenças aditivas de carácter correctivo e integrativo que decorram diretamente da Constituição e não se defrontem com opções políticas alternativas no preenchimento de uma lacuna axiológica ou técnica”*. (*As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 59). [↑](#footnote-ref-466)
467. MORAIS, Carlos Blanco de. *As sentenças intermédias da justiça constitucional.* Lisboa: AAFDL, 2009. p.58. [↑](#footnote-ref-467)
468. Zagrebelsky, G., E Marceno, V., Giustizia Costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012. p. 395. [↑](#footnote-ref-468)
469. COMELLA, Víctor Ferreres. *Una defense del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Marcial Pons. 2011. P. 91. [↑](#footnote-ref-469)
470. O argumento é sequenciado pela seguinte ponderação: “Se il diritto non `e più di un solo soggetto (il legislatore), ma è oggetto delle cure di tanti, ci`o non significa che non esistano compiti propri e non sovrapponibili. Non significa che quelle cure siano caos generale. Le creatività della giurisprudenza è subordinata e strumentale a un fine specifico, l’armonizzazione della legislazione ai principi costituzionali. Il canone dell’interpretazione conforme vale non come strumento di libera creazione, ma come strumento per la realizzazione del fine predefinito. Il rischio `e che, dietro lo schermo della interpretazione conforme come potere-dovere della giurisprudenza, si celi l’arbitrio interpretativo che sovverte il principio della soggezione del giudice alla legge. La questione è per natura controversa: quello che per uno è interpretazione conforme, per un altro è arbitrio. L’interpretazione è sempre, e per sempre, terreno di contrasto” (Zagrebelsky, G., E Marceno, V., Giustizia Costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012. p. 378). [↑](#footnote-ref-470)
471. Atento à impossibilidade de estabelecer como premissa legitimadora da atividade normativa desempenhada pela Corte Constitucional a vinculação do conteúdo normativo inserido por meio da sentença a uma solução previa e constitucionalmente obrigatória, Zagrebelsky propõe, como visto anteriormente, uma outra forma de compreender a doutrina *rime obbligate*: “la metafora delle *<<rime obbligate>>* ha tuttavia un significato, un significato che non `e descrittivo (la Corte quando <<manipola>> le leggi non obbedisce a <<obblighi>>), ma prescrittivo: svolgere, non stravolgere. Lo <<svolgimento>> non `e obbligato nel contenuto ma, data la funzione in cui in controllo di costituzionalità `e inserito, `e necessario: la funzione giurisdizionale, a contatto con casi da risolvere” (Zagrebelsky, G., E Marceno, V., Giustizia Costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012. p. 397). [↑](#footnote-ref-471)
472. O Ministro Gilmar Mendes esclarece sua concepção a respeito da solução constitucionalmente obrigatória (*rime obbligate*) nos seguintes termos: “No caso do direito de greve dos servidores públicos, afigurava-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 9o, *caput*, c/c o art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua (CF, art. 9o, § 1o), de outro. Evidentemente, não se outorga ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição ou não da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderá adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderá deixar de reconhecer o direito previamente definido na Constituição. Identifica-se, pois, na hipótese, a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina.” (Palestra proferida na Universidade de Columbia, NY. (Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/OmisaoLegislativa_v_Port.pdf>. Acesso em 10.09.2014). [↑](#footnote-ref-472)
473. A função normativa exercida pelo Supremo Tribunal Federal no acolhimento da pretensão de injunção foi assim resumida pelo Ministro Eros Grau: “O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado. Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada, atuará como texto normativo a ser interpretado/aplicado. (...) A este Tribunal incumbirá – permito-me repetir – se concedida a injunção, remover o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto, norma enunciada como texto normativo, logo sujeito a interpretação pelo seu aplicador. (...) No mandado de injunção, o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito da impetrante, servidora pública, à aposentadoria especial” (STF – MI 1.034). [↑](#footnote-ref-473)
474. STF – MI 1841 AgR, Relato  Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2013. [↑](#footnote-ref-474)
475. Zagrebelsky, G., E Marceno, V., Giustizia Costituzionale, Il Mulino, Bologna, 2012. p. 397. [↑](#footnote-ref-475)
476. Cass Sustein defende que cortes minimalistas, adequadas às sociedades pluralistas contemporâneas, ao tentar equalizar grandes disputas, limitam-se a argumentações modestas, evitando a inflexibilização das posição e fomentando a deliberação democrática nas instituições politicamente responsáveis. (SUSTEIN, Cas. One case at the time: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambrige: Harvard University Press, 2001) [↑](#footnote-ref-476)
477. No original, “[...] peaple can often reach agreement on an analogy when they disagree about the most complex theoretical issues” (SUSTEIN, Cas. One case at the time: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambrige: Harvard University Press, 2001) [↑](#footnote-ref-477)
478. Como Cláudio Souza Neto já teve ocasião de sustentar em artigo doutrinário, “A esfera em que se legitima a atuação judicial positiva é, portanto, a do sistema de direitos fundamentais. O que estiver além disso, em regra, deve ser concretizado por meio da atuação do Executivo e do Legislativo” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de2007SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse Público*, v. 43, p. 97-116, 2007). [↑](#footnote-ref-478)
479. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de2007SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse Público*, v. 43, p. 97-116, 2007. [↑](#footnote-ref-479)
480. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de2007SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse Público*, v. 43, p. 97-116, 2007. [↑](#footnote-ref-480)
481. Portanto, não se defende aqui um ponto de vista meramente “decisionista”. Sobre essa vertente do pensamento jurídico, cf. SCHMITT, Carl. *Political theology*: four chapters on the concept of sovereignty. Trad. George Schwab. Cambridge, Mass.; London: The MIT Press, 1988. p. 9-13 e 32-33. [↑](#footnote-ref-481)
482. A oposição metodológica entre as concepções binária e gradualista de interpretação do direito recebeu interessante tratamento dogmático em recente obra de Conrado Hubner Mendes, *in verbis*: “*Há duas maneiras de se pensar em conceitos políticos e jurídicos que se manifestam em diversas partes deste texto. Poderíamos chamar esses dois estilos analíticos de binarismo e gradualismo. Binário é o raciocínio estruturado a partir de dicotomias abrangentes e rígidas, isto é, limita-se a verificar se um objeto tem ou não determinada qualidade (por exemplo: se um regime é democrático ou autoritário, se alguém é de esquerda ou de direita, se uma lei é constitucional ou inconstitucional). Gradualista, por sua vez, é o raciocínio que nos permite avaliar a medida de certa qualidade, o grau de realização de determinado ideal. Não se preocupa em dizer se algo é ou não é, mas em que medida algo é ou não é, o quanto se aproxima ou se distancia desse ideal (da democracia, da esquerda e assim por diante). Não se acomoda à definição do modelo ideal, mas desenvolve parâmetros de mensuração e defende que pontos mais próximos do ideal são, obviamente, mais desejáveis. Verbos como maximizar e minimizar, aproximar e distanciar, aumentar e diminuir, favorecer e desfavorecer, aperfeiçoar e piorar, progredir e retroceder são os mais apropriados para uma análise gradualista. (...)Antes que se rejeite, pura e simplesmente, o valor de oposições conceituais, deve-se levar em conta que, no gradualismo, há um elemento binário sem o qual ele não consegue operar. Ele não abre mão, na maioria das vezes, de dicotomias, mas as submete a um tratamento diferente: em vez de girar em torno de duas categorias estanques, pega-as emprestado e as trata como tipos-puros, que jamais se realizam por inteiro na realidade, mas em diferentes graus. Além disso, a estratégia gradualista precisa postular e convencionar alguma fronteira, algum limiar a partir do qual o objeto estudado passa a estar mais próximo de um dos extremos do contínuo (o limiar a partir do qual, por exemplo, um regime deixa de ser chamado de autoritário e passas a ser considerado democrático).* (Trecho de: Conrado Hübner Mendes. “Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação.” iBooks). [↑](#footnote-ref-482)
483. Trecho de: Conrado Hübner Mendes. “Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação.” iBooks. [↑](#footnote-ref-483)
484. Em perspectiva claramente procedimentalista, adverte John Hart Ely que o Poder Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger direitos e valores diretamente relacionados com o funcionamento da democracia. (Cf. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980). Na mesma trilha, a jurista canadense Christine Bateup preleciona que o uso judicial das *virtudes passivas* promove o diálogo constitucional por propiciarem aos poderes políticos de governo, em conjunto com a sociedade, a oportunidade de debater e resolver questões constitucionais divisoras por meio de canais democráticos. (BATEUP. Christine. The Dialogic Promisse. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71 (3), 2006, p. 1.132). [↑](#footnote-ref-484)
485. SEGADO, Francisco Fernándes. La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo I (Los sistemas de Justicia Constitucional, las ‘dissentig opinions’ el control de las omisiones legislativas, el control de ‘comunitariedad’). Madrid: Dykinson-Constitucional, 2009. p. 182. [↑](#footnote-ref-485)
486. Luís Roberto Barroso et al., “Notas sobre a questão do legislador positivo”, *Brazilian National Report III,* p. 28-33. [↑](#footnote-ref-486)
487. BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph B. *Constitucional courts as positive legislators: a comparative law study.* Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011, p. 177. [↑](#footnote-ref-487)
488. O sistema de controle jurisdicional das omissões não constitui, no Brasil, mera criação jurisprudencial. É a própria Constituição que estabelece não apenas a possibilidade de realização desse controle, mas também autoriza a adoção de soluções normativas pelo próprio Judiciário como meio para superar o estado de omissão inconstitucional. Não faz sentido argumentar que a criação judicial de normas, nesse contexto, fere a separação de poderes, pois esta existe nos limites e condições estabelecidos na Constituição. [↑](#footnote-ref-488)
489. A doutrina, de modo bastante generalizado, adotou a lição de Crisafulli no sentido de identificar as sentenças aditivas como aquelas nas quais a Corte constitucional declara a inconstitucionalidade “da omissa previsão de alguma coisa” por uma disposição ou aprecia sua inconstitucionalidade “na parte em que não prevê alguma coisa”. (Cf. Vezio CRISAFULLI: *Lezioni di Diritto costituzionale*, vol, II (L’ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale), 5a edizione rivedutta, CEDAM, Padova, 1984.) [↑](#footnote-ref-489)
490. Como lembra Eros Grau, “*O produto do ato de interpretar, portanto, é o significado atribuído ao enunciado ou texto (preceito, disposição)*” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2ª ed. SP: Malheiros, 2003. p. 78). E observa, mais adiante: “*As disposições são dotadas de um significado, a elas atribuído pelos que operaram no interior do procedimento normativo, significado que a elas desejaram imprimir. Sucede que as disposições devem exprimir um significado para aqueles aos quais são endereçadas. Daí a necessidade de bem distinguirmos os significados imprimidos às disposições (enunciados, textos), por quem as elabora e os significados expressados pelas normas (significados que apenas são revelados através e mediante a interpretação, na medida em que as disposições são transformadas em normas)”* (op. cit., p.79). [↑](#footnote-ref-490)
491. Francisco Fernández Segado afirma que “há de admitir-se uma certa tensão entre a Corte e os órgãos legislativos entra na própria fisiologia do sistema; no entanto, essa tensão há de manter-se dentro de limites razoáveis. E sendo assim, não parece que este tipo de sentença [sentença manipulativa] deva ser condenada aprioristicamente desde do ponto de vista jurídico, mas também como aduz Pizzorusso, o pertinente deve ser que tais decisões sejam valoradas em termos de oportunidade. Se trata de determinar se as soluções nelas adotadas, enquanto juridicamente defensáveis, superam os limites do *judicial self-restraint*, que especialmente em determinadas hipóteses representa o limite mais autêntico frente à atividade do juiz” (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado” (III tomos), Dykinson, 2009, p. 701). [↑](#footnote-ref-491)
492. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003. p. 225. [↑](#footnote-ref-492)
493. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA, Belo Horizonte, ano 13, n. 74, p. 65-75, mar./abr. 2014. Parecer. [↑](#footnote-ref-493)
494. Francisco Fernandés Segado sugere não haver maiores dúvidas quanto ao fato de que “a ideia primeira dos constituintes era a de criar, através do mandado de injunção, um instituto processual que impedisse a ineficácia dos direitos constitucionais como resultado da ausência de uma pertinente normação de desenvolvimento”. Segundo esse autor, “ainda muito antes de que se alcunhasse a <<etiqueta de marca>> do instituto, a Comissão Afonso Arinos, em seu anteprojeto constitucional, como já se viu, explicitava esta preocupação, coletando em seu texto mecanismos com os quais fazer frente às omissões que inviabilizassem os direitos constitucionais” (ob. cit. p. 939). Coerente com esse ponto de vista, o autor, mais a frente, na mesma obra, chama atenção para o fato de que a decisão proferida no mandado de injunção revela uma forma de expressão das sentenças aditivas ou modificativas (ob. cit. 1096). [↑](#footnote-ref-494)
495. José da Silva Pacheco: O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas, 2a ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, p. 290. [↑](#footnote-ref-495)
496. Cf., por todos, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado” (III tomos), Dykinson, 2009, p. 1014. [↑](#footnote-ref-496)
497. RAMOS TAVARES, André: *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva, 5 ed., São Paulo, 2007, p. 906. [↑](#footnote-ref-497)
498. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *Curso de Direito Constitucional*, 20a ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1993, p. 275. [↑](#footnote-ref-498)
499. A esse respeito, vale sublinhar a expressiva lição de Francisco Fernándes Segado: “Evidentemente, se o Supremo Tribunal Federal é, em que pese seu norma, um Tribunal Constitucional, suas decisões hão de ser avaliadas desde pautas de comportamentos comuns que regem a vida destes órgãos, que tempo atrás deixaram de ser legisladores negativos, para utilizar a repetida expressão kelseniana, para atuar, dentro de certos limites, que cremos ter exposto, mais ou menos explicitamente, ao largo dessas páginas, como verdadeiros legisladores positivos, sem que isso suscite uma automática desqualificação por se entender que assim se vulnera o princípio da divisão de poderes” (ob. cit. p. 1098). [↑](#footnote-ref-499)
500. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA, Belo Horizonte, ano 13, n. 74, p. 65-75, mar./abr. 2014. Parecer. [↑](#footnote-ref-500)
501. R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 54. [↑](#footnote-ref-501)
502. Pinardi, citando Pinelli (C. PINELLI, Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale, in Dir. Pubbl. 2001, p. 109), chama a atenção para o fato de que “quanto mais releveante o bem da vida em jogo, mais a conformação do caso surge como um elemento crucial do juízo, menos a Corte pode desprezar os efeitos de suas decisões sobre o bem da vida” (R. PINARDI, L’ horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore, Milano, 2007. p. 59). [↑](#footnote-ref-502)
503. STF, MI 712, Relator Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384. [↑](#footnote-ref-503)
504. Sergio Moro, por exemplo, embora defenda a competência normativa do STF, afirma que a Constituição não chega a reconhecer de forma expressa essa competência: “Mesmo no contexto do direito positivo brasileiro não se encontra vedação à atuação do juiz constitucional como legislador positivo. É certo que a Constituição brasileira não autoriza expressamente o juiz a suprir eventual omissão inconstitucional como legislador positivo. No entanto, cumpre reconhecer que ela também não proíbe expressamente atividade dessa espécie. No tocante ao controle de inconstitucionalidade por ação, deve-se destacar que também inexiste autorização expressa na Constituição para que o juiz invalide lei que reupte inconstitucional. Há certos dispositivos que reconehcem a competência do juiz para declarar que determinado ato normativo é inconstitucional. Contudo, a teoria constitucional mais avançada reconhece que da declaração de inconstitucionalidade não decorre necessariamente a invalidação do ato controlado, ou, pelo menos, a invalidação retroativa. Se não existe nem se exigte autorização constitucional expressa para que o juiz extraia as consequências da declaração de inconstitucionalidade nos casos de controle por ação, qual a razão de se exigir tal autorização nos casos de controle por omissão? (...) (SERGIO, Fernando Moro, Jurisdição Constitucional como Democracia, 2004, Revista dos Tribunais, p. 241). Em sentido contrário, sustentando que a Constituição reconhece expressamente essa competência normative judicial, podem-se citar: PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 134-182; SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo.23. ed. [↑](#footnote-ref-504)
505. ZAVASCKI, Teori. Mandado de Injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009 in Mandado de Injunção, Estudos sobre sua regulamentação, org. MENDES, Gilmar, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Lima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 82. [↑](#footnote-ref-505)
506. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 130-132. [↑](#footnote-ref-506)
507. KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Mandado de Injunção como Poder- Atribuição in Mandado de Injunção, Estudos sobre sua regulamentação, org. MENDES, Gilmar, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Lima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 323. [↑](#footnote-ref-507)
508. KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Mandado de Injunção como Poder- Atribuição in Mandado de Injunção, Estudos sobre sua regulamentação, org. MENDES, Gilmar, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Lima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 315. [↑](#footnote-ref-508)
509. KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Mandado de Injunção como Poder- Atribuição in Mandado de Injunção, Estudos sobre sua regulamentação, org. MENDES, Gilmar, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Lima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 329. [↑](#footnote-ref-509)
510. STF, ADI 875, 1987, 2727, 3243, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 29.4.2010. Na ocasião, o Tribunal reconheceu a omissão parcial quanto à regulamentação do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. A Corte então adotou técnica diferenciada de decisão, aplicando o art. 27 da Lei n.° 9.868/99, para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2o, incisos I e II, §§ 1o, 2o e 3o, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.o 62/1989 (Lei dos Fundos de Participação dos Estados), assegurando a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012. [↑](#footnote-ref-510)
511. Para Cláudio Souza Neto, *“[o] fato de as ‘condições para a cooperação na deliberação democrática fornecerem o parâmetro para que a jurisdição constitucional exerça sua função antimajoritária não implica que a definição do escopo de tais condições esteja fechada ao potencial racionalizador do debate público. As próprias decisões proferidas no âmbito da jurisdição constitucional tendentes à garantia daqueles pré-requisitos, devem se justificar perante a crítica pública. Uma das características centrais do modelo deliberativo é justamente essa “validação recursiva” das condições que tornam a deliberação possível. Por isso, não é correto afirmar que os direitos fundamentais estejam completamente “fora da agenda” do debeta público. Tais direitos estão em constante “mutação”, e a recepção dessa mutação por parte das cortes constitucionais deve se dar discursivamente. Todavia, inobstante essa possibilidade mutação, não se invalidam as teses de que a democracia depende, para o seu pleno funcionamento, do respeito a pressupostos centrados nas ideias de igualdade e liberdade, e de que tais pressupostos devam ser institucionalizados através do estado de direito e garantidos contra a ação erosiva das maiorias eventuais. O que se invalida é a ideia de uma corte constitucional autônoma em relação à soberania popular a ponto de estar desonerada de justificar suas decisões”* (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 26). [↑](#footnote-ref-511)
512. Cf., por todos, José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9a ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 449; Sergio Bermudes, “O mandado de injunção”, *in RT* no 642, vol. 78, abr. 1989, pp. 21/ 22. [↑](#footnote-ref-512)
513. Nesse sentido, a valiosa contribuição de Lobo Torres, que excluía da seara de proteção os direitos econômicos e sociais, aos quais não atribuía fundamentalidade. Cf. Ricardo Lobo Torres, “O mandado de injunção e a legalidade financeira”, *in Revista de Direito Administrativo* no 187, jan./mar. 1992, pp. 104 e ss. [↑](#footnote-ref-513)
514. Cláudio Pereira de Souza Neto recorda, no ponto, a doutrina construída em torno do conceito de direitos materialmente fundamentais: “A ‘fundamentalidade formal’ deriva da circunstância de a norma estar prevista no catálogo expresso de direitos fundamentais. Ocorre que nem todos os preceitos formalmente fundamentais possuem fundamentalidade material em toda a sua extensão. Sobretudo quanto aos direitos sociais, o mais freqüente é que a fundamentalidade material se restrinja ao núcleo essencial do direito, estabelecido por derivação do princípio da dignidade humana. O tema da fundamentalidade material foi assim examinado por Canotilho: ‘A idéia de fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Prima facie, a fundamentalidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a funda- mentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à Constituição escrita e à idéia de fundamentalidade formal, como o demonstra a tradição inglesa das *Common-Law Liberties*. Por outro lado, só a idéia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos material mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16o/1o); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamen- tais. Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em cláusula aberta ou em princípio da não tipicidade dos direitos funda- mentais’. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3a ed., Coimbra, Almedina, 1999, pp. 355/356. Sobre o tema, cf. ainda Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2a ed. rev. e atual., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse Público*, v. 43, p. 97-116, 2007.) [↑](#footnote-ref-514)
515. A compreensão mais atual é no sentido de que a norma jurídica deve ser entendida como instrumento de comunicação, concepção em grande medida devida à contribuição de Habermas (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2.). O emissor deve garantir que a norma jurídica, como ato de comunicação, aporte com segurança e precisão aos seus destinatários. A legitimidade garantida pelo processo de auto-legislação proposto por Habermas a partir do engajamento individual no processo de produção normativa constitui ponto de partida seguro para o incremento de eficácia do ato de comunicação proposto pela norma jurídica. A noção de auto-legislação repousa no paradigma procedimentalista tendente a buscar a manifestação de vontade em igualdade de condições do agir comunicativo, estabelecedoras de regras imparciais reguladoras da ação no mundo da vida. Para Habermas, “sem um respaldo religioso ou metafísico, o direito coercitivo, talhad conforme o comportamento legal, só consegue garantia sia força integradora se a totalidade dos *destinatários* singulares das normas jurídicas puder considerar-se *autora* racional dessas normas. Nesta medida, o direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo” (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1, p. 54). [↑](#footnote-ref-515)
516. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse Público*, v. 43, p. 97-116, 2007. [↑](#footnote-ref-516)
517. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse Público*, v. 43, p. 97-116, 2007. [↑](#footnote-ref-517)
518. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. [↑](#footnote-ref-518)
519. Os parâmetros a seguir indicados constam em SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel. Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de trabalho. Op. Cit., p. 460-463. [↑](#footnote-ref-519)
520. A expressão, gestada na clássica obra de Alexander Bickel – *The Least Dangerous Branch.*  New Haven: Yale University Press, 1964 –, coloca luzes sobre a legitimidade democrática do ativismo judicial na jurisdição constitucional, pois juízes não eleitos acabam invalidando decisões tomadas pelo legislador escolhido pelo povo, fazendo uso, não raro, de interpretações de normas constitucionais de textura extremamente aberta, sujeitas, portanto, às mais diversas leituras no mundo da vida. [↑](#footnote-ref-520)
521. Na linha procedimentalista, as obras clássicas são: John Hart Ely. *Democracy and Distrust.* Cambridge: Harvard University Press, 1980, e Jürgen Habermas. *Direito e Democracia entre facticidade e validade.* 2 v. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. [↑](#footnote-ref-521)
522. No Brasil, é corrente a ideia de que a fundamentalidade material dos direitos deve ser aferida tendo como vetor interpretativo a sua correlação com o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Luís Roberto Barroso, defensor dessa posição, afirma: “[...] é a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, que devem rece- ber proteção máxima, independentemente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do tipo de prestação a que dão ensejo” (BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 179). Defendendo uma corrente alternativa, embora parcialmente coincidente, no sentido de que são considerados materialmente fundamentais apenas aqueles direitos que configuram condições para a cooperação na deliberação democrática, pode-se citar a importante contribuição de Cláudio Pereira de Souza Neto (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”*, Arquivos de Direitos Humanos,* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, vol. IV, 2002). [↑](#footnote-ref-522)
523. Em ordem a esclarecer o sentido da expressão *condições de funcionamento da democracia*, Cláudio Souza Neto afirma: “As condições que possibilitam a instauração de um contexto adequado para a cooperação democrática são, por esse motivo, elementos constitutivos da democracia deliberativa, compondo o seu núcleo essencial. O conceito que norteia a concepção democrático-deliberativa aqui defendida é o de ‘condições para a cooperaçãoo na deliberação democrática’. (...) As condições procedimentais da democracia têm como papel estabelecer um contexto propício à prevalência de ações comunicativas, i.e., propício à busca cooperativa do entendimento. Por essa razão, é de se pressupor que a noção de ‘condições procedimentais da democracia’, tal como formulada por Habermas, abarque também direitos cujo respeito seja fundamental para o sentimento de pertencimento à comunidade política em um contexto de pluralismo; direitos sem os quais diversas parcelos do *demos* não se veriam motivas a cooperar” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 8-9). [↑](#footnote-ref-523)
524. Em expressa passagem argumentativa, Cláudio Souza Neto reafirma o entrelaçamento dos direitos fundamentais à democracia: “Mas para que essa função se realize, a deliberação deve se dar em um contexto aberto, livre e igualitário. Todos devem participar. A participação deve ocorrer livre de qualquer coerção física ou moral. Todos devem ter, de fato, iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir. Esses pressupostos de uma deliberação justa e eficiente são institucionalizados através do estado de direito, que é, entendido, portanto, como condição, requisito ou pressuposto da democracia. De fato, não há verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais. Quando as cortes constitucionais os garantem contra a vontade da maioria ou diante de sua inércia, não estão violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para sua plena realização” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 3-4). [↑](#footnote-ref-524)
525. Cláudio Souza Neto lebra que “a teoria democrático-deliberativa procura se situar na esfera da ‘neutralidade política’, ao propugnar por um núcleo material da Constituição capaz de obter a adesão das mais diversas ‘doutrinas abrangentes razoáveis’, sem negar nenhuma delas. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 10-11). [↑](#footnote-ref-525)
526. Antes de identificar a abrangência dessa categoria, cumpre esclarecer, na esteira de Calos Bernal Pulido, que *“o direito fundamental é um todo, o feixe (Bundel) de normas de direito fundamental e posições de direito fundamental que são classificadas interpretativamente como uma disposição fundamental (R. Alexy, Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main, 2006, o. 54 e seguintes e 163 e ss.). Os direitos fundamentais são direitos subjetivos com propriedades específicas”* (PULIDO, Carlos Bernal. A fundamentalidade dos direitos fundamentais, *in* Tratado de direito constitucional, volume I: constituição, política e sociedade. Coord. Felipe Dutra Asensi, Daniel Giotti de Paula. 1a ed – Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 387). [↑](#footnote-ref-526)
527. Para Carlos Bernal Pulido, “é preciso considerar ainda que essas quatro condições expressam graus de segurança decrescente na determinação da fundamentalidade. Assim, (1) expressa relativamente o grau mais alto de segurança e (4) o grau relativamente mais baixo de segurança” (PULIDO, Carlos Bernal. A fundamentalidade dos direitos fundamentais, *in* Tratado de direito constitucional, volume I: constituição, política e sociedade. Coord. Felipe Dutra Asensi, Daniel Giotti de Paula. 1a ed – Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 395). [↑](#footnote-ref-527)
528. O autor afirma, a propósito: “Os direitos fundamentais definem o indivíduo político como livre, autônomo nos privado e público, iguais face a outros indivíduos e como portadores (Trager) de determinadas necessidades básicas. A proteção dessa liberdade, autonomia e igualdade e o atendimento dessas necessidades é o objetivo do Estado. Esses objetivos, a um só tempo, exigem e justificam a ação estatal, que se encontra condicionada pela proibição tanto do excesso quanto da omissão. Aos interesses fundamentais do indivíduo político – liberdade, autonomia, igualdade – junta-se a satisfação de determinadas necessidades fundamentais. Estas devem ser consideradas enquanto propriedades materiais para a definição dos direitos fundamentais na moral e – por meio da institucionalização da moral – no direito. Elas conformam o conceito triádico de indivíduo político a ser investigado no que se segue. Esse conceito possui três dimensões: a dimensão liberal do indivíduo, a dimensão democrática do indivíduo e a domensao do bem-estar (*sozialstaatlichen*) do indivíduo. As propriedades materiais da fundamentalidade dos direitos fundamentais consistem em outras propriedades necessárias à dignidade humana e para o desenvolvimento de um indivíduo liberal, democrático e protegido pelo Estado de bem-estar social” (PULIDO, Carlos Bernal. A fundamentalidade dos direitos fundamentais, *in* Tratado de direito constitucional, volume I: constituição, política e sociedade. Coord. Felipe Dutra Asensi, Daniel Giotti de Paula. 1a ed – Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 397). [↑](#footnote-ref-528)
529. PULIDO, Carlos Bernal. A fundamentalidade dos direitos fundamentais, *in* Tratado de direito constitucional, volume I: constituição, política e sociedade. Coord. Felipe Dutra Asensi, Daniel Giotti de Paula. 1a ed – Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 400. [↑](#footnote-ref-529)
530. Compartilha-se, no ponto, a posição de Rodrigo Brandão, que recusa a tese de Sarlet no sentido de que todos os direitos fundamentais sob o prisma formal também o são materialmente: *“Verifica-se do exposto que o insigne Professor de Direito Constitucional da PUC/RS considera que os direitos formalmente fundamentais necessariamente também o são em sentido material, pois a admissão da existência de direitos apenas formalmente fundamentais, despidos de proteção superconstitucional, significaria tolerar que os poderes constituídos (inclusive a jurisdição constitucional) se substituíssem ao constituinte na determinação das posições jurídicas merecedoras de proteção jusfundamental, a par de correr-se “sério risco de eliminar “autênticos” direitos fundamentais”. Em que pese à inequívoca autoridade de Ingo Sarlet, certamente um dos maiores, senão o maior especialista brasileiro na temática dos direitos fundamentais, a exegese acima sumariada não nos parece a melhor. Perscrutando o primeiro argumento, se revela, de fato, indubitável que, no bojo de uma sociedade pluralista, compete à deliberação do povo a determinação dos direitos fundamentais que lhes são aplicáveis, porquanto não se compatibiliza com o princípio democrático a atribuição a juízes-filósofos do poder de revelar o sentido oculto desses direitos, em interpretação cogente a todos, e imune ao poder deliberativo do povo e dos seus representantes. A assertiva de Sarlet não descura, portanto, do déficit de legitimidade dos juízes para a completa liberdade na identificação dos direitos materialmente fundamentais, como corolário do princípio democrático.”* (BRANDÃO, Rodrigo. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4o, Iv da CF/88. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 10, abril/maio/junho, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 13 de agosto de 2014). [↑](#footnote-ref-530)
531. *Democracy and Distrust.* 11printing. Cambridge: Harvard Univesity Press, 1995, p. 173-179. [↑](#footnote-ref-531)
532. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade.* Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 159-160. [↑](#footnote-ref-532)
533. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 10. [↑](#footnote-ref-533)
534. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”*, Arquivos de Direitos Humanos,* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, vol. IV, 2002. [↑](#footnote-ref-534)
535. Em outro trabalho, agora em co-autoria com Daniel Sarmento, o autor defende que “respeitadas suas condições procedimentais, a soberania popular deve ter amplas possibilidades de decisão” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 224). [↑](#footnote-ref-535)
536. Cláudio Souza Neto afirma que, em linhas gerais, as teorias democrático-deliberativas costumam compartilhar das seguintes premissas: *“1) As sociedades contemporâneas são plurais, complexase e multiculturais, convivendo em seu interior inúmeras doutrinas compreensivas de caráter moral, filosófico, religioso, econômico e existencial, i. e., inúmeras concepções, individuais e coleticas, cerca do que vem a ser vida dgna, sendo inviável um consenso generalizado sobre o conteúdo das normas jurídicas e dos fins que devem ser perseguidos pelo estado. 2) Tendo-se em vista a impossibilidade desse amplo consenso acerca dos conteúdos, as teorias democrático-deliberativas se alicerçam em concepções procedimentais da legitimidade, entendendo que há, inversamente, a possibilidade de consenso a respeito das condições procedimentais da democracia, que são neutras ou imparciais em relação às diversas doutrinas compreensivas que habitam as sociedades contemporâneas. 3) (...) A democracia deliberativa, por outro lado, entende que os cidadãos são também capazes de entendimento, realizando não só ações estratégicas, mas também comunicativas. 4) Daí decorre que a validade dos conteúdos normativos está sujeita à possibilidade de serem defendidos argumentativamente no espaço público. Por isso, os discursos práticos devem cumprir determinados requisitos comunicativos tais quais, p. ex. ss da razoabilidade e reciprocidade. 5) Essa interação comunicativa deve se dar também em um contexto em que sejam respeitadas determinadas condições procedimentais do discurso, tais quais, sobretudo, a abertura, a igualdade de possibilidades de participação na interação comunicativa e a liberdade para participar, sem coerções físicas e morais, dessa interação. 6) Tais condições procedimentais do discurso prático correspondem justamente aos princípios da democracia deliberativa, a igualdade de possibilidades de participação no procedimento democrático e a liberdade para participar, sem coerções físicas e morais, desse procedimento. (...) 7) As normas, que têm em vista garantir as condições procedimentais da democracia deliberativa, são justamente os direitos (materialmente) fundamentais, os quais podem, por isso, ser aceitos universalmente, pelas mais diversas doutrinas compreensivas razoáveis. (...) 8. Se, no entanto, a deliberação pública chega a conclusões contrárias aos direitos fundamentais (que correspondem às condições procedimentais da democracia) se justifica o controle de tais decisões pelo judiciário, sendo este, em razão disso, uma guardião da democracia deliberativa.”* (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”*, Arquivos de Direitos Humanos,* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, vol. IV, 2002, p. 44-50). [↑](#footnote-ref-536)
537. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”*, Arquivos de Direitos Humanos,* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, vol. IV, 2002, p. 51. [↑](#footnote-ref-537)
538. A teoria democrático-deliberativa logra, assim reconciliar direitos fundamentais e democracia, ou, dizendo em outros termos, autonomia privada e autonomia pública, indivíduo e comunidade. Esse aspecto da democracia deliberativa é especialmente enfatizado por: HABERMAS, “Três modelos normativos de Democracia”, cit.; Id. “sOberania Popular como Procedimento”. *Novos Estudos cebrap* n. 26. Trad. De Márcio Suzuki. São Paulo, março, 1990; BENHABIB, Seyla. “Models of Public Space: Hannah Arent, The Liberal Tradition, anda Jurgen Habermas. In: CALHUN, C. (Org.). *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: MIT Press, 1996. [↑](#footnote-ref-538)
539. Isso não significa que o estado, em seus diversos ramos, deva ser neutro, como propugnam as teorias liberais compreensivas mais radicais, como as libertarianas ou neoliberais. Pelo contrário: significa apenas que uma postura não neutra somente pode ser assumida por ramos do estado que foram escolhidos eletivamente. Essa diferença fundamental entre as posições deliberativas e libertariana pode ser observada, por exemplo, na interpretação das leis do *New Deal*, realizada pela Suprema Corte norte-americana. Uma concepção democrático-deliberativa certamente não teria assumido a postura ativista que a Suprema Corte assumiu, em um primeiro momento, na restrição da intervenção estatal na vida econômica, entendendo que a maioria do povo norte-americano – e, em alguns casos, do povo do estado americano em questão – não possuía legitimidade para intervir na vida econômica e social, visto que isto implicaria uma violação da neutralidade que o estado deveria manter em relação ao mercado. Não é esta, certamente, a neutralidade que o estado deveria manter em relação ao mercado. Não é esta, certamente, a neutralidade que propugna a perspectiva deliberativista. Como acima sublinhamos, neutro, do ponto de vista político, deve ser o judiciário, cujos membros não foram escolhidos com base em critérios democráticos, e não o estado – este, no seu conjunto, legitimado democraticamente para a realização de metas coletivas. Não é possível sustentar uma teoria da limitação da ação política do judiciário sem argumentar com pretensão de imparcialidade. Não é possível, em uma sociedade plural, afirmar que, quando se trata do meu ponto de vista, o judiciário deve se conter, quanso se trata do ponto de visto do outro, deve ser incisivo. [↑](#footnote-ref-539)
540. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”*, Arquivos de Direitos Humanos,* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, vol. IV, 2002, p. 49. [↑](#footnote-ref-540)
541. Para Cláudio Souza Neto, *“a razão pública, por seu turno, caracteriza o campo do que é consensual, do que pode contar com o assentimento das diversas ‘doutrinas abrangentes razoáveis’ que têm lugar nas sociedades hodiernas. Como propugna Rawls, a razão pública não é abrangente, mas concerne tão-só à democracia, aos direitos humanos e às teorias científicas incontroversas. (...) O Poder Judiciário e, especialmente, as cortes constitucionais estão obrigados a restringir a justificação de suas decisões à razão pública.”* (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Ponderação de Princípios e Racionalidade das Decisões Judiciais. Boletim Científico da ESMUP, n.15. Brasília, 2005. p. 213-214). [↑](#footnote-ref-541)
542. Cláudio Souza Neto esclarece que “o mais importante desafio da teoria constitucional hodierna é precisamente reabilitar os esfrços de justificação dos preceitos constitucionais sem que isso se dê metafisicamente. O artifício fundamental para tanto é a estratégia de justificação que elege, denomina ‘reconstrutivismo’. A teoria constitucional reconstrutiva ostenta a pretensão de ‘reconstruir’ a normatividade constitucional em vigor, fornecendo-lhe ‘coerência’ e ‘integridade’. Por conta disso, tal teoria é simultaneamente descritiva e racionalizadora.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: Notas sobre o aporte reconstrutivo. In: *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, 2005, pp. 89-90.) [↑](#footnote-ref-542)
543. Novamente com Rodrigo Brandão: *“Assim, parece evidente que o exercício da razão pública pelo Judiciário “dá força e vitalidade à razão pública no fórum público”, visto que se destina a assegurar que o delineamento concreto dos elementos constitucionais essenciais (inclusive e notadamente os direitos fundamentais) seja feito à luz dos valores políticos compartilhados pelas democracias constitucionais bem ordenadas, afastando a deliberação pública de uma incessante luta pela aquisição de cargos e de poder, guiada por uma estratégia puramente eleitoral. Com efeito, o exercício da razão pública pelas Cortes coloca os elementos constitucionais essenciais no centro do debate político, aprimorando o caráter deliberativo dos processos políticos e “educando os cidadãos para o uso da razão pública e seu valor de justiça política.” Por outro lado, caso a Corte se utilize de doutrina abrangente particular (v.g. determinada doutrina moral, filosófica, religiosa, econômica, etc.) para densificar o conteúdo de princípios constitucionais abstratos, como os direitos e garantias fundamentais, esbarra no insuperável problema do déficit de legitimidade democrática dos juízes, tornando procedente a crítica de Waldron acerca do caráter antidemocrático do controle jurisdicional de constitucionalidade.”* (BRANDÃO, Rodrigo. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4o, Iv da CF/88. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 10, abril/maio/junho, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 13 de agosto de 2014). [↑](#footnote-ref-543)
544. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”*, Arquivos de Direitos Humanos,* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, vol. IV, 2002, p. 51. [↑](#footnote-ref-544)
545. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”*, Arquivos de Direitos Humanos,* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, vol. IV, 2002, p. 52. [↑](#footnote-ref-545)
546. Cláudio Souza Neto em interessante artigo doutrinário afirma que *“uma teoria constitucional reconstrutiva busca, ademais, superar o dilema entre a perspectiva normativa e político-sociológica ao extrair a normatividade da própria realidade constitucional. Isso se torna viável porque a reconstrução incide não sobre os “fatores reais de poder”, mas sobre os pressupostos normativos de interação social. É a partir desses pressupostos que a teoria da constituição pode fornecer elementos para a interpretação das cláusulas abertas que integram o Texto Constitucional”*. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: Notas sobre o aporte reconstrutivo. In: *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, 2005, p. 104) [↑](#footnote-ref-546)
547. Gustavo Binenbojm afirma que “apesar de a preocupação institucional já fazer parte da agenda de outros teóricos, é razoável sustentar que o trabalho que efetivamente deu corpo a esse debate foi o artigo de Cass Sunstein e Adrian Vermule, publicado em 2003, intitulado *Interpretation anda institutions*” (BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrative: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. – 2a Edição revista e atualizada – Rio de Janeiro; Renovar, 2008, p. 227). [↑](#footnote-ref-547)
548. BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrative: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. – 2a Edição revista e atualizada – Rio de Janeiro; Renovar, 2008, p. 227. [↑](#footnote-ref-548)
549. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA, Belo Horizonte, ano 13, n. 74, p. 65-75, mar./abr. 2014. Parecer, p. 73. [↑](#footnote-ref-549)
550. LAMARQUE, Elisabetta. *Il “seguito” delle sentenze manipolative della Corte costituzionale presso i giudice comuni* in BIN, Roberto, BRUNELLI, Giuditta, PUGIOTTO, Andrea, VERONESI, Paolo (a cura di). *“Effettività”* *e “seguito” delle tecniche decisorie della Corte costituzionale. Collana: <Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana.. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 99.* [↑](#footnote-ref-550)
551. Cite-se, por exemplo, o aviamento de reclamação constitucional com o objetivo de obter do STF interpretação sobre o direito a conversão de tempo especial em comum em favor dos servidores públicos. O fato de ter o STF criado uma norma transitória de regência da aposentadoria especial dos servidores públicos não lhe confere competência para proceder à interpretação dessa disciplina legal relativamente às controvérsias surgidas nos casos concretos de concretização da norma de origem judicial. (Cf., por todos, STF, Rcl 17696, Relator Min. ROSA WEBER, julgado em 09/09/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 12/09/2014 PUBLIC 15/09/2014.) [↑](#footnote-ref-551)
552. A jurisprudência dessa Corte Suprema tem participado ativamente da fixação das reservas constitucionais de poder, como se colhe, a título de exemplo, dos seguintes precedentes: i) sobre a reserva de jurisdição (MS 23642, Relator(a):  Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2000, DJ 09-03-2001 PP-00103 EMENT VOL-02022-01 PP-00123 e RE 461366, Relator(a):  Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/08/2007, DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00025 EMENT VOL-02292-03 PP-00668 RTJ VOL-00202-03 PP-01254 RT v. 97, n. 868, 2008, p. 152-161; ii) sobre a reserva de lei em sentido formal ou reserva de Parlamento (ADI 3306, Relator(a):  Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2011, DJe-108 DIVULG 06-06-2011 PUBLIC 07-06-2011 EMENT VOL-02538-01 PP-00009 e RE 426491 AgR, Relator(a):  Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, DJe-045 DIVULG 09-03-2011 PUBLIC 10-03-2011 EMENT VOL-02478-01 PP-00038); iii) sobre a reserva de Administração (ADI 3343, Relator(a):  Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão:  Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2011, DJe-221 DIVULG 21-11-2011 PUBLIC 22-11-2011 EMENT VOL-02630-01 PP-00001; RE 302803, Relator(a):  Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 01/02/2005, DJ 25-02-2005 PP-00035 EMENT VOL-02181-01 PP-00263 RTJ VOL-00195-02 PP-00659 RT v. 94, n. 836, 2005, p. 109-112 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 278-285 e ADI 2364 MC, Relator(a):  Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2001, DJ 14-12-2001 PP-00023 EMENT VOL-02053-03 PP-00551). [↑](#footnote-ref-552)
553. STF, HC 85060, Relator Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 23/09/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-02 PP-00363 RTJ VOL-00209-03 PP-01119. [↑](#footnote-ref-553)
554. A Constituição preserva a reserva de lei em sentido formal ao permitir que medidas provisórias (art. 62, § 1o) ou decretos (art. 84, VI) tenham força de lei para inovar no ordenamento jurídico. Nesses casos, entretanto, afasta-se a reserva de Parlamento. [↑](#footnote-ref-554)
555. A reserva de parlamento representa uma garantia maior para a sociedade, pois requer que a norma, além de ser lei em sentido formal e material, seja examinada e aprovada pelo Parlamento “Designa-se reserva de parlamento o conjunto de matérias ou de âmbitos materiais que devem ser objecto de regulação através de um acto legislativo editado pelo parlamento. Esta reserva legislativa de parlamento designa-se, por vezes, reserva de lei formal. É relativamente a esta reserva de parlamento que convergem, com mais intensidade, as dimensões inerentes ao princípio do Estado de Direito e ao princípio democrático atrás assinaladas. Trata-se, por um lado, de assegurar, através da lei, a observância dos princípios concretizadores do princípio do Estado de direito (princípio da confiança e segurança jurídicas, princípio da proporcionalidade, princípio da igualdade, princípio da imparcialidade). Visa-se, por outro lado, “guardar para um órgão com uma legitimação política especial o estabelecimento das bases de todos os regimes jurídicos cujos preceitos possam afectar interesses da generalidade dos cidadãos e a fixação desses regimes na integralidade quando respeitem a assuntos que mais sensibilizem uma comunidade.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional* . 5a. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 727). Segundo Gomes Canotilho, a “reserva de parlamento”, designada, “por vezes”, de “reserva de lei formal”, traduz-se no “conjunto de matérias ou de âmbitos materiais que devem ser objecto de um acto legislativo editado pelo parlamento”. Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 4.a Edição, Almedina, Coim­­­bra, 2000, p. 706. [↑](#footnote-ref-555)
556. CF/88, art. 62, § 1o: “É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I. relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3o; II. que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III. Reservada a lei complementar; IV já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República”. [↑](#footnote-ref-556)
557. BARROSO, Luís Roberto. REGIME JURÍDICO DA PETROBRAS, DELEGAÇÃO LEGISLATIVA E PODER REGULAMENTAR: VALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO INSTITUÍDO PELO DECRETO No 2.745/98. Parecer disponível no sítio eletrônico <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-procedimento.pdf>, consultado em 21.09.2014. [↑](#footnote-ref-557)
558. Para exemplificar o atual estado da arte da discussão no Brasil, pode-se citar o voto divergente proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento a respeito da constitucionalidade da delegação legislativa para fixar o valor do salário mínimo – com base em parâmetros previstos em lei formal – prevista na Lei 12.382/11. Para o Ministro Gilmar Mendes a delegação legislativa violava a reserva de Parlamento. A compreensão da maioria do STF, emtretanto, não vislumbrou ofensa ao campo de competências exclusivas do Congresso Nacional. (Cf. STF, ADI 4568, Relator Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 29-03-2012 PUBLIC 30-03-2012.) [↑](#footnote-ref-558)
559. Em matéria penal, por exemplo, o STF já recusou o exercício de função normativa criminalizadora. (Cf. MI 624, Relator Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/2007, DJe-055 DIVULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008 EMENT VOL-02312-01 PP-00017.) [↑](#footnote-ref-559)
560. Para Carlos Blanco de Morais decisões com efeitos aditivos são decisões positivas de inconstitucionalidade de cujo conteúdo resulte, tanto um juízo de invalidade, como a indicação de uma norma ou de um princípio normativo que assegurem a criação de condições para que o direito objecto da mesma sentença se compatibilize futuramente com a Constituição. [↑](#footnote-ref-560)
561. Zagrebelsky, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. 1a. ed. Bologna: Il Mulino, 1977. [↑](#footnote-ref-561)
562. VORONOFF, Alice. Ativismo judicial e democracia: por uma teoria eclética do mandado de injunção. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 10, n. 37, abr./jun. 2012. Disponível em: . Acesso em: 3 jul. 2012. [↑](#footnote-ref-562)
563. A noção de auto-legislação repousa no paradigma procedimentalista tendente a buscar a manifestação de vontade em igualdade de condições do agir comunicativo, estabelecedoras de regras imparciais reguladoras da ação no mundo da vida. Para Habermas, “sem um respaldo religioso ou metafísico, o direito coercitivo, talhado conforme o comportamento legal, só consegue garantia sua força integradora se a totalidade dos *destinatários* singulares das normas jurídicas puder considerar-se *autora* racional dessas normas. Nesta medida, o direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo” (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1, p. 54). [↑](#footnote-ref-563)
564. Forte corrente doutrinária, no Brasil bem representada por Rodrigo Brandão, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, defende o incremento de diálogo institucional tendente à superação do vácuo normativo (BRANDÃO, R. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012). [↑](#footnote-ref-564)
565. STF, QO na ADI 4.357 e na ADI 4.425, voto proferido em 19.03.2014, Rel. Min. Luiz Fux. Após o voto, pediu vista o Ministro Dias Toffoli. [↑](#footnote-ref-565)
566. No mesmo sentido, a lição de Mortati, tal como explicitada por Fernández Segado: *“Admite Mortati que los resultados alcanzados por el intérprete em su actividad de integración no son equiparables a aquellos que puedan derivarse de la intervención del legislador, por el hecho de que el juez constitucional le está vedado todo criterio de oportunidad acerca del mejor modo de conseguir la máxima satisfacción de los intereses constitucionalmente protegidos, ‘dovendosi limitare ad estrarre dal complessivo sistema legislativo, interpretato alla luce delle direttive della Costituzione, la regola che valga a dare a queste almeno un minimo di attuazione’. Mantenida en tales límites, concluirá el gran iuspublicista italiano, la operación desarrollada por el juez constitucional no podrá considerarse invasiva de la discrecionalidad del legislador en cuanto que aquél ‘si limita a dichiarare (sia pure con quel margine di creatività insita (…) in ogni operazione alla lacuna, sulla base del grado di affinità del rapporto da regolare con altri già disciplinati’ ” (SEGADO, Francisco Fernándes. La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo I (Los sistemas de Justicia Constitucional, las ‘dissentig opinions’ el control de las omisiones legislativas, el control de ‘comunitariedad’). Madrid: Dykinson-Constitucional, 2009. p. 575). Na doutrina brasileira, Marinoni afirma com precisão: “Frise-se que a decisão a respeito de como um dever de tutela deve ser cumprido é, antes de tudo, questão afeta ao Parlamento. Quando o legislador viola um direito fundamental na sua função de mandamento de tutela, cabe ao Judiciário assegurar o adequado grau de tutela do direito fundamental. Não obstante, o problema está na circunstância de que a ação do juiz, diante da falta da lei, não tem a mesma elasticidade ou a mesma latidude da ação do legislador. Para ser mais claro: o legislador tem ampla esfera de liberdade para a definição da providencia ou do meio para a tutela do direito fundamental, enquanto o juiz, exatamente por não ter a mesma latitude de poder do legislador, deve atuar apenas para garantir que o dever de proteção satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência. Assim incumbe ao juiz atuar de modo a impor não mais que o mínimo necessário à proteção do direito fundamental”* (Marinoni, Luiz Guilherme. Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais. In: Revista de processo, v. 38, n. 226, p. 13-29, dez. 2013, p. 21). [↑](#footnote-ref-566)
567. A norma criada pelo STF para permitir o exercício do direito de greve pelos servidores públicos (MI 670) no ano de 2007 não foi substituída pelo legislador brasileiro até o presente momento. O Poder Executivo, que detém iniciativa legislativa nessa matéria, não enviou qualquer projeto de lei ao Congresso Nacional. Preferiu editar um Decreto (7.777 de 24 de julho de 2012) regulamentando o direito de greve, atribuindo caráter estável à disciplina jurídica estabelecida pelo STF. O mesmo aconteceu quanto ao tema do regime jurídico do usufruto das terras indígenas. Depois da criação de normas jurídicas pelo STF no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, o Poder Executivo, por meio da AGU, editou Portaria (303 de 16 de julho de 2012) regulamentando o tema, sem, no entanto, apresentar qualquer projeto de lei ao Congresso para substituir a norma transitória de origem judicial. [↑](#footnote-ref-567)
568. Em linhas gerais, Mark Tushnet define controle de constitucionalidade forte como “o sistema no qual as interpretações judiciais da constituição são finais e não revisáveis pelas maiorias legislativas ordinárias” (Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*. *Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 34). O controle de constitucionalidade também poderia manifestar uma versão fraca, que conteria a “previsão de mecanismos para que as pessoas respondam às decisões que eles razoavelmente acreditam estar erradas e que podem ser acionados mais rapidamente que a emenda à constituição ou o processo de alteração do entendimento judicial” (Ibid., p. 23) [↑](#footnote-ref-568)
569. Essa atitude baseada na comunicação rápida e contínua entre poderes, bem como a de autocontenção e expressa delegação de campos normativos ao parlamento foi definida por Mark Tushnet como *managerial model* (modelo diretivo). (Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*. *Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 12). [↑](#footnote-ref-569)