



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ERICK TEIXEIRA BARRETO

**SENTENÇAS ADITIVAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: O
PAPEL CRIATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

FORTALEZA

2022

ERICK TEIXEIRA BARRETO

SENTENÇAS ADITIVAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: O
PAPEL CRIATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz

FORTALEZA

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

B261s Barreto, Erick Teixeira.
Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira : O papel criativo do Supremo Tribunal Federal /
Erick Teixeira Barreto. – 2022.
123 f. : il.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2022.

Orientação: Prof. Dr. Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz.

1. Jurisdição constitucional. 2. Decisões manipulativas. 3. Sentenças aditivas. I. Título.

CDD 340

ERICK TEIXEIRA BARRETO

SENTENÇAS ADITIVAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: O
PAPEL CRIATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Área de concentração: Direito Constitucional.
Orientador: Prof. Dr. Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz

Aprovada em: ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Carlos César Sousa Cintra
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. André Dias Fernandes
Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me dado todas as condições físicas, psicológicas e espirituais para me manter firme no propósito de perseguir meus sonhos.

Aos meus pais, Jorge e Ana, por todo amor depositado em mim e por serem minha inspiração pessoal e profissional. Sem o amor e o apoio de vocês, jamais conseguiria atingir esta etapa da minha vida.

A minha querida avó, Edilza, pelo suporte emocional e pelas palavras de carinho.

A meu querido avô, Cristóvão, pelas grandes conversas.

A minha noiva, Barbara, por sempre estar ao meu lado em todos os desafios que a vida impõe.

A minha bisavó Raimunda (*in memoriam*). Sem você as coisas estão mais difíceis.

Ingressar na Faculdade de Direito sempre foi um sonho de vida. Por isso, jamais poderia deixar de agradecer a esta brilhante instituição de ensino, que me acolheu de braços abertos, e a todas as pessoas que a compõem. A Faculdade de Direito não é somente o seu nome e a sua história. Instituições de excelência se constroem pelo valor dos seus quadros, e isso jamais seria possível sem os professores e servidores extremamente qualificados que se dedicam diuturnamente em fazer da UFC e da FADIR o que elas são, apesar de todos os obstáculos e restrições. Lastimo pelos reiterados ataques às universidades públicas e ao serviço público, mas todas essas adversidades apenas sobrelevam os valores pessoais daqueles que constroem diariamente a nossa querida FADIR. Por isso, agradeço individualmente a cada um dos professores e servidores que exercem seu mister com denodo e zelo. É papel de todos reverter o obscurantismo e valorizar a educação pública de qualidade. E por isso, a todos vocês, deixo meu muito obrigado.

A meu orientador, o querido e estimado Prof. Dr. Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz, pelas magistrais aulas nas cadeiras de Teoria da Jurisdição e Processo Constitucional.

Agradeço-o por me ter feito despertar interesse por esses campos do direito. Certamente as suas aulas me direcionaram para a escolha do tema. Infelizmente a pandemia separou a convivência em sala de aula, mas jamais a qualidade das exposições e os debates jurídicos que realizamos. Também agradeço pela confiança depositada em mim, por tão gentilmente concordar em orientar este trabalho e por todas as conversas, indicações bibliográficas, sugestões, etc. Este trabalho somente foi possível graças à sua orientação.

Ao querido e estimado Prof. Dr. Carlos César Sousa Cintra, pelas brilhantes aulas de Direito Tributário e pelas valiosas dicas dadas em sala de aula para a defesa do TCC. Também agradeço e me sinto extremamente honrado pela sua participação nesta Banca como examinador.

Ao ilustre Prof. Dr. André Dias Fernandes por ter aceitado o convite de participar desta Banca como membro-avaliador. Também não poderia deixar de agradecer pelas suas valiosas obras, das quais me servi para desenvolver o meu trabalho.

A todos os amigos que fiz nessa jornada.

Espero reencontrá-los em uma nova etapa acadêmica no futuro.

Però, vedete, la Costituzione non è una macchina che una volta messa in moto va avanti da sé. La Costituzione è un pezzo di carta, la lascio cadere e non si muove. Perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile. Bisogna metterci dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità
(Piero Calamandrei)

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de estudar as decisões judiciais doutrinariamente denominadas de sentenças manipulativas de efeitos aditivos. A partir da experiência da Corte Constitucional italiana, examina-se como a teoria das sentenças aditivas foi importada e mutacionada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Busca-se, também, compreender de que modo tal *standard* de decisão é vital para a efetivação dos programas e valores constitucionais, uma vez que a omissão legislativa não pode ser considerado óbice insuperável à plena eficácia dos direitos fundamentais. Além disso, analisa-se criticamente os parâmetros seguidos pelo Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência quando passou a adotar esse tipo decisório, bem como outros parâmetros que devem ser seguidos pela Corte de modo a garantir legitimidade em provimentos aditivos futuros. Ao final, conclui-se que, se seguidos tais parâmetros, a adoção dessas sentenças na jurisdição constitucional, na trilha de uma maior judicialização da política e uma hipertrofia das atribuições das cortes constitucionais, redimensiona o signo clássico da separação de poderes e conduz a uma releitura da dinâmica ordinária de coexistência dos poderes constituídos, ancorada em constante diálogo entre o Judiciário e demais poderes e entre Judiciário e a sociedade, preservando o equilíbrio entre a missão institucional do Judiciário e o princípio democrático.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Decisões manipulativas. Sentenças aditivas.

ABSTRACT

The present work aims to study the judicial decisions doctrinally known as manipulative decisions of additive effects. Specifically, it shall examine how the Italian theory of additive decisions was imported and mutated by the jurisprudence of the Federal Supreme Court. It also seeks to understand how such a decision standard is vital for the effectiveness of constitutional programs and values, hence the legislative omission cannot be considered an insuperable obstacle to the full effectiveness of fundamental rights. In addition, it critically analyzes the parameters followed by the Federal Supreme Court in its jurisprudence when it first begin adopting this type of decision, as well as other parameters that must be followed by the Court in order to guarantee legitimacy in future additive provisions. Finally, it concludes that, if these parameters are followed, the adoption of these decisions in the constitutional jurisdiction, in the trail of greater judicialization of politics and a hypertrophy of the attributions of the constitutional courts, resizes the classical meaning of the separation of powers and leads to a reinterpretation of the ordinary coexistence of the constituted powers, anchored in constant dialogue between the Judiciary and other branches and also between the Judiciary and the society, preserving the balance between the institutional mission of the Judiciary and the democratic principle.

Keywords: Constitutional jurisdiction. Manipulative decisions. Additive sentences.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
CPC	Código de Processo Civil
HC	Habeas Corpus
MC	Medida Cautelar
MI	Mandado de Injunção
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	APROXIMAÇÃO AO FENÔMENO CONSTITUCIONAL	16
2.1	O formalismo e a visão clássica da separação de poderes: a Constituição como instrumento formal do Estado	21
2.2	A superação do formalismo: a força normativa da constituição, a normatividade dos princípios e a expansão da jurisdição constitucional	32
2.3	A construção da Constituição sob a perspectiva do pluralismo social e o “sentimento constitucional”	38
3	ASPECTOS DOUTRINÁRIOS DAS SENTENÇAS MANIPULATIVAS E DAS SENTENÇAS DE EFEITOS ADITIVOS	48
3.1	A origem das sentenças manipulativas na jurisdição constitucional italiana	53
3.2	Conceituação das sentenças manipulativas nas doutrinas italiana e portuguesa	60
3.3	Conceito e tipologia das sentenças de efeitos aditivos	65
3.4	Limites para as sentenças aditivas: a tese das soluções a <i>rime obbligate</i>	75
4	SENTENÇAS ADITIVAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	81
4.1	A recepção das sentenças aditivas pelo Supremo Tribunal Federal e o redesenho da tese das soluções constitucionalmente obrigatórias	86
4.2	O Supremo Tribunal Federal e um novo paradigma de atuação: legitimidade e limites para prolação de sentenças aditivas	97
5	CONCLUSÃO	113
	REFERÊNCIAS	117

1 INTRODUÇÃO

A Constituição, enquanto vértice normativo superior e continente da organização política do Estado, é, em termos relacionais, um estatuto de partilha do poder, ou, como referenciam alguns autores, um Estatuto das Competências¹ ou Estatuto do Poder.² Nesse sentido, o postulado da separação funcional dos poderes, enquanto norma fundamental axiológica, ambiciona a coexistência harmoniosa dos poderes políticos como consectário de existência do Estado democrático de Direito.

O desenho clássico de tripartição dos poderes radicado por Montesquieu veda interferências e subtração das competências estatuídas pela Carta Política, como forma de se evitar um ambiente de grave insegurança jurídica e, em última instância, a própria ruína do Estado de direito. É por isso que a Carta Magna preconiza variados controles recíprocos ancilares à manutenibilidade da governabilidade política e do funcionamento das instituições.

Deve-se ponderar, contudo, que a relevância do postulado da separação de poderes não implica a petrificação de um dogma, ou o estabelecimento de um conceito imutável, à luz da doutrina forjada nos albores do movimento político iluminista. É preciso filtrá-lo sob as lentes de uma renovada teoria constitucionalista que reacomode as funções políticas dentro de um novo arranjo institucional coadunado com a realidade político-jurídica dos novos tempos. Nessa ótica, o aforamento dos princípios democrático e da separação dos poderes como teses que embasam críticas à atuação menos contida do Judiciário em temas sensíveis deve ser examinado com as devidas ponderações.

Principalmente porque as modificações nas estruturas políticas e sociais ao longo do século XX promoveram um grande abalo dogmático em torno do constitucionalismo inspirado no modelo de Estado liberal-individualista, calcado nas aspirações do movimento revolucionário Francês e no seu racionalismo panglossiano. A ciência constitucional observa na quadra recente a constitucionalização dos direitos sociais, a elevação normativa dos programas políticos – que passam a ser inseridos nos textos constitucionais – e o florescer de um momento hermenêutico pelo qual o intérprete, identificado especialmente no Judiciário, engendra mecanismos legítimos para atuar de forma menos comedida sobre temas historicamente inerentes à competência das demais instâncias de poder.

¹NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Teoria do poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 21.

²MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça constitucional. Tomo I: Garantia da constituição e controle da constitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 14.

O modelo de atuação das Cortes Constitucionais incorpora os anseios da plena efetivação dos direitos fundamentais, com o deslocamento do tipo e alcance das decisões judiciais. A força da Constituição e a interpretação-aplicação dos seus textos se colocam a serviço de uma teoria concretizante, tendente a assegurar a dimensão estruturante dos direitos fundamentais. Certamente, um dos eixos de ampliação desse procedimentalismo foi na teoria das inconstitucionalidades. Não propriamente pelo reconhecimento da força normativa da constituição e sua superioridade em face das demais normas, mas especialmente pela inafastável necessidade de se reconhecer que as constituições não se limitam a veicular liberdades negativas – o que conhecemos como os direitos de primeira geração em Bonavides. A Lei Fundamental efetivamente assume feição de proclamações positivas reveladoras de programas e compromissos carentes de concretização. É preciso conjugar essa nova feição das constituições ao arcabouço preexistente, de modo que se conclua que não somente atos positivos sejam sancionados pela inconstitucionalidade, mas também a inação dos atores políticos imbuídos da fiel vigília aos preceitos da Carta Magna.

Nesse percurso, há o fenômeno de redescoberta do Direito Constitucional. As complexidades e idiosincrasias da modernidade mostram-se como fontes inspiradoras para os desafios hermenêuticos irmanados pela nova estrutura ontológica das constituições. Não apenas no que sucede da natureza das normas – patenteadas pelo maior nível de abstração e vagueza – e a descoberta de sua estrutura aberta, consecutório da plenitude do direito, enquanto matriz não somente estatutária e regulamentar. Mas em especial pela corporificação de direitos e programas embebidos de valor enquanto normas autoaplicáveis, para as quais a própria Constituição confere prestações estatais na esfera organizacional e procedimental tendentes a superar a omissão sistêmica dos atores políticos.

Com o desenvolvimento dessa teoria material³ da Constituição, que se contrapõe à ideologia liberal clássica, a concepção formal-organizacional da Lei Magna se desloca para a parte substantiva, reclamando pela proteção dos direitos fundamentais, sob a égide de um Estado social plural. Robustece-se o estudo sobre o sistema de garantias constitucionais⁴, tendo como aspecto medular a efetivação dos programas constitucionais, que desponta como desafio

³O conteúdo da *Constituição Material* é o que Carlos Blanco de Moraes atribui como estatuto do poder e da sociedade na sua relação com esse poder, estando referenciada por um conjunto de institutos responsáveis pela preservação da sua normatividade (Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Tomo I: Garantia da constituição e controle da constitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 14).

⁴Carlos Blanco de Moraes qualifica esse sistema como o “conjunto de institutos jurídicos que a Constituição prevê para assegurar a conservação e a renovação das suas normas, fazer observar o seu cumprimento efetivo e defendê-la contra os seus adversários” (MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Tomo I: Garantia da constituição e controle da constitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 15).

hermenêutico de elevadas proporções e intrincadas controvérsias. É preciso, então, articular a concepção substantiva da Carta com o princípio democrático.

Fala-se agora num Estado Constitucional Democrático de Direito. Nesse novo contexto, a ascensão do papel do Poder Judiciário em relação à verticalidade dos temas enfrentados e aos tipos de decisões exigidas – que não mais se satisfazem com a simples aplicação mecânica –, decorre da inevitável e progressiva superação do dogma do positivismo formalista. As Cortes Constitucionais são instadas a oferecer soluções concretizadoras de direitos fundamentais, mediante autênticas criações positivas de normas, em substituição ao legado historicista do que se conhece como atuação negativa.

Desse coquetel de experiências, aproximamo-nos da temática que se põe em debate nas linhas teóricas que se sucederão. Neste trabalho, busca-se estudar as sentenças manipulativas de efeitos aditivos, tipo de decisão forjada na prática forense italiana como autêntica manifestação desse novo movimento constitucional em solo europeu, compreendida como mecanismo jurisdicional de superação da omissão patológica das instâncias democráticas. Também se objetiva discorrer acerca desse novo modelo de atuação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e como esse modelo de atuação foi importado e mutacionado, sob influência das estruturas jurídicas e culturais brasileiras, como instrumento jurisdicional de concretização dos direitos fundamentais. Ao final, busca-se analisar criticamente os parâmetros já seguidos pelo Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência quando adotou esse tipo decisório, bem como realizar uma análise crítica em torno de outros parâmetros que podem ser seguidos pela Corte de modo a garantir legitimidade em provimentos aditivos futuros.

A justificativa para o desenvolvimento deste trabalho decorre das crises de legitimidade enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal quando adota soluções que excedem o seu espaço tradicional de atuação. A discussão aborda os limites éticos, materiais e jurídicos para a adoção desse modelo decisório, e de que maneira essas crises podem ser debelada pela adoção de critérios estáveis que preservem o diálogo institucional entre os poderes constituídos. Visando aclarar o tema, insere-se no debate científico a solução de que pode confrontar tal crise e demonstrar que o papel dos tribunais constitucionais devem ir – por questões de ordem prática e de justiça social – muito além do simples dogma do “legislador negativo”. Por isso, o trabalho visa justificar e amparar a prolação das sentenças aditivas em medidas legítimas diante da omissão inconstitucional, consideradas necessárias ao fiel cumprimento dos preceitos constitucionais, de modo a promover a máxima efetividade às normas constitucionais.

No que pertine aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas através de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, utilizando-se a abordagem qualitativa e valendo-se do método crítico-dedutivo.

2 APROXIMAÇÃO AO FENÔMENO CONSTITUCIONAL

Não seria oportuno iniciar essa empreitada sem antes regressarmos aos exórdios da teoria constitucional, para, na gênese do fenômeno, identificarmos os elementos precursores que permitem compreender e colocar em perspectiva toda a evolução da doutrina constitucional que dialoga diretamente com o objeto deste trabalho. Tendo isso em mente, iniciamos nosso estudo pela aproximação metodológica à natureza das constituições e sua compreensão como normas jurídicas.

É preciso afirmar inicialmente que ao contrário das ciências naturais e dos fenômenos físicos observáveis empiricamente, no qual o estudo se desenvolve pelo método empírico-indutivo, o direito se apresenta como fenômeno cultural e realidade significativa⁵, reclamando uma metodologia própria de obtenção e aplicação do conhecimento. Diz-se que, em contraste com as realidades “puramente naturais”⁶, a realização do direito materializado em normas se apresenta no campo deontico, do dever-se⁷, no qual a eficácia não se confunde com a validade. A eficácia apresenta-se como a qualidade de “estar o direito criado em harmonia com o sentimento popular”⁸, ou seja, de aderência espontânea aos comandos e da expectativa de realização.

Enquanto objetos culturais, as normas jurídicas são expectativas de comportamento traduzidas em feições linguísticas. Essas expectativas se incorporam num suporte tangível que se liberta da manifestação de seu feitor e se abre para a compreensão dos seus destinatários. Como bem alude Bezerra Falcão, a norma jurídica é expressão manifesta de cultura, em forma de “valores inspirando o disciplinamento da conduta” com o auxílio da linguagem.⁹ O autor reconhece que a norma jurídica abrange o arcabouço linguístico (aspecto formal) e os seus elementos axiológicos que visam à disciplina da conduta e ao freio à liberdade natural do homem (aspecto material), de modo que há nos textos uma comunicação indicativa de valores e comportamentos. Sobre a natureza da compreensão do direito, enuncia:

⁵MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direito fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 52.

⁶*Ibid.*, p. 53.

⁷Arnaldo Vasconcelos qualifica a natureza ontológica das normas jurídicas enquanto prescrições éticas que prescrevem não o que é, mas o que deve ser, por meio da eleição de fatos e valores que selecionam e limitam as condutas humanas. Daí que a norma jurídica insere-se no mundo deontico, axiológico por natureza, pois impõe aos seus destinatários as condutas desejáveis para coordenar a vida social. Nesse sentido, a norma é regra de fim e instrumento de julgamento. É resultado de uma valoração, cujo traço marcante é polaridade, isto é, o confronto do valor com seu antivalor. (VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, pp. 14-15.)

⁸*Ibid.*, p. 28.

⁹FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 16.

O ato gnosiológico tendente a captá-los é a compreensão, podendo ser utilizado, preponderantemente, o método indutivo, porém carregado de ponderável conotação dialética. São completamente abertos às valorações, as quais entram diretamente na composição de sua ontologia. Quer positiva, quer negativamente, o valor está na essência dos objetos culturais, de um a feita que eles nada mais são do que um sentido que o homem agrega aos objetos naturais.¹⁰

Na mesma senda é o escólio de Gilmar Mendes:

Já os objetos culturais, porque são ontologicamente valiosos, exigem para o seu conhecimento um método específico e adequado, empírico-dialético, que se constitui pelo ato gnosiológico da compreensão, através do qual, no ir e vir ininterrupto da materialidade do substrato à vivência do seu sentido espiritual, procuramos descobrir o significado das ações ou das criações humanas.¹¹

Clemerson Merlin Clève inspira uma reflexão segundo a qual os fenômenos sociais e humanos devem ser contemplados pelas lentes da visão histórica. Reconhece que o “mundo da cultura condiciona a experiência humana, suas manifestações, sua linguagem, razão pela qual somente uma ciência histórica, ou seja, histórico-cultural, poderá captar a complexidade dessa historicidade”.¹² Daí que o direito deve ser compreendido em vez de explicado, captando-se o sentido implícito nas suas manifestações exteriorizadas.¹³

Entender o direito epistemologicamente, enquanto aspecto da cultura humana de eleição de fatos e valores em modo “bilateral-atributivo”¹⁴, é essencial para que possamos desdobrar seu método de aproximação e encontrar na atividade interpretativa uma de suas fontes criadoras. A concretização dos comandos normativos reclama a participação ativa do seu destinatário e a assimilação de elementos culturais para além do conhecimento puramente jurídico, com o objetivo de se atingir os fins últimos da comunidade política. Ao estudo dos métodos e princípios da interpretação se deu o nome de hermenêutica jurídica.¹⁵

¹⁰FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 16.

¹¹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direito fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 52.

¹²CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 32.

¹³*Ibid.*, p. 33.

¹⁴Reale referencia o objeto da ciência jurídica como “a experiência social na medida e enquanto esta normativamente se desenvolve em função de fatos e valores, para assegurar, de maneira bilateral-atributiva, a realização ordenada da convivência humana” (REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980).

¹⁵Neste trabalho, buscou-se fugir da histórica compreensão cientificista da hermenêutica jurídica, encontrada nas douradas obras de mestres como Carlos Maximiliano, para quem a hermenêutica “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 5). Este aspecto cientificista por muito tempo regeu a compreensão de direito enquanto mera busca da vontade do legislador ou vontade da lei (contraste entre as teorias objetiva e subjetivas), que visavam estabelecer critérios seguros e racionais ao processo de interpretação. Interessa-nos muito mais encontrar uma funcionalização da hermenêutica rumo à concretização dos direitos fundamentais do que a sistematização de um método universalmente aceito.

Sob a ótica do fenômeno constitucional, é imperativo reconhecer que as Constituições, concebidas como normas dotadas de força normativa plena¹⁶, indubitavelmente dirigem-se aos mesmos horizontes longínquos do solo epistemológico do direito.

Há nelas, contudo, fatores outros que aprofundam essa ambiência na dogmática constitucional. O traço mais singular talvez seja a inerente aptidão de seus comandos em entrelaçar ingredientes de direito e perspectivas valorativas extrajurídicas, como aspectos políticos, sociais, econômicos, etc., os quais desafiam o esgotamento prévio de suas prescrições.¹⁷ O caráter aberto e estruturante de seus preceitos faz Canotilho denominá-la de “lei-quadro”, porquanto seus comandos se abrem para o papel concretizante dos mais variados atores sociais.¹⁸

A evolução da hermenêutica jurídica deságua no estágio da hermenêutica constitucional, que vem sendo denominado por alguns doutrinadores de nova hermenêutica constitucional.¹⁹ Ela reflete a ruptura de certos dogmas da hermenêutica clássica que limitavam a concre-

¹⁶Dentre a miríade de teorias sobre a natureza das constituições, apoiamos-nos no conceito da teoria de Konrad Hesse, para quem a constituição é uma “ordem jurídica fundamental de uma comunidade ou plano estrutural para conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais”. A teoria de Hesse se mostra adequada pois manifesta a concepção da Constituição enquanto autêntica norma jurídica, dotada da mesma força normativa e coercitividade que as demais. Canotilho, a seu turno, classifica a constituição como “ordem-quadro moral e racional do discurso político e uma norma fundante e superior do ordenamento jurídico, estruturada com base em regras e princípios identificadores da nossa comunidade jurídica”. Além disso, Canotilho afirma que as constituições se inserem no vértice da pirâmide normativa, que opera de forma escalonada, de modo que a Constituição atua como fonte de outras normas, uma derivação normativa. (Cf. CANOTILHO, José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1118).

¹⁷A compreensão da Constituição enquanto sistema aberto de regras e princípios favorece a estruturação de um processo interpretativo que melhor otimize os preceitos abertos a diversas concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. Nessa condução, Canotilho atribui uma feição complexa e heterogênea aos preceitos constitucionais, porquanto carregam uma estrutura dialógica que se traduz na “disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem mudanças da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes”. (CANOTILHO, José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1118). Para tanto, as normas abertas da Constituição devem ser submetidas a um procedimento que lhe deem operacionalidade prática, em constante diálogo com a realidade subjacente. Bonavides reconhece que essa interpretação integrativa de princípios e valores permite amoldar a Constituição “às realidades sociais mais vivas”. Conforme o autor, não se pode olvidar os fatores extrajurídicos carregados nas normas constitucionais, que têm importante lugar na operação integrativa da Constituição. A plasticidade semântica e as prescrições metajurídicas inseridas na Lei Maior acabam atuando, portanto, como elemento aglutinador das modulações no espírito da Constituição. (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 479-480).

¹⁸Canotilho admite a “assinalável liberdade de conformação dos órgãos político-legislativos” das constituições. O autor português inicialmente aponta o papel do legislador, dos juízes e dos órgãos da administração pública, na qualidade de órgãos encarregados da direção política, enquanto artífices dessa conformação. O caráter aberto e dúctil das normas constitucionais favorecem a atividade criativa e concretizadora pelos intérpretes da constituição. A Constituição, enquanto quadro carece de uma *interpositio regulativa* (CANOTILHO, José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1115). No capítulo 2.3 estenderemos esse conceito para compreender a interpretação como uma função plural e inclusiva, admitindo a participação também da sociedade.

¹⁹Apesar das relevantes críticas à nomenclatura por parcela da doutrina, não estamos preocupados nesse momento com o *nomen juris* do fenômeno. Insta saber apenas que a transposição ontológica da Constituição para uma norma-ápice e suprema do sistema, permeada de elementos axiológicos carentes de densificação, reclama por uma técnica de interpretação e aplicação diferenciada da hermenêutica clássica, de matiz legalista-formalista-tecnicista. Canotilho, preocupado com os limites da concretização das constituições, prefere chamar a

tização de preceitos constitucionais pela via interpretativa. Glauco Barreira Magalhães Filho classifica essa nova hermenêutica como:

“[...] mais aberta e menos técnica, tendo recebido contribuições da hermenêutica existencial ou ontológica (Gadamer) e da Tópica (Viehweg). A nova hermenêutica constitucional volta-se para as normas com estrutura de princípios (Constituição Material). Ela aproxima dialeticamente a interpretação da aplicação. Objetiva, acima de tudo, a concretização de valores e não a imediata submissão de fatos a disposições normativas. Por essa razão, pode descambar em decisões arbitrárias, caso não esteja vinculada a um adequado conhecimento dos fatos e a uma teoria dos valores que crie previsibilidade para as decisões”.²⁰

Nessa ambiência, Luís Roberto Barroso rompe a antiga crença de que a Constituição é o produto de uma vontade historicamente situada, como sistema autocontido de regras. Ao revés, entende a constituição como um sistema aberto à argumentação construtivista, formulando uma releitura ética, filosófica, política e até mesmo moral como modelo evolutivo contínuo do sistema.²¹

Todas essas considerações pressupõem, em larga medida, que as constituições dependem de uma força concretizadora superveniente. Este é irrefragavelmente o papel do intérprete.

É bem verdade que nem sempre se admitiu com tamanha naturalidade o papel do intérprete na concretização das normas. O fenômeno até os dias atuais arrosta os teóricos apologistas da neutralidade da ciência jurídica. Já se rejeitou peremptoriamente a imprecisão linguística e a abertura dos textos normativos como fenômenos admitidos pela realidade jurídica. Algumas correntes filosóficas historicamente advogavam pela utópica realidade objetiva do fenômeno jurídico direito, reconhecendo na linguagem um elemento axiomático e cartesiano ca-

de “metódica estruturante” a técnica de interpretação da Constituição. Sua metódica se calca em cinco aspectos substanciais: (i) a rejeição de interpretativismo extremo, tal qual o literalismo ou as premissas teóricas fundadas em concepções divorciadas da realidade, como a vontade subjetiva do legislador enquanto elemento historicamente situado; (ii) a rejeição do desconstrucionismo do núcleo substantivo das normas constitucionais, que disfarça uma atuação política na jurisdição constitucional; (iii) a atuação coordenada entre legislativo e judiciário, com o primeiro realizando a concretização político-jurídico-valorativa e o segundo o controle jurídico-valorativo; (iv) o estabelecimento de uma “teoria constitucionalmente adequada”, que promove valores substantivos (igualdade, liberdade, justiça), procedimentais (processo democrático) e formais (forma de lei, contrato), a fim de conceder operacionalidade ao sistema de princípios constitucionais; e (v) a interpretação da constituição não pode representar a destituição de um sistema rígido de normas, isto é, a constituição é uma *hard law* e não uma *soft law*, de modo que o intérprete não deve alcançar resultados absurdos unicamente a partir de sua consciência. Quer dizer: regras e princípios constitucionais são “padrões de conduta juridicamente vinculantes” e não meras “diretivas práticas” (CANOTILHO, José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1163).

²⁰MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Curso de hermenêutica jurídica. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. x-xi.

²¹BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 350.

paz de antever todas as possibilidades jurídicas aos fenômenos sociais.²²

Como muito bem vaticina o professor Bezerra Falcão, a sistematização científica da hermenêutica jurídica se inicia com a Escola da Exegese, fundada no racionalismo do qual bebeu o movimento intelectual preparatório da Revolução Francesa²³ e que serviu de fundamentação filosófica para que a burguesia vitoriosa consolidasse suas conquistas, transpondo-as ao mais exacerbado abstracionismo legalista.

Felizmente, o otimismo legalista-racionalista não tardou a ser rebatido por várias escolas que questionaram sua insuficiência metodológica.²⁴

Mais tarde, o movimento contestatório deságua em um momento epistemológico de completa revolução da atividade jurídica, favorecendo a incorporação dos valores e da filosofia nessa atividade. É inevitável destacar que a evolução hermenêutica está diretamente situada em compasso aos fenômenos sociais que *pari passu* se manifestam nas estruturas sociais. Nessa conjuntura, é razoável admitir que o papel do intérprete se avolumou com a evolução da compreensão de que os próprios textos constitucionais reclamam pela sua complementação póstera. As vicissitudes políticas, sociais e culturais impulsionam uma atividade interpretativa que despoja o aplicador do direito de um padrão rígido de atuação. O modelo reitor de dependência mecânica das molduras legais, com a velha pretensão da plenitude de subjugar aprioristicamente os fatos sociais, cede espaço para o influxo da filosofia e do construtivismo normativo.

Margarida Maria Lacombe Camargo evidencia que nos dias atuais a hermenêutica assume papel de destaque na reflexão jurídica.²⁵ Afirma que a nova hermenêutica constitucional visa aproximar a norma jurídica dos campos social e axiológico, demonstrando maior preocupação com a eficácia do direito. O novo momento hermenêutico, que será descrito mais adiante, torna evidente que a interpretação incorpora nessa dialética interpretativa os valores sociais, em completa oposição ao aspecto racionalista da dogmática civilista enquanto sistema infenso à influência dos valores.²⁶

²²Com base nas linhas precedentes, devo adiantar três problemas insuperáveis ao direito da modernidade. A plena efetivação da hermenêutica jurídica ainda possui como desafio os limites semânticos da linguagem, a abertura infinda dos valores positivados e o choque intersubjetivo provocado pela leitura contraditória desses valores.

²³Hespanha destaca que o formalismo busca sua inspiração na filosofia epistemológica de Kant, tendo como ponto de referência as ciências físico-matemáticas (Para mais detalhes, Cf. HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2015).

²⁴Cito como exemplo as escolas da Livre Investigação do Direito, do Direito Livre e do Realismo Jurídico.

²⁵CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. *Hermenêutica Jurídica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 31.

²⁶*Ibid.*, p. 32.

Compreender essa evolução do pensamento hermenêutico e entender como atualmente a interpretação se coloca como condição indispensável à efetividade e concretização da Constituição são etapas necessárias à condução do objeto de nosso estudo. Veremos que a incorporação dos valores na atividade interpretativa permite a melhor efetividade e concretização das constituições. Partiremos da dialética para compreender o antagonismo desses dois movimentos hermenêuticos e como eles contribuíram para uma concepção concretizante das constituições a partir de visões plurais. Iniciamos pelo positivismo e seu otimismo legislativo; em seguida partimos para o pós-positivismo e seu otimismo judicial. Finalizamos com a concretização a partir da ideia de pluralismo social.

2.1 O formalismo e a visão clássica da separação de poderes: a Constituição como instrumento formal do Estado

Identifica-se a escola positivista clássica como a primeira corrente jusfilosófica que exortou a completude semântica do suporte linguístico e a crença na autossuficiência legislativa.

A doutrina do positivismo se enlaça umbilicalmente à formação do Estado moderno, em ato contínuo à dissolução da sociedade medieval.²⁷ A partir da ruptura com o sistema feudal, o Estado assume o controle normativo e concentra, em suas próprias instituições, grande parte dos poderes, sobretudo o de criar e fazer valer o Direito. Bobbio credits tal fenômeno ao fato de que o poder político não mais “se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária”.²⁸ Há o processo que o autor chama de “monopolização da produção jurídica por parte do Estado”.²⁹

Encontramos os exórdios do positivismo na Inglaterra, em autores como Thomas Hobbes, teórico do absolutismo e da concentração do poder na figura do soberano. A filosofia hobbesiana, orientada por razões utilitaristas, passou a identificar a manifestação do direito enquanto obra de vontade do soberano, como forma de superar o estado de natureza presente na Inglaterra no Século XVII.³⁰ Hobbes afirma que o “direito é o que aquele ou aqueles que

²⁷BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 27.

²⁸*Ibid.*

²⁹*Ibid.*, p. 29.

³⁰Hobbes entende que para superar a condição de anarquia e de guerra de todos contra todos, o homem deve formular um pacto (contrato) com o soberano para que, transferindo-lhe o poder político, possa criar o Estado e atribuir-lhe a força, em uma só instituição que monopoliza o poder coercitivo. A esta monopolização do poder coercitivo por parte do Estado indissociavelmente corresponde a uma monopolização do poder normativo, pois somente com o poder de ditar normas gerais surge o poder de fazer cumpri-las. As normas jurídicas são as únicas

detêm o poder soberano ordenam aos seus súditos, proclamando em público e em claras palavras que coisas eles podem fazer e quais não podem”.³¹ Hobbes atribui ao sistema moral-individualista então vigente a causa das guerras, já que este não seria capaz de obrigar os homens perante os demais.³²

Montesquieu, já sob o azo da monopolização do direito por parte do legislador, desloca o positivismo de Hobbes para o papel do legislador. Sob inspiração notadamente liberal, Montesquieu acolhe o dogma da onipotência do legislador, e defende a monopolização da produção jurídica por parte de um órgão político específico – o Legislativo –, como meio de preservar as liberdades individuais frente as arbitrariedades do monarca e dos juízes.³³ Nesse sentido, Bobbio afirma que o ideário iluminista atribui às codificações a primazia do novo Estado liberal:

As codificações, que representam o máximo triunfo celebrado por este dogma, não são um produto do absolutismo, mas do iluminismo e da concepção liberal do Estado. Como ocorre esta passagem da concepção absolutista para a liberal da teoria da onipotência do legislador? Para compreendê-lo devemos observar que a teoria em questão apresenta dois aspectos, duas faces, uma absolutista e uma liberal. Por um lado, de fato, tal teoria elimina os poderes intermediários e atribui um poder pleno, exclusivo e ilimitado ao legislador, que é o aspecto absolutista. Mas tal eliminação dos poderes intermediários possui também um aspecto liberal, porque garante o cidadão contra as arbitrariedades de tais poderes: a liberdade do juiz de pôr normas extraindo-as do seu próprio senso da equidade ou da vida social pode dar lugar a arbitrariedades nos confrontos entre os cidadãos, enquanto que o legislador, pondo normas iguais para todos, representa um impedimento para a arbitrariedade do poder judiciário.³⁴

Montesquieu defende que a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei, uma vez que ao juiz não deve ser outorgada qualquer liberdade de exercer sua “fantasia legislativa”.³⁵ A suspeição que se coloca sobre a atividade jurisdicional decorre da percepção de que

que são respeitadas graças ao poder de coação do Estado. A partir do momento em que se constitui o Estado, põe-se em segundo plano o direito natural (que na realidade não era respeitado tampouco antes, no estado de natureza) e o único direito que vale é o civil ou do Estado. A frase de Hobbes “não é a sapiência mas sim a autoridade que cria a lei” representa o giro copernicano de entender o fenômeno jurídico enquanto criação normativa da autoridade e não mais como manifestação teológica ou natural (Cf. HOBBS, Thomas apud BOBBIO, Norberto, op. cit, p. 36).

³¹HOBBS, Thomas apud BOBBIO, Norberto, op. cit, p. 36.

³²BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 36.

³³Em seu livro mais famoso, *L'Esprit des lois (1748)*, Montesquieu demonstra que o papel do Poder Judiciário é tão somente garantir a vigência da lei, buscando nela o próprio alcance das decisões judiciais. Afirma o autor que “se os tribunais não devem ser fixos, as sentenças devem sê-lo a ponto de não serem outra coisa senão um texto preciso da lei”. Instaura-se em solo francês o predomínio da desconfiança dos juízes, que reverbera até hoje na organização política do poder judiciário. No País, o controle de constitucionalidade é meramente preventivo e realizado por órgão político desvinculado da estrutura do Poder Judiciário – o Conselho Constitucional. O trabalho do legislador, status conquistado em função do princípio democrático, não pode ser submetido ao controle do Judiciário, composto por integrantes não escolhidos pelo povo. Há a supremacia da lei em face dos julgadores. Uma relação de hierarquia e deferência absoluta.

³⁴*Ibid.*, p. 38.

³⁵*Ibid.*, p. 40.

se o magistrado pudesse modificar as leis com base em critérios equitativos ou quaisquer outras emanadas de sua cosmovisão, o princípio da separação dos poderes restaria suprimido pelo choque de dois legisladores: de um lado, o verdadeiro e autêntico; de outro, o juiz, “que poderia sub-repticiamente suas normas, tornando assim vãs as do legislador”.³⁶

Em larga medida, as escolas hermenêuticas clássicas deram continuidade ao pensamento filosófico de Hobbes e Montesquieu, inaugurando na dogmática jurídica um modo de refletir a aplicação do direito que aspirava anular do campo de atuação jurisdicional as arbitrariedades na aplicação da lei.

Nesse contexto, surgem as escolas de hermenêutica a se contraporem ao direito natural. Forjadas no século XIX, principalmente na França e na Alemanha, fincaram os valores revolucionários no seio do conhecimento jurídico.³⁷ Tiveram como trunfo – é bem verdade – a sistematização do conhecimento jurídico e a substituição das fórmulas apriorísticas pela experiência, assim como a metafísica pelo conhecimento científico.³⁸ Mas, por outro lado, hastearam a doutrina da separação dos poderes a um extremismo exagerado, que ecoou na dogmática constitucional de grande parte dos Estados no século XX. Unido ao surgimento do Estado liberal, o formalismo predominou num contexto de autocontenção das cortes de justiça e no ideário da completude dos textos legais, pretensiosamente capazes de exprimir a autêntica vontade popular replicada pelo órgão legislativo.

As primeiras correntes positivistas defendiam que a interpretação dos textos legais deveria limitar-se a captar o sentido expresso em seus comandos, ou seja, a competência do intérprete é limitada pela clareza do suporte normativo. Canotilho sintetiza que esse limite residia na textura semântica da norma que exprimia a autêntica vontade do legislador, cujo postulado era o princípio do *rule of law* (império da lei).³⁹ Funda-se na concepção cientificista, identificando na metodologia das ciências naturais a metodologia de pesquisa da ciência jurídica. Intenta averiguar os pressupostos lógico-formais da vigência na norma, encontrando no próprio texto normativo o conceito de direito, e o de interpretar como a reconstrução do pen-

³⁶MONTESQUIEU apud BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 40.

³⁷O ideário revolucionário representou o resgate e desenvolvimento da teoria moderna da separação de poderes. O artigo 16 da *Declaração dos Direitos do Homem* chegou a apregoar em seu artigo 16 que “toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição”.

³⁸NADER, Paulo. Filosofia do direito. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 162.

³⁹CANOTILHO, José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1164.

samento expresso no mesmo suporte normativo.⁴⁰ Além disso, compreende a interpretação e a aplicação do direito como um método dedutivo-silogístico-subsuntivo, de associação acrítica e automática de hipóteses legais a fatos concretos.

A principal escola expoente do positivismo, e que influenciou diretamente os ordenamentos jurídicos europeus no século XIX, foi a Escola da Exegese. O movimento teve como substrato o cartesianismo e racionalismo oriundos do pensamento pós-revolucionário francês. O exagerado apego à racionalidade humana conduziu a fórmulas apriorísticas que reconheciam a construção de um substrato jurídico-positivo em que todas as respostas para as controvérsias sociais podem ser encontradas na mera análise silogística dos códigos.⁴¹ Nesse contexto, a aplicação do Direito é reduzida à simples consulta e aplicação dos textos, cabendo ao intérprete encontrar o dispositivo que fundamenta a sua atividade subsuntiva. Rejeita-se a vinculatividade de elemento exógeno ao direito, como a normatividade dos valores.⁴²

Perlustrando esse fenômeno Perelman professa que, à luz do positivismo, o direito é abalizado como sistema “completo, sem lacunas, como coerente, sem antinomias e como claro, sem ambiguidades que deem azo a interpretações diversas”.⁴³ E prossegue afirmando que:

Perante isto, à doutrina apenas restava um papel ancilar – o de proceder a uma interpretação submissa da lei, atendo-se o mais possível à vontade do legislador histórico, reconstituída por meio dos trabalhos preparatórios, dos preâmbulos legislativos, etc.. Quanto à integração das lacunas, a prudência devia ser ainda maior, devendo o jurista tentar modelar para o caso concreto uma solução que pudesse ter sido a do legislador histórico se o tivesse previsto.⁴⁴

Maria Margarida Lacombe Camargo também preleciona que o positivismo buscava no texto legal a resposta para todos os conflitos:

⁴⁰O conceito de interpretação dado por Savigny representa tal concepção forjada pelos pandectistas. O jurista tedesco define a interpretação como “a reconstrução do pensamento (claro ou obscuro, é o mesmo) expresso na lei, enquanto seja possível conhecê-lo na lei” (Cf. VON SAVIGNY, Friedrich Karl. Metodologia jurídica. Campinas: Edicamp, 2004, p. 9 et seq.). Em Savigny, toda lei expressa um pensamento que é válido como norma geral de conduta. Ou seja, o que não for possível extrair da lei não é algo que pode ser aplicado pelo exegeta. A conjugação dos métodos hermenêuticos clássicos (gramatical, histórica, lógica, teleológica, etc) afirmam-se como instrumentos da busca desse pensamento da lei enquanto realidade objetiva. Segundo Savigny, o intérprete deve se colocar no ponto de vista do legislador e, assim reproduzir o pensamento esposado no texto legal.

⁴¹NADER, Paulo. Filosofia do direito. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 162.

^{42c}“Ao situar a expressão textual da norma jurídica (signo) em primeiro plano e ao franquear ao aplicador da lei um espaço mínimo de movimentação, nas situações que dariam ensejo a um exercício maior de criatividade, por mantê-lo atrelado ao elemento genético do ato legislativo, a Escola da Exegese, tanto quanto a Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha (com a qual partilhou diversas concepções e práticas), veio, pois, a incidir na denominada subsunção mecânica, que não prescinde, evidentemente, de atividade interpretativa, porém lhe confere um caráter estático e conservador.” (RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63).

⁴³PERELMAN, Chaim. Lógica jurídica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 34.

⁴⁴*Ibid.*, p. 35.

Havia uma pretensão de se encontrar na lei a resposta para todos os conflitos. De fato, em um momento de pouca complexidade social e progresso em lenta evolução, o código napoleônico conseguiu manter-se praticamente inalterado até o final do século, e com ele as propostas da escola da exegese.⁴⁵

Sobre a veneração codicista da Escola da Exegese, Paulo Nader se manifesta:

Sua formação positivista é indiscutida, pois identifica o Direito com o conteúdo do *codex*, operando apenas no plano da Dogmática Jurídica. A corrente ideológica que reduz o Direito à categoria de fato social é de índole positivista, e a sua exacerbação leva ao equívoco do sociologismo. Outra forma de projeção da filosofia positiva do Direito é representada pelo decisionismo, concepção generalizada nas correntes realistas, que definem o Direito em função de sentenças judiciais.⁴⁶

Na Alemanha, a escola historicista opõe-se à escola da exegese quanto aos meios, mas não se divorcia em relação aos fins. Para os historicistas, o direito positivo é uma construção histórica que emana do espírito geral que anima a todos os membros de uma nação⁴⁷, constituindo-se de síntese de forças, crenças, sentimentos que produzem os institutos jurídicos que se incorporam à cultura do povo. A unidade da nação é, portanto, síntese da sua história. O historicismo encontra em Savigny e Puchta seus maiores expoentes.⁴⁸ Savigny reconhece o direito consuetudinário como fenômeno histórico, considerado como forma genuína de manifestação do fenômeno jurídico enquanto expressão imediata da realidade histórico-social do espírito do povo (*Volksgeist*).⁴⁹ Distingue-se da escola da Exegese porque recusa a codificação como fonte primária do Direito. Por isso, possui clara vertente positivista de natureza psicológica, pois vê a origem do direito no espírito do povo, não em um órgão legislativo.

A Escola Histórica identifica a interpretação como mera “reconstrução do pensamento contido na lei”.⁵⁰ Savigny refuta a criação de normas e institutos jurídicos pela interpretação

⁴⁵CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. *Hermenêutica Jurídica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

⁴⁶NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, pp. 164-165.

⁴⁷Savigny em obra clássica, “Da Vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência” (tradução livre do original: “Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”), expõe a sua devoção pela tradição e pelo passado, buscando na cultura do povo germânico a origem do fenômeno normativo. A construção das normas opera-se informalmente no seio da nação, isto é, no costume, que é o autêntico meio de criação do direito, cabendo à lei a sua reflexão, sob pena de inocuidade do texto. Afirma o autor que “junto a toda nação, que tenha uma história não dúbia, vemos o direito civil se revestir de um caráter determinado, absolutamente peculiar àquele povo do mesmo modo que sua língua, seus costumes, sua constituição política. Todas estas diferentes manifestações não possuem uma existência separada. O que disto forma uma única totalidade é a crença universal do povo, é o sentimento uniforme, de intuições e de necessidades, o que exclui toda idéia de uma origem meramente acidental e arbitrária” (VON SAVIGNY, Friedrich Karl. *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 119 et seq.).

⁴⁸FRANÇA, Rubens Limongi; FRANÇA, Antonio de S. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 9. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 190.

⁴⁹LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 19.

⁵⁰O método histórico prega a neutralidade do juiz, que fica submetido à “vontade da lei”. Justifica essa submissão pela tão desejada significação unívoca da norma legal, coincidente com o método exegético. Não

do direito, assim como o influxo de outros elementos nessa tarefa, cabendo ao aplicador tão somente recuperar a vontade objetiva da lei ao tempo de sua aplicação. Nesse sentido, assevera:

Toda lei deve expressar um pensamento de maneira tal que seja válido como norma. Então, quem interpretar uma lei deve analisar o pensamento contido na lei, deve pesquisar o conteúdo da lei. Primeiro é a interpretação: reconstrução do conteúdo da lei. O intérprete deve se localizar no ponto de vista do legislador e, assim produzir artificialmente seu pensamento.⁵¹

E sobre a completude das leis sustenta:

Porém, a lei deve ser objetiva, ou seja, deve se expressar diretamente. Por este motivo, todas as premissas da interpretação devem se encontrar na própria lei ou em conhecimentos gerais (por exemplo, conhecimento da linguagem da época). A interpretação torna-se fácil se o intérprete se coloca no ponto de vista da lei, mas apenas se for possível conhecer esse ponto de vista por meio da própria lei.⁵²

As críticas às escolas positivistas são fecundas.

Heinrich Henkel sustenta que a confusão entre direito e norma promove um “estreitamento de visão”, pois confunde vigência com eficácia e fonte com forma.⁵³ Resulta na distorção da imagem do direito, subtraindo-lhe elementos espirituais, não diretamente unidos aos aspectos fáticos que envolvem o fenômeno jurídico⁵⁴, dentre os quais pode-se citar a ponderação axiológica dos valores juridicizados. Rejeita a realidade imanente dos institutos jurídicos e a completude dos textos legais.

Bezerra Falcão põe em evidência a dissimulação e ingenuidade da escola exegética e dos pandectistas ao reputarem a aplicação da lei enquanto ato neutro, subsuntivo e não influenciado pelas pré-compreensões do sujeito que defronta o suporte linguístico. Afirma com brilhantismo usual: “literalidade estreita significa coerção sobre as alternativas de sentido, mediante a eleição, quase sempre interesseira, de um ou outro sentido que mais de perto atenda a certos objetivos particularísticos”.⁵⁵

Na mesma trilha, Luiz Alberto Warat atribui à dogmática positivista clássica um subreptício manto protetor de linguagem ingenuamente neutra e descritiva, que transfere ao legislador um altivo poder de fala autorizada pelo âmbito científico, como modo de se lograr mo-

admite elementos exógenos ao direito ou a vinculação com categorias extra-sistemáticas, tampouco reconhece valoração axiológica ou ideológica estranha ao ordenamento jurídico vigente.

⁵¹VON SAVIGNY, Friedrich Karl. Metodologia jurídica. Campinas: Edicamp, 2004, p. 9.

⁵²*Ibid.*, p. 10.

⁵³HENKEL, Heinrich. Introducción a la filosofía del Derecho. Madrid: Taurus, 1968, p. 18.

⁵⁴*Ibid.*, p. 19.

⁵⁵FALCÃO, Raimundo Bezerra. Hermenêutica. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 157-158.

dalidades prescritivas despidas da cosmologia valorativa imanente ao fenômeno jurídico. O Direito, enquanto instrumento retórico, busca simplesmente aquilatar uma aparência analítica de legalidade, fundado em categorias pseudo-explicativas que ignoram os meandros da ordem social.⁵⁶⁵⁷

Luís Roberto Barroso vaticina que o formalismo promove a escassez do papel do Judiciário, pois este se veria impossibilitado de subjugar a decisão política fundamental esposada nos textos legais, em que a interpretação jurídica seria simples “atividade acrítica de subsunção dos fatos à norma”.⁵⁸ A decisão tomada por representantes eleitos não poderia ser substituída pela atividade interpretativa da magistratura, dado que, pela ausência de eletividade de seus membros, careceriam da legitimidade para ingressar em assuntos da atuação majoritária. Portanto, a atuação da função jurisdicional encontrava limites claros: a interpretação extraída do suporte textual e a deferência à vontade do poder político legalmente imbuído de produzir as leis.⁵⁹

Por tais razões, o formalismo rejeitava o elemento substantivo da norma, tomando-a pelo seu aspecto formal e pela interpretação exclusivamente técnico-jurídica, pois o conteúdo crítico e material da norma se afigurava irrelevante para o sistema axiomático-dedutivo vazado pelas escolas positivistas.

Na dogmática constitucional, o patrocínio liberal-positivista da compreensão jurídica enquanto legalismo reverbera nas primeiras concepções de constituição no século XIX. Ela é, conforme Bonavides, formal e de conteúdo nominal, rígida, escrita, hermética em relação ao seu sentido e à realidade circunjacente, cerrada em sua própria realidade.⁶⁰ Em relação à interpretação, Bonavides afirma que o método é conservador por excelência, realizado por uma operação lógico-subsuntiva; não é ato criador ou aperfeiçoador.⁶¹ Promove-se um abismo metodológico entre criar a aplicar o direito, separa-se o sujeito do objeto enquanto categorias metafísicas apartadas. Esse contexto invariavelmente representa o esvaziamento do conteúdo ma-

⁵⁶WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito. Volume II. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 22.

⁵⁷Bonavides acresce que o construtivismo positivista, de cunho neutral e apolítico, promove um “um poder ilimitado ao legislador para dispor sobre o Direito, amparado na crença fácil de que a sociedade, ou melhor, a realidade do Estado constitucional, se deixa reger todo por regras ou normas jurídicas.” (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 171).

⁵⁸BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 312.

⁵⁹CANOTILHO, José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1164.

⁶⁰BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 172.

⁶¹*Ibid.*, pp. 172-173.

terial da constituição em termos de elementos políticos, valorativos e ideológicos, porquanto o sistema constitucional despreza os valores materiais que conduzem a uma interpretação “justa” da norma constitucional.⁶²

Conforme o conceito de Jellinek, a Constituição se reduz ao estatuto que define os órgãos do Estado e seus inter-relacionamentos, determinando o âmbito de sua atuação e a situação de cada um deles em relação ao poder do Estado.⁶³ Nessa trilha, Gilberto Bercovici afirma que a Constituição é norma jurídica superior que abstrai “os problemas de legitimação e domínio da sociedade”.⁶⁴ Enquanto mero instrumento formal de garantia a Carta “não possui qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda de juridicidade do texto”.⁶⁵

Com efeito, em face da redução de legitimidade à legalidade, variadas escolas formalistas questionam a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, uma vez que se tornaria desnecessária e ilegítima a atuação de uma corte de justiça no controle de legalidade de atos aprovados por representantes populares eleitos. Souza Neto e Sarmiento denominam essa crise de legitimidade como “dificuldade contramajoritária”.⁶⁶ Perante esse quadro de esvaziamento do controle jurisdicional dos atos emanados pelos órgãos legislativos e monopólio do sentido normativo ao Poder Legislativo, Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz leciona que se atribuía unicamente ao Parlamento a função de determinar o sentido das leis, reduzindo a função da magistratura à mera aplicação silogística⁶⁷:

Nenhum outro órgão, que não o Parlamento, estava habilitado a dar a palavra final acerca do significado da lei e da própria Constituição. Daí surgia, naturalmente, a impossibilidade do estabelecimento de qualquer procedimento de controle dos seus atos por outro órgão do Estado. O legalismo foi a fórmula que permitiu, através da

⁶²BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 135.

⁶³BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: Uma Relação Difícil. In: Lua Nova: Revista de cultura de política. nº 61. São Paulo: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 2004, p. 5.

⁶⁴*Ibid.*, p. 10.

⁶⁵*Ibid.*

⁶⁶Os autores afirmam que, ao se utilizar a doutrina legalista para amparar críticas à atuação dos juízes, é possível reconhecer, por exemplo, que a jurisdição constitucional pode “conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas” (Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 36).

⁶⁷Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz afirma, nesse particular, que o controle de constitucionalidade das leis não havia sido expressamente discutido porque não havia um problema a ser solucionado. Justamente porque a supremacia da lei retirava qualquer possibilidade de violação delas em face de outra norma em posição de superior hierarquia. Dito em outros termos, reconhecer a possibilidade do controle jurídico-político superveniente dos atos emanados pelo Parlamento representaria a conceder legitimidade de invalidar os seus atos pelo Judiciário, cuja legitimidade era reiteradamente colocada em suspeição. Bem por isso, o valor normativo da Constituição e o sistema de controle de constitucionalidade permaneceu refratária por longos períodos em solo europeu (DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Constituição e hermenêutica constitucional. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, pp. 126-127).

hipertrofia da lei, a legitimação da onipresença estatal, segundo o modelo legalista de ordenação normativa da sociedade: a presença do Estado pareceu reduzir-se à forma legal do Direito mas, em contraposição, esta forma legal era onipresente. Daí porque falar em controle da constitucionalidade dos atos do Legislativo equivaleria, numa maior proporção, em negar a própria essência do Estado.⁶⁸

Dessa malha de conceitos, é preciso evidenciar que o modelo legalista não admite – ou, pelo menos, não anteciparia – os problemas conducentes à aceitação da tese de nulidades dos atos inconstitucionais ou, pior ainda, do controle de constitucionalidade das omissões normativas, de maneira que o sistema de controle de constitucionalidade das leis, tal como vigora atualmente na jurisdição constitucional brasileira, simplesmente não teria efeitos práticos perante a concepção genérica de que as leis são fórmulas autocontidas e legitimadas pela atuação de um único órgão político, ao qual, ancorado na representação popular, cabe unicamente preencher os espaços vazios e determinar os reais sentidos das normas.

Admitir que uma lei pudesse escapar ao juízo de legalidade, de modo a vulnerar normas constitucionais, indubitavelmente resulta na compreensão de que o Parlamento não goza de irrestrita legitimidade, e, por isso, outros preceitos normativos estampados em norma de mais elevada estatura poderiam derrogar ou estorvar a força política do Parlamento. Conclui-se, portanto, que o modelo formalista-legalista rechaça, pelo menos nos seus albores teóricos, o valor normativo da Constituição, no que diz respeito ao posicionamento hierárquico das normas constitucionais em face do restante do sistema.⁶⁹⁻⁷⁰⁻⁷¹

Em vista desse apanhado de críticas, é de se admitir que o formalismo padece de um excesso de rigor e confiança que anuvia a visão e a função do intérprete na confrontação com a problemática jurídica. A redução e a confusão dos conceitos de legitimidade e legalidade

⁶⁸DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 126.

⁶⁹Juristas como Paul Laband negavam à constituição um valor normativo superior que diferenciase em termos formais e materiais as constituições do restante do ordenamento jurídico. Submete-se a vontade política do Estado ao Soberano ou ao Parlamento, recusando a transferência dessa soberania para um documento solene. Portanto, a Constituição e as demais normas se constituem como ato de vontade do Estado e, por tal razão, variam de acordo com a vontade do mesmo Estado. E, assim, a compatibilidade das leis com a Constituição torna-se meramente elemento de política legislativa, e não judiciária. Nesse sentido, Cf. DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998. p. 130.

⁷⁰Essa concepção eventualmente foi mitigada por autores como Georg Jellinek, ao se especular a Constituição como elemento jurídico e constitutivo do Estado, que exerce poder de mando originário e superior sobre o próprio Estado e sobre todas as demais normas. Apesar disso, ainda mantém-se a separação do campo jurídico do sociológico e do político (*Ibid.*, pp. 130-131).

⁷¹A jurisprudência da Suprema Corte americana já havia, há muito, assentando no julgamento *Marbury v. Madison* (1803) a cláusula da Supremacia da Constituição e a obrigatoriedade de realização do controle de constitucionalidade pela mesma Corte. A doutrina do *judicial review*, inaugurado no caso, reclama essencialmente que a Constituição é uma norma vinculante e em posição hierárquica superior às demais, cabendo ao Judiciário afirmar tal superioridade constitucional. Em solo europeu o movimento para a força normativa superior da Constituição tarda e ganha força somente no final do século XIX.

promovidos pelo formalismo extirpa do fenômeno jurídico a incursão axiológica sobre os fundamentos de existência e eficácia da norma jurídica, estreitando os dois campos ao mesmo limiar ontológico. Por isso, limita o intérprete ao plano da vigência e validade, rejeitando o liame axiológico da norma jurídica com valores sociais, morais, democráticos, etc. Prima pelo tecnicismo em detrimento da análise crítica da norma e conseqüentemente rejeita, ou, pelo menos, relega a plano subsidiário o influxo do primado da justiça na consciência jurídica. Retira a possibilidade de controle superveniente da norma pelo Judiciário, eis que a completude e a razão superior do Parlamento tornam despicienda qualquer controle superveniente do conteúdo normativo emanado. Nesse sentido, manifesta-se com a mestria de sempre, o mestre Paulo Bonavides:

Com efeito, desde que o positivismo formal nega a lacunosidade do ordenamento jurídico, todos os problemas que não encontrarem uma solução lógica contida no sistema são comodamente afastados como pseudoproblemas, acarretando assim, sobretudo na esfera constitucional, um alheamento da realidade, um verdadeiro abismo de contradições entre o rigor dedutivista da Constituição formal e as exigências vitais e inarredáveis da Constituição real, num quadro tanto mais dramático quanto mais limitadas são as possibilidades deixadas ao intérprete constitucional, a quem falta o recurso às evasivas civilistas, que têm consentido, sem quebra da metodologia de subsunção, considerar as lacunas jurídicas uma exceção e buscar-lhe o preenchimento sucessivamente na analogia, nos valores e fins pretendidos pelo legislador, nas representações valorativas da comunidade, e, como se tudo isso ainda não bastasse, até mesmo em considerações emanadas de valorações meramente pessoais ou subjetivas.⁷²

Na mesma senda, o eminente professor Gérson Marques de Lima reconhece nesse movimento uma típica acepção reducionista do direito, que reflete numa “sociedade burocrática despreocupada com os valores de moral e justiça”.⁷³

Por isso, no exercício da função jurisdicional, o positivismo clássico posiciona o princípio da repartição de poderes como dogma intocável, atribuindo ao Judiciário apenas um papel subsidiário na interpretação normativa, relegada ao mero ato cognitivo mecânico de atribuição de categorias normativas a fatos concretos.⁷⁴ Ao mesmo tempo, irroga unicamente ao

⁷²BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 134-135.

⁷³LIMA, Francisco Gérson Marques de. O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira. 1. ed. Fortaleza: ABC, 2001, p. 42.

⁷⁴Sintetiza esse fenômeno muito bem, Luiz Alberto Warat, afirmando que: “O método exegético, que surgiu sob o signo do modelo napoleônico de direito, configura uma variedade interessante do método gramatical: para a determinação do sentido unívoco das palavras da lei constrói ele a ficção do espírito do legislador. Substancializa, assim, um ente ideal abstrato, logrando através dessa reificação a possibilidade de que o órgão aplicador objetive suas decisões, seus juízos de valor, apresentando-os como dados de uma vontade objetiva e, portanto, sujeitos a verificação. (...) A concepção que orienta o método exegético, tanto como a que inspira o método gramatical, baseia-se na ideia de que as leis conformam um universo significativo e auto suficiente, do qual se pode inferir por atos de derivação racional as soluções para todo tipo de conflito jurídico. Fundamentalmente supõe a figura de um juiz neutro, mecânico, não criativo. O ato de interpretação da lei é para a escola exegética, mais que para qualquer outra, um ato de conhecimento e não de vontade. É nesta corrente que

Legislativo a autêntica função positiva, o verdadeiro ato de vontade encarnado nos representantes do povo.⁷⁵ Essa visão clássica de separação de poderes pressupõe a ideia de um governo constitucional com poderes limitados pela força das leis e pela declaração de direitos individuais veiculada na carta política. Na concepção do Estado liberal clássico, a separação dos poderes seria capaz de gerar uma “dinâmica virtuosa de representação popular e proteção de direitos”.⁷⁶ Nesse contexto, o Poder Judiciário teria uma missão clara de solução de litígios e de aplicação das leis ao caso concreto, exercendo uma contenção frente aos temas políticos inerentes à esfera de atuação dos poderes majoritários. A missão institucional do Judiciário nessa ambiência residiria, fundamentalmente, na resolução dos conflitos. Esse modelo inevitavelmente conduz à contenção judicial, uma vez que a racionalidade das leis supunham que situações de “inovação e incerteza seriam raras, para as quais eram previstos procedimentos excepcionais de decisão”.⁷⁷ Sobre o limitado papel do Judiciário nessa conjuntura, Koerner assevera que:

O parâmetro é associado a um processo civilizatório no qual uma forma de Constituição teria sido conformada pelas lutas do liberalismo europeu contra o absolutismo e incorporada à organização constitucional do país desde a Independência. O juiz aparece como um agente civilizador, instituído como poder separado para assegurar a realização do direito ao limitar os excessos dos demais poderes do Estado e julgar litígios.⁷⁸

Nesse cenário de redução da função hermenêutica e da depreciação do papel do exegeta-aplicador, em face da preponderância reconhecida aos textos e ao legislador, retira-se do Poder Judiciário a possibilidade de criar normas, preservando a deferência à vontade esposada nos textos legais e na proclamada vontade do legislador, cabendo aos juízes exercerem uma “atividade de natureza cognoscitiva ou declaratória”.⁷⁹

se detecta com maior clareza a crença num modelo de direito que rende culto ao formalismo, ao valor segurança, em detrimento da equidade. (...). Corresponde a escola da exegética ao típico modelo da ideologia burguesa construindo um sistema jurídico que prometia segurança frente as arbitrariedades do absolutismo que a precedeu, e que se punha como fiadora das normas de desenvolvimento do capital. É neste sentido que a Revolução Francesa é pensada como momento em que a escola alcançou sua personalidade” (WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Editora Síntese, pp. 76-78).

⁷⁵Norberto Bobbio cita que uma das principais características do formalismo era a defesa de uma teoria subjetivista da interpretação, no sentido de que se deveria buscar a revelação da vontade do legislador contida no texto legal. Era o apego à literalidade do texto legal, em razão de um ato de vontade do legislador que subjazia uma vontade popular legitimadora daquele ato. Em virtude disso, não se concebia na atuação do Judiciário a possibilidade de suplantar esse ato de vontade legislativo, apenas a aplicação da lei tal como compendiada, que adquiria o monopólio da manifestação jurídica (Cf. BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, 1995, p. 220).

⁷⁶KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. *Novos estud. - CEBRAP* [online]. 2013, n. 96, p. 71.

⁷⁷*Ibid.*

⁷⁸*Ibid.*, p. 72.

⁷⁹“No plano da Teoria da Interpretação, a Escola da Exegese, [...], defendeu ardorosamente o subjetivismo interpretativo, sustentando que o exegeta deveria sempre buscar a intenção do legislador e a ela se ater com

2.2 A superação do formalismo: a força normativa da constituição, a normatividade dos princípios e a expansão da jurisdição constitucional

A superação ao formalismo partiu de complexos processos sociais, econômicos, culturais e políticos que promoveram erosão da estrutura e dos dogmas jurídicos do Estado liberal, ante a insuficiência do arcabouço legalista de encarar as dificuldades da modernidade, ou, como prefere Bonavides, enfrentar “a tensão entre a Constituição e a realidade constitucional”.⁸⁰ Talvez o exemplo mais proeminente dessa conjuntura tenha sido a ascensão de regimes nazifascistas, que promoveram uma completa desnaturação dos conceitos superiores de justiça, patrocinados por uma atuação cegamente obediente às disposições legais. A atuação conforme a lei justificaram eventos desastrosos para humanidade, com supedâneo em ordenamentos jurídicos que afrontavam qualquer acepção axiológica de justiça e de direitos mínimos à dignidade humana.⁸¹

É possível mencionar também as constantes crises sociais e políticas desencadeadas pelas tensões entre o capital e o trabalho⁸², o que propiciou a eclosão do Estado intervencionista, assentado em uma Constituição dirigente, programática e condensada pela ordem de valores e encargos constitucionalizados, que foram traduzidas em políticas públicas juridiciza-

disciplina férrea. A consequência desse modo de interpretar os textos normativos era o predomínio do método gramatical, complementado pelo histórico, pois a letra da lei é o indicativo mais seguro da vontade do legislador. A liberdade do julgador ficava, destarte, extremamente reduzida, limitando-se, o mais das vezes, à mera aplicação dos enunciados normativos, literalmente considerados, à situação fática a ele submetida, o que veio a consubstanciar a chamada subsunção mecânica ou automática. Recusava-se ao Poder Judiciário a possibilidade de contribuir para a criação do direito, devendo os magistrados, devidamente informados pela exegese científica, se ater à estrita concretização da vontade do legislador, exercendo, pois, tanto quanto a doutrina, atividade de natureza cognoscitiva ou declaratória” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63).

⁸⁰Paulo Bonavides afirma que o “positivismo lógico-formal, em razão de conhecer tão-somente a norma, e não a norma somada com a realidade, como aconteceu com o positivismo sociológico posterior, ignorava na melhor tradição liberal a tensão entre a Constituição e a realidade constitucional” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 466).

⁸¹Carlos Alexandre de Azevedo Campos vaticina que o fenômeno de superação do positivismo se deu ubiquamente e recrudescer notadamente após a Segunda Guerra Mundial, momento em que se desenvolveu o intervencionismo estatal patrocinado por constituições analíticas com forte teor dirigente e social. Cita o autor que “não obstante, o debate, já há algum tempo, não é mais uma exclusividade norte-americana. O avanço da justiça constitucional e do papel político de cortes constitucionais foi deflagrado com as constituições democráticas do Segundo Pós-guerra e, desde então, vem acompanhando a sequência de outras ‘ondas de democratização’, estabelecendo-se como uma tendência em várias e diferentes partes do mundo” (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 29-30).

⁸²Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz afirma que as crises sociais desnudaram a pequenez da formulação habitual do liberalismo em resolver problemas basilares da ordem econômica, em especial das camadas mais proletárias da sociedade. Diante disso, o autor afirma que o declínio do programa político liberal decorre da inoperância da fórmula das liberdades negativas em fornecer soluções viáveis para as inúmeras contradições sociais que se avolumavam no seio das sociedades europeias (DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 131).

das na feição de elementos principiológicos.⁸³

Sobre a dificuldade de as constituições apanharem os elementos latentes à nova realidade social e política, Jorge Miranda se manifesta:

Fica ultrapassado um modo de encarar a Constituição, extingue-se a fé que fora apatrimônio do constitucionalismo liberal e lhe fizera atribuir o nome. Não se espera mais que os problemas sejam resolvidos pela simples acção das suas normas, uma postura crítica ou de pessimismo substitui com veemência o anterior optimismo. E existem razões para ser assim: as deficiências internas das próprias Constituições positivas; a sua dificuldade de conformar o poder e a vida em tempos de aceleração e de impaciência; os contrastes de concepções sobre a interpretação, a concretização e a aplicação de suas normas; os reflexos da chamada crise da lei ou do Direito; externamente a tensão dialéctica de liberalismo, democracia e socialismo.⁸⁴

Também contribuiu para a superação desse quadro o reconhecimento do limite humano ao racionalismo sistemático atribuído ao legislador e pelas recorrentes situações de inovação e incertezas em que o mecanicismo decisório se demonstraria insuficiente para oferecer a solução justa ao caso concreto. Rompe-se com o ideário liberal de que o Judiciário estaria confinado à missão de solucionar conflitos concretos pela interpretação da lei e aplicação da norma geral aos casos particulares.⁸⁵ Andrei Koerner vaticina que todo esse contexto permitiu o revisionismo das teorias positivistas em três aspectos substanciais: i) transposição dos aspectos valorativos para o campo jurídico; ii) inovação nos métodos de trabalho do intérprete-aplicador, que representa uma viragem hermenêutico-linguística; e iii) maior estimativa e calculabilidade dos impactos das decisões judiciais.⁸⁶

No magistério de Carlos Blanco de Moraes, a nova doutrina constitucional – cunhada de neoconstitucionalismo⁸⁷ – confere novas características às Constituições, como: (i) hiper-

⁸³BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 35.

⁸⁴MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo III – Estrutura constitucional do estado. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 127.

⁸⁵KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP* [online]. 2013, n. 96, p. 71.

⁸⁶*Ibid.*, p. 72.

⁸⁷O autor define o neoconstitucionalismo como se fosse um “chapéu de chuva”, destinado a agrupar um mosaico de entendimentos diversos que pretendem sustentar uma nova teoria do direito e da Constituição. Não entramos no debate acerca da questão tipológica, apenas buscamos tratar o movimento como uma corrente doutrinária guiada pela pretensão de criar uma teoria da Constituição, concebida por um novo paradigma de interpretação constitucional em matéria de direitos fundamentais e de separação de Poderes. Sobre o assunto, Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v.20, n.78, p. 153-227, jan./mar. 2012, p. 162. Por sua vez, Luís Roberto Barroso define o neoconstitucionalismo como o novo modelo democrático do Pós-Guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica do Pós-Positivismo demarcado pela força normativa das constituições, pela expansão da jurisdição constitucional e pelo desenvolvimento de uma nova hermenêutica vertida para a concretização dos direitos fundamentais. Cf. também: BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 303.

trofia do conteúdo substantivo de princípios e regras, em que tudo pode ser constitucionalizado; (ii) força estruturante das normas constitucionais por todo o ordenamento jurídico, vinculando as relações entre Estado e particulares (eficácia vertical) e entre particulares (eficácia horizontal); (iii) caráter dirigente das normas, vinculando de modo antecipado o poder constituído em relação ao programa a ser seguido e, em certos casos, como deve decidir; (iv) abertura axiológica dos princípios, plasmados por variados valores extrajurídicos de recorte moral, sujeitos à noção superior de justiça e submetidos a um constante processo de densificação, em que se reconhece a precedência axiológica dos princípios sobre as regras; (iv) força normativa dos princípios, situando os direitos fundamentais no vértice da pirâmide Constituição, promovendo a sua convergência em torno da dignidade da pessoa humana; (v) aplicabilidade direta de direitos e garantias fundamentais, dispensando-se a atuação intermédia do legislador para a plena irradiação de seus efeitos.⁸⁸

Em relação ao processo interpretativo das Constituições, Carlos Blanco de Moraes afirma:

No processo interpretativo da normação aberta relativa a direitos fundamentais cumpriria substituir o método dogmático e a lógica subsuntiva, próprios do positivismo, por uma “nova hermenêutica” sem método jurídico ou guiada por um paradigma de ponderação entre princípios reitores de direitos fundamentais concebidos como mandatos de otimização desses direitos (impondo-lhes máxima efectivação concretizadora), fazendo-se prevalecer um deles em razão do circunstancialismo da situação concreta.⁸⁹

Nessa atividade interpretativa, os juízes seriam intérpretes autorizados a exercer não somente uma função fiscalizadora negativa, mas também um tipo de controle positivo sobre o ordenamento jurídico, de modo a se conferir máxima efetividade aos direitos fundamentais previstos na Constituição. Promove-se então uma virada em relação ao monopólio da produção jurídica, dantes cingida ao legislador. A suspeição sobre a atividade jurisdicional é substituída pelo reconhecimento de função supletiva de controle e conformação do juiz enquanto agente civilizador. Dessa maneira, incumbe-se ao Poder Judiciário importante tarefa na garantia e concretização dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais (também chamados de prestacionais), os quais padecem de constantes crises de efetividade promovidas por omissões relativas ou absolutas do legislador.⁹⁰ Destaca-se, então, o papel da nova hermenêu-

⁸⁸MORAIS, Carlos Blanco de. O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v.20, n.78, p. 153-227, jan./mar. 2012, pp. 163-166.

⁸⁹*Ibid.*, p. 163.

⁹⁰No escólio de Andrei Koerner, em uma visão mais otimista da expansão do judiciário nessa nova hermenêutica constitucional, o papel da jurisdição constitucional seria hipertrofiado como “dever dos juízes de não só interpretar a Constituição, mas também torná-la efetiva, e uma necessidade objetiva decorrente da chamada

tica constitucional como “fonte metódica de operações interpretativas e integrativas de concretização dos mesmos direitos”.⁹¹ Impende afirmar que no plano do controle de omissões constitucionais, evolui-se o papel das cortes constitucionais para a superação das omissões pela complementação normativa dos preceitos lacunosos a partir da atividade jurisdicional.

Em defesa de uma concepção substancialista, alguns autores como Oliveira Vianna e Paulo Bonavides identificam na judicialização da política e na hipertrofia do Poder Judiciário elementos salutareos na dinâmica ordinária da funcionalização dos poderes políticos:

(...) o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial. (...) Em síntese a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.⁹²

Essa viragem ontognoseológica de (re)compreender, a um só tempo, o conceito e o conteúdo das constituições, bem como a relação do intérprete com o conteúdo normado, afirmou-se como importante instrumento na revitalização civilizatória das sociedades no Pós-Guerra. Erigiu-se um arcabouço constitucional menos preocupado com os aspectos formais⁹³ e mais atento à orquestração do conteúdo principiológico, à irradiação da força normativa dos valores juridicizados e à tarefa concretizante pelos atores políticos competentes. Esse paradigma hermenêutico-constitucional singulariza-se como exigência ancilar à refundação política de um novo Estado Constitucional⁹⁴, ancorado não mais no antigo arquétipo liberal da reparti-

inoperância dos outros poderes e a omissão patológica do Poder Legislativo” (KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Novos estud. - CEBRAP* [online]. 2013, n. 96, p. 72).

⁹¹MORAIS, Carlos Blanco de. O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo ativista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v.20, n.78, p. 153-227, jan./mar. 2012, p. 165.

⁹²STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 42-43.

⁹³Gustavo Binenbojm obtempera que a evolução do positivismo jurídico contribuiu para o desenvolvimento de um conceito formal de Constituição, em oposição a um conceito material, pelo reconhecimento de sua superioridade hierárquica em relação às leis. Nas palavras do autor, “Tal superioridade está assentada no predicado da rigidez constitucional, que pressupõe um conjunto de óbices e procedimentos mais dificultosos para a alteração do texto da Constituição que para a modificação da legislação ordinária” (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 57).

⁹⁴Paulo Bonavides considera a partir desse momento que princípios “são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos”. E por isso, são alçados à categoria de norma de “eficácia suprema”. Essas valores positivados são vistos como normas de ápice. E nesse momento, “a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 276).

ção de poderes e na contração (“atuação negativa”) dos agentes estatais. Desloca-se o problema central do constitucionalismo para a formulação de prestações positivas sustentadas por uma dimensão estruturante dos direitos fundamentais e por instrumentos processuais que permitam a sua efetiva realização. Esse pano de fundo permite a fundação do que alguns autores chamam de teoria material da Constituição.⁹⁵

A partir desses fenômenos, a cultura jurídica de maior parte dos países ocidentais transitou de uma compreensão formalista – até então perfilhada pelas cortes constitucionais – para um novo *standard* de atuação identificado pela maior permeabilidade dos aspectos axiológicos no teor decisório, pela maior criatividade e fluidez das decisões judiciais e pela verticalidade dos temas enfrentados pelo Judiciário, que passam a se deter sobre perspectivas cada vez mais políticas e morais.⁹⁶

As justificações filosóficas desse novo contexto derivam de um movimento denominado por alguns autores como pós-positivismo. Sobre esse movimento, Luís Roberto Barroso pontifica:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.⁹⁷

O pós-positivismo se expande como um composto de correntes jurídicas contemporâneas decorrentes da reaproximação entre direito e os valores juridicizados. Paulo Bonavides reconhece no pós-positivismo terceira fase de incorporação dos princípios aos códigos e cons-

⁹⁵A parte material da Constituição é aquela onde estão previstos os direitos fundamentais, que reclamam uma hermenêutica concreta e materializante. Tal concreção é realizada pela interpretação e demanda uma compreensão vinculada à experiência humana do mundo. Nessa dimensão, Paulo Bonavides acrescenta que, com a derrocada do Positivismo, o debate sobre os estudos constitucionais se desloca da parte organizacional e formal da Carta – separação de poderes e distribuição de competências – para a parte de conteúdo da Lei Fundamental, entendido como o rol de direitos fundamentais e as suas garantias assecuratórias, sob a égide de um Estado social (BONAVIDES, Paulo. Teoria geral do estado. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 599).

⁹⁶BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 35.

⁹⁷*Ibid.*, p. 242.

tituições.⁹⁸ Nela, os princípios são entendidos como autêntica categoria de normas jurídica⁹⁹, ostentando, portanto, ampla vinculatividade e aplicabilidade. Em mais um brilhante escólio, Bonavides aduz que:

A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. Mas, antes das formulações jurisprudenciais contidas em recentes arestos das Cortes constitucionais, é de assinalar que deveras importante para o reconhecimento precoce da positividade ou normatividade dos princípios em grau constitucional, ou melhor, juspublicístico, e não meramente civilista, fora já a função renovadora assumida precocemente pelas Cortes Internacionais de Justiça, tocante aos princípios gerais de Direito, durante época em que o velho positivismo ortodoxo ou legalista ainda dominava incólume nas regiões da doutrina.¹⁰⁰

E prossegue qualificando o novo contexto constitucional:

Vive o direito constitucional a era normativa dos princípios. Em verdade compõem eles a plataforma moral e jurídica do pós-positivismo, que pôs abaixo em distintas províncias do direito a hegemonia civilista da matriz romana, e ao invés de ordenações e códigos, fez prevalecer constituições na regência e organização do Estado e da Sociedade. E com isso as constituições, que ontem foram apenas direito natural, hoje são, por inteiro, direito positivo. É pelo prisma dos princípios, derradeiro passo na evolução da normatividade, que o Direito alcança o ponto mais alto de concreitude institucional. E tal ocorre por obra transformativa que veio para ficar, desde a elevação dos princípios constitucionais ao grau de supremacia normativa no interior dos ordenamentos jurídicos. [...]. A constitucionalização dos princípios, em termos de normatividade, funda o Estado principalista. E mais um postulado da teoria material da Constituição que triunfa com a idade do pós-positivismo. Fora dessa doutrina, em nosso entender, não é possível compreender as Constituições, muito menos as interpenetrações sociojurídicas elucidativas de sua normatividade. Salvo se as Cartas Magnas pudessem girar nas esferas abstratas e purificadas de um firmamento social e político, que não é, todavia, o da nossa condição humana.¹⁰¹

A realização do direito se transfere para uma dimensão dinâmica e inclusiva, fncada

⁹⁸Paulo Bonavides demarca três momentos de incorporação dos princípios às cartas políticas: (i) fase jusnaturalista; (ii) fase positivista; e (iii) fase pós-positivista. Na primeira, os princípios ainda se acham afastados da concepção de normatividade e inspiram apenas ideias abstratas de dimensões ética e valorativa dos valores gerais de justiça. Os princípios são juízos gerais sobre o direito, em forma de axiomas que buscam traduzir valores concebidos pela razão. Tais princípios do direito são regras morais inscritas na consciência do homem e deduzidas pela reta razão. As leis não esgotam os princípios, que podem ser encontrados na razão superior – o Direito Natural. A segunda fase introduz os princípios nos códigos como fonte subsidiária e, assim como na fase pretérita, rejeitava-se o valor normativo pleno desses elementos. Os princípios atuavam muito mais como mecanismo interpretativo e meio informador do direito positivo do que elementos dotados de conteúdo normativo próprio. O fundamento do princípio nessa fase é muito mais dedutivo das regras do direito positivo do que prescrições valorativas que as complementavam. Bobbio culmina na compreensão de que os princípios são meros programas e valores despidos de carga normativa, elementos carentes de relevância jurídica na aplicação do direito. Finalmente, chega-se a terceira fase. O pós-positivismo é o fenômeno que implode as concepções anteriores. É uma reação que enceta a força normativa dos princípios, conjugada pela penetração dos valores no campo jurídico (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 265).

⁹⁹*Ibid.*, p. 266.

¹⁰⁰*Ibid.*, pp. 264-265.

¹⁰¹*Ibid.*, p. 25.

na identificação da existência de normas programáticas e principiológicas cujos conteúdos não são aprioristicamente esgotados, transferindo-se ao intérprete o papel suplementar de preenchimento de lacunas axiológicas.¹⁰² A concretização dessas normas se dá pela atividade interpretativa manejada por aquele que se defronta ao conteúdo normado e ao fato social sobre o qual incide. A criação do direito abandona seu *locus* secular, ou seja, abandona o *prius* da atividade política legiferante, e passa a fazer parte de uma realidade inclusiva de novos atores sociais, identificando-se no primeiro momento no Poder Judiciário.

Sobre o contexto, Zagrebelsky assinala que o movimento promove uma reconstrução conceitual, o que chamou de mutação genética – uma força permanentemente orientada para a mudança:

Se alguns fatos forem levados em conta – que hoje os princípios que contêm valores de justiça tornaram-se direito positivo integrado à Constituição; que, conseqüentemente, o apelo à justiça junto ou contra as normas jurídicas, não pode mais ser visto como um gesto subversivo e destrutivo do direito (ao contrário do que acontecia na era do positivismo jurídico), mas sim algo previsto e admitido; que tais princípios consistem fundamentalmente em 'noções de conteúdo variável' e, portanto, cumprem uma função essencialmente dinâmica –, entender-se-á então que uma força permanentemente orientada para a mudança foi introduzida na ordem.¹⁰³

Todo esse fenômeno decorre de incessantes debates doutrinários acerca da própria concepção ontológica de direito e norma jurídica, assim como da natureza da tarefa interpretativa, que conduz a uma releitura da hermenêutica jurídica e do deslocamento dos atores imbuídos de interpretar e aplicar a Constituição.

2.3 A construção da Constituição sob a perspectiva do pluralismo social e o “sentimento constitucional”

É forçoso admitir que a atividade concretizadora das normas constitucionais transfere ao Judiciário a função inegavelmente política, de “construção” da constituição.¹⁰⁴ Os métodos

¹⁰²Humberto Ávila conceitua as normas principiológicas como: “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70).

¹⁰³ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, trad. de M. Gascón, epílogo de G. Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995, p. 14.

¹⁰⁴Esses elementos motivaram profundas modificações na ordem constitucional e na percepção do fenômeno jurídico. Em última instância, conferiram ao Poder Judiciário um novo papel institucional de concretização axiológica da Constituição, o que, indubitavelmente, impeliu os agentes judiciais a se imiscuírem em assuntos políticos e sociais que, não raras vezes, veiculam temáticas polêmicas que afrontam os valores sociais de variados grupos sociais, dando causa ao que corriqueiramente se chama de ativismo judicial.

de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais passam a se deter sobre elementos e dados de entrada que se interligam com a subjetividade do julgador, com suas pré-compreensões e cosmovisões. Esses elementos são transplantados ao processo de interpretação e concretização das normas constitucionais, possuindo elevado impacto no resultado dessa atividade, o que gera o efeito adverso da “dificuldade contramajoritária”¹⁰⁵, mormente nos casos que envolvem temas polêmicos que afrontem valores defendidos por um ou mais grupos sociais. Nessa acepção, a dificuldade enfrentada pelo Poder Judiciário decorre das características que o difere dos demais poderes. A principal questão, sem dúvidas, é a não eletividade dos seus membros, o que estimula a crise de legitimidade democrática na atuação judicial.¹⁰⁶

Diante desse quadro, é mister ressaltar que a aplicação direta de princípios constitucionais e a hipertrofia do Judiciário não são fenômenos indenes de críticas. Na realidade, há copiosas teses contrárias – e muito bem formuladas – que impõem uma revisitação em torno dos limites e parâmetros da *práxis* jurisdicional, em vista de se evitar o arbítrio e a manipulação de conceitos ao talante do julgador. Especialmente ao se considerar que os princípios são categorias normativas que ostentam maior nível de subjetividade do que as normas-regras e, portanto, carecem da atuação intermédia do julgador na sua definição e na maior elaboração científica no plano argumentativo.

Encontramos em Carlos Blanco de Moraes as críticas mais rompantes. As discordâncias do autor português fundam-se essencialmente nos pέλagos da influência moral sobre as categorias normativas do novo modelo. Estimulado por essa perturbação crítica, o autor antecipa os seguintes problemas: i) as constituições seriam resumidas à “principiologia” e o seu estudo à “teoria dos princípios”¹⁰⁷; ii) a jurisdição constitucional verter-se-ia com mais afinco aos princípios do que com regras; iii) o pretense “sistema aberto de valores” nada mais representaria do que “enunciados de valores de ordem moral”; e iv) no mais alto degrau epistemológico, os princípios atingiriam o vetor da fluidez normativa, tornando-se capazes de abranger uma infinidade de relações e, não raramente, até mesmo de paralisar a incidência de uma re-

¹⁰⁵A esse respeito, Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmiento se manifestam: “O cerne do debate está no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que elas entrem em colisões, quem as interpreta e aplica também participa do seu processo de criação. Daí a crítica de que a jurisdição constitucional acaba por conferir aos juizes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permitem moldar a Constituição de acordo com a seus preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas adotadas pelo legislador eleito” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 36-37).

¹⁰⁶BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁰⁷MORAIS, Carlos Blanco de. O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v.20, n.78, p. 153-227, jan./mar. 2012. p. 170.

gra.¹⁰⁸

A tudo isso alguns autores denominam, depreciativamente, de “principiologia”¹⁰⁹ ou “principiologização do direito”.¹¹⁰ A abertura de espaços normativos às cortes de justiça promoveria ampla abertura para o arbítrio no campo interpretativo¹¹¹, sob a capa aparente de uma legitimidade discursiva. As decisões judiciais, ancoradas na ambição argumentativa e no apelo à racionalidade, poderiam inspirar um juízo ou sentimento de controlabilidade; quando, na realidade, tais decisões poderiam estar apenas a serviço do poderio argumentativo em defesa de uma posição subjetiva esculpida pela fluidez do preceito. As soluções puramente argumentativas, extraídas diretamente dos princípios por critérios puramente subjetivos, oferecem terreno que ofusca a segurança jurídica sobre o desfecho dos processos. Nesse aspecto, Blanco de Morais assevera:

Todavia, já não será legítimo impor, como fator exogenético de mutação: fatos que não tenham uma evidente relação material de cabimento no âmbito normativo; o recurso a linhas de reflexão tópicas fundadas numa exuberância argumentativa de ordem filosófica e ideológica que indicie por parte do intérprete um marcado subjetivismo na apreciação dos fatos; e a formulação de soluções normativas consumadas e mudas que contrariem a exigência de fundamentação e o princípio da publicidade.¹¹²

Isso pode ocorrer, por exemplo, quando o Tribunal Constitucional decide unilateralmente revisar o programa normativo-constitucional mediante uma sentença que contém materialmente aditamentos inovadores à Carta Fundamental, carentes de amparo no texto constitucional, fator que, segundo Blanco de Morais, expressa uma autêntica revisão constitucional operada à margem do procedimento constitucional devido e ao arrepio da vontade popular e da vontade manifestada pelo poder constituinte.¹¹³

Aderindo a esse entendimento, Elival da Silva Ramos sanciona que o método da tópicica entra em cena para desempenhar uma função legitimadora da atitude de magistrados que tomavam os parâmetros formais impostos pela Constituição como um dentre outros elementos

¹⁰⁸MORAIS, Carlos Blanco de. O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo ativista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v.20, n.78, p. 153-227, jan./mar. 2012, pp. 170-171.

¹⁰⁹RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito*, Coimbra, ano 143, v. II, p. 43-66, 2011, p. 66.

¹¹⁰RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211.

¹¹¹O autor anota que, ao inverter o grau de hierarquia entre regras e princípios, “os fatos políticos, no contexto de um Estado subordinado ao direito, devem ser conformes ao direito e não o inverso, sob pena da legitimação do arbítrio” (MORAIS, Carlos Blanco de. *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso*. JURISMAT. Portimão, n. 3, pp. 55-90. 2013, p. 82).

¹¹²MORAIS, Carlos Blanco de. *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso*. JURISMAT. Portimão, n. 3, pp. 55-90. 2013, p. 84.

¹¹³*Ibid.*, p. 82.

a serem considerados nas decisões concretizadoras por eles emitida, as quais se guiavam, fundamentalmente, pelo propósito de resolver as controvérsias postas diante de si, ainda que a solução fosse encontrada exclusivamente em elementos morais.¹¹⁴ Diante disso, os métodos interpretativos clássicos, assentados pela Escola Histórica, são reduzidos a meros “instrumentos auxiliares que o intérprete em presença do problema poderá empregar ou deixar de fazê-lo, conforme a valia ocasional eventualmente oferecida para lograr a solução precisa”.¹¹⁵

Como maneira de ilustrar essas linhas teóricas, Blanco de Moraes constrói uma crítica acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal na ADI 4277¹¹⁶, em cujo bojo a Corte reconheceu a constitucionalidade das uniões homoafetivas, em contraste semântico com os comandos fixados na Constituição. O autor afirma que, independentemente de se reconhecer o conteúdo da solução que prevaleceu ter a sua pertinência política e social, o fato é que, a sua revelação por via jurisprudencial envolveu a criação política de uma norma constitucional pela Corte, construída diretamente a partir de princípios fluidos, permitindo a paralisação de uma outra regra constitucional expressa em termos literais. A condução das críticas se assenta na busca por limites claros ao avanço jurisdicional na interpretação da constituição:

Em suma, não parece aceitável uma mutação exogenética decorrente de uma operação interpretativa aparente, em que se separe o princípio ou regra constitucional interpretada, do produto final da interpretação, decorrendo este de uma construção inventiva juiz a partir de conjugações dispersas de valores (constitucionais ou morais) ou de juízos que envolvam a derrogação de uma regra constitucional expressa por um molhe de princípios livremente interpretados [...]. Ao ter-se feito prevalecer a hierarquia de princípios sobre regras e ao ter-se destronado os critérios dogmáticos de relações entre normas ensaiou-se, voluntariamente ou não, uma abordagem de inspiração neoconstitucionalista em sede de controlo de constitucionalidade, a qual não deixou de implicar uma rotura de paradigma, de questionar o papel da segurança jurídica na garantia da Constituição (passando o império dos princípios sobre as regras a impedir um mínimo de calculabilidade sobre o desfecho dos processos e a validade das condutas) e criando-se um precedente sobre uma hipotética precedência entre categorias de normas constitucionais que abre uma “caixa de pandora”.¹¹⁷

Carlos Blanco prega pela atuação criativa dos atores judiciais somente em casos excepcionais; e, ainda assim, com poderes limitados. Somente desse modo poderá a justiça constitucional ter atuação “normativa ou paranormativa”:

¹¹⁴RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 86.

¹¹⁵*Ibid.*, pp. 86-87.

¹¹⁶A corte constitucional reconheceu a proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal e da homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural, reconhecidos como expressão do direito individual à autoafirmação, bem como à intimidade e à vida privada, todos consecutórios da dignidade humana, impõem o reconhecido de que tais princípios se sobrepõem à norma-regra que reconhece o casamento como união entre homens e mulheres (art. 226, § 3º), impondo a interpretação conforme desta perante aqueles.

¹¹⁷MORAIS, Carlos Blanco de. *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso*. JURISMAT. Portimão, n. 3, pp. 55-90. 2013, p. 84.

Só poderá, limitadamente, assumir uma natureza positiva em situações extraordinárias que reclamam uma operação de concretização ou reconstrução constitucionalmente adequada do direito decidido (são os casos da utilização da ponderação em *hard cases* dilemáticos onde estejam em causa conflitos de direitos e interesses de idêntico estalão; da interpretação conforme com a Constituição estribada num efeito vinculante; ou das sentenças com efeitos aditivos). E essa natureza positiva ou “para normativa” da decisão supõe um grau limitado de inovação em face ao direito decidido, na medida em que resulta ser ilegítimo, à luz do Princípio da Competência, que a Justiça Constitucional imponha uma solução interpretativa quando, a partir do preceito interpretado, possam defluir outras interpretações verosímeis e conformes com a Constituição. Ao actuar nesses termos a Justiça Constitucional formularia um juízo de optimização política que seria incompatível com a natureza subordinada, passiva e imparcial que inere à sua função.¹¹⁸

Elival da Silva Ramos teme, parafraseando Édouard Lambert, o chamado “governo dos juízes”.¹¹⁹ E questiona-se: “quem controlará os controladores?”¹²⁰, alertando para o aposamento da constituição pelo intérprete:

No entanto, se a ponderação é vista como um meio de viabilizar a projeção de uma pretensa ordem objetiva de valores sobre um determinado sistema jurídico-constitucional, aos poucos se vai minando a força imperativa do texto que se interpreta e aplica, fazendo com que, nas palavras de Gaetano Azzariti, não mais subsista uma interpretação da Constituição e sim uma Constituição do intérprete.¹²¹

Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, ao discutir a atuação da Suprema Corte americana, quando esta enfrentou forte resistência do Legislativo ao despontar do seu juízo de contenção, afirma que surgiram acalorados debates acerca da “ingerência na esfera de tomada de decisões políticas”, que poderia conduzir à “oligarquia judiciária”, o chamado *government by judges*.¹²²

Até mesmo Paulo Bonavides, que louva os trunfos da nova hermenêutica constitucional, faz críticas às suas distorções. E adverte para os possíveis riscos ao Estado de Direito causados pelo subjetivismo interpretativo:

A moderna hermenêutica constitucional dos valores não trepida em escusar-se com o argumento de que, na sua técnica, ao subjetivismo aparente do intérprete sucede o objetivismo ideológico do sistema, de que é órgão o intérprete. Na verdade, porém, o que houve foi a substituição de um subjetivismo – o do intérprete –, por outro subjetivismo – o do sistema e sua ideologia. Uma substituição evidentemente opressiva e desvantajosa pela possibilidade que traz de destruir o Estado de Direito.¹²³

¹¹⁸MORAIS, Carlos Blanco de. O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v.20, n.78, p. 153-227, jan./mar. 2012, p. 182.

¹¹⁹RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 131.

¹²⁰*Ibid.*, p. 15.

¹²¹*Ibid.*, p. 82.

¹²²DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 117.

¹²³BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 171.

A partir desse recorte, é imperativo reconhecer a necessidade de se incluir novos agentes na dinâmica construtiva da constituição, com esteio em um procedimentalismo democrático e inclusivo.¹²⁴ É bastante compreensível a afirmação de que a atuação valorativa reduz os espaços de certeza na aplicação do direito, proliferando decisões proteiformes, nas quais os julgadores, buscando aplicar os mesmos princípios, podem partir de pré-compreensões divorciadas do mesmo núcleo conceitual comum, e, portanto, podem lançar mão de argumentações antagônicas e imprecisas, emprestando ampla plasticidade ao âmbito normativo do dispositivo. Para além disso, a expansão desenfreada da atuação jurisdicional não parece encontrar limites teóricos clarividentes. Como se viu nas críticas de Carlos Blanco de Moraes, nem sequer o texto legal demarca uma fronteira rígida ao poderio argumentativo.

Essa inquietude dogmática arrosta os teóricos pós-positivistas, que na incessante busca por uma explicação racional, transferem as justificações teoréticas a outros princípios interpretativos, como, a força normativa, a integração, a unidade axiológica, etc. O sistema padece de uma abertura e fluidez sem contornos precisos. Como exemplo trazido acima no posicionamento de Blanco acerca da atuação do STF na ADI 4277, as cortes constitucionais, não ocasionalmente, se valem dos princípios para interpretá-los *contra legem*.

Sobre o monopólio da interpretação pelo Judiciário no perfil substancialista, Elival da Silva Ramos censura para que a jurisdição constitucional não se coloque à disposição de um procedimento elitista, de alheamento da sociedade aos assuntos debatidos no Judiciário:

Não devemos incidir no equívoco elitista de tentar concretizar uma Constituição democrática, paradoxalmente, atribuindo ao povo um papel secundário. O ativismo judicial, que seduz os incautos e agrupa os aristocratas do direito, existe tanto na jurisprudência “progressista” a proclamar a aplicabilidade imediata de direitos sociais veiculados por normas programáticas, quanto na resistência abusiva da Suprema Corte”. [...] Compete aos juristas democratas colocar o seu saber a serviço da construção de instituições que permitam o triunfo de um governo que se faça não apenas em benefício do povo, mas com a sua participação decisiva, diretamente, sob determinadas condições, e indiretamente, de modo diuturno, por meio dos instrumentos de representação política.¹²⁵

Como forma de evitar o descrédito das linhas teóricas pós-positivistas por tais críticas,

¹²⁴Valendo-se do procedimentalismo de Habermas, o Tribunal Constitucional não deve ser guardião de uma ordem suprapositiva de valores. Mas deve zelar para que a cidadania disponha de mecanismos para entendimento da natureza de seus problemas e a forma de sua solução. Nessa linha, o Tribunal Constitucional deve limitar-se a proteger um processo de criação democrática do Direito. (STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 41). Para essa corrente, é necessário “integrar a realidade no processo de interpretação constitucional, o que só se alcançará se forem criados mecanismos idôneos para captar, filtrar e absorver os anseios de todos os atores da cena social” (COELHO, Inocêncio Martires. *As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro*. Revista de informação legislativa. Brasília, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998, p. 159).

¹²⁵RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 283.

acreditamos que o método concretista da “Constituição aberta”, preconizado por Peter Häberle, possui grande respeitabilidade por representar a constituição como um processo aberto, reduzindo as incessantes objeções quanto o círculo fechado dos intérpretes, ao qual Häberle atribui aos intérpretes jurídicos “vinculados às corporações”.¹²⁶ Com isso, pode-se reduzir o risco de uma atuação que monopolize os sentidos conferidos ao texto constitucional.¹²⁷

À conjunção desses e de outros elementos, Häberle nos impõe a ampliação dos legítimos intérpretes da Lei Fundamental, não sendo mais autorizadas nessa tarefa apenas as autoridades públicas. A um só tempo, autoridades, partes, cidadãos e grupos sociais que vivenciam a realidade constitucional passam a ter poder de influenciar as decisões judiciais.¹²⁸ Ao aproximar a legitimidade da atuação das instâncias judiciais ao elemento democrático, Häberle propõe uma abertura metodológica de concretização dos direitos fundamentais à luz do pluralismo social, de modo a se evitar as implicações do hermetismo jurisdicional.

Como destinatários e autores do direito constitucional, os cidadãos devem poder participar e ter voz ativa nos processos de interpretação constitucional, numa cidadania proceduralizada, pois como assevera Gustavo Binbenojm:

Embora à Corte Constitucional se cometa a palavra final sobre a interpretação da Constituição, suas decisões devem ser amplamente fundamentadas e expostas ao debate público, pois a crítica advinda da esfera pública (juristas, operadores do direito, políticos, jornalistas, profissionais liberais em geral) possui um potencial racionalizador e legitimador.¹²⁹

Paulo Bonavides leciona que a construção teórica de Peter Häberle se espraia em três

¹²⁶HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 13.

¹²⁷Häberle cinde a atividade interpretativa em dois momentos: interpretação em sentido estrito e interpretação em sentido lato. A primeira é aquela promovida exclusivamente pelo profissional do direito, a quem caberia exercer uma interpretação fundada nos métodos racionais-científicos da própria ciência jurídica, com alargada influência de matriz civilista propugnada pelos métodos tradicionais delineados por Savigny. A outro giro, a interpretação lata seria capaz de criar larga arena de debate à renovação, pois esta serviria de ponte para ligar o cidadão, como intérprete, ao jurista, como hermeneuta profissional. Desse modo, os juízes constitucionais não participam de forma isolada do processo de interpretação, sofrendo influências dos cointérpretes, a fim de se construir um resultado plural. Sobre a sociedade aberta de intérpretes, Cf. *Ibid.*, pp. 19-24 e BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 509-513.

¹²⁸Do catálogo sistemático proposto por Häberle, além dos atores envolvidos diretamente nos processos de decisão da Corte Constitucional, inclui-se a opinião pública democrática e pluralista, como a mídia (imprensa, rádio, televisão, o jornalismo profissional), os cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do âmbito da atuação organizada, as igrejas, os teatros, as editoras, as escolas, os pedagogos, as associações de pais. Também a doutrina constitucional assume relevante papel por tematizar e colocar em perspectiva elementos constitucionais para o debate fora das instâncias decisórias (Cf. HÄBERLE, Peter, op. cit, pp. 13-16).

¹²⁹BINENBOJM, Gustavo. *A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei n.º 9.868/99*. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 150.

eixos: (i) o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição; (ii) a renovação do conceito de interpretação, como um processo aberto e público; e (iii) a referência desse conceito à Constituição mesma, como realidade constituída e publicizada.¹³⁰ Nessa trilha, Bonavides exalta a constituição como obra aberta, ao afirmar que:

A Constituição aberta, que põe termo a uma ordem constitucional assentada sobre formalismos rígidos e estiolantes, somente se institucionalizará, a nosso ver, em sociedade por inteiro franqueada à supremacia popular. De tal sorte que a politização da juridicidade constitucional dos três poderes possa fazer assim legítimo o sistema de exercício da autoridade, com o funcionamento dos mecanismos de governo transferidos ao arbítrio do povo.¹³¹

Perfecto Ibáñez empresta uma contribuição ética ao novo dever de atuação do juiz nesse modelo plural e aberto. A maneira de conceber a jurisdição recebe contributos da ética judicial. O dever de motivar as decisões, “tanto no que se refere à *quaestio facti* quanto à *quaestio iuris*, demanda do julgar uma atitude de diálogo, efetivamente atenta aos argumentos das partes ao longo do processo”.¹³² Surge assim um verdadeiro dever de dialogar com todos os interessados, inclusive a própria sociedade, o que exige atenção crítica às suas razões, opiniões e manifestações. A racionalidade comunicativa substitui o autoritarismo monologal.

Esse modelo construtivo plural justifica que se veja, no dizer de Willis Santiago Guerra Filho, a “Constituição como um processo”.¹³³ Isso porque a elaboração do texto constitucional não é suficiente para que seu ideário adentre os labirintos sociais e com isso ordene o relacionamento político dos seus integrantes. A realização do programa da constituição dependerá de um “engajamento maciço dos que dela fazem parte nesse processo”, e, portanto, um Estado Democrático de Direito seria, em primeiro lugar, aquele que abre as veredas para essa participação popular também na jurisdição.¹³⁴

A constituição se abre para o futuro, num devir constante de construção. Seu texto é uma “obra aberta”¹³⁵, cujo sentido se constrói e se reconstrói pelos destinatários, numa constante dialética procedimentalizada. A constituição é, no escólio de Willis Santiago Guerra Filho, um “reclamo do Estado Democrático de Direito, visto que ele representa um intento de conciliar valores que só abstratamente se compatibilizam perfeitamente, pois no momento de

¹³⁰BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 510.

¹³¹BONAVIDES, Paulo. A Constituição aberta. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 10.

¹³²IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. En torno a la jurisdicción. 1. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007, p. 48.

¹³³GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos, 1999, pp 24-25.

¹³⁴GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 25.

¹³⁵*Ibid.*, p. 26.

sua concretização podem se chocar”.¹³⁶ E aqui resgatamos a “sociedade aberta dos intérpretes” em Häberle, com a qual Willis Santiago Guerra Filho para proclamar a sua “teoria inclusiva” na epistemologia jurídica, com o objetivo de que:

[...] se estabeleça um amplo debate entre os defensores das diversas concepções a respeito de como melhor compatibilizar os valores em conflito, e isso com a preocupação de sempre preservá-los todos, em seu conteúdo mínimo. Como na pós-modernidade, com o elevadíssimo grau de complexidade e novidade dos problemas sociais, que aí se apresentam, não há mais porque recorrer a nenhuma “receita” ideológica previamente elaborada para se obter soluções, abrindo a possibilidade de cada posição divergente demonstrar a parcela de razão que lhe cabe a superioridade de uma frente as demais, em cada situação particular.¹³⁷

Por isso que não há como se solucionar colisões entre interesses divergentes sem considerar a pluralidade de compromissos assumidos pela Constituição em contraste e, na esfera de um método dialético, com os interesses sociais. Deve-se privilegiar as constituições como instrumento de participação política e exercício permanente da cidadania. Não há mais como amparar a atividade jurisdicional patenteada pela atuação hermética do Judiciário, ou ainda por uma pretensiosa compreensão formalista quanto às aspirações anacrônicas da prévia exaustão normativa.¹³⁸

Nessa democracia inclusiva, no mister de Pablo Verdú, as instâncias decisórias devem promover um “sentimento constitucional”.¹³⁹ A supremacia da constituição não pode cristalizar a supremacia de uma interpretação monopolizada pelos agentes estatais. Ela deve albergar, em seu seio, todos os cidadãos, jungidos aos direitos e obrigação que gravitam em suas esferas jurídicas, pois é a constituição sua casa cívica, à qual devem observância todos os atores sociais: cidadãos e poderes públicos. É preciso franquear a dogmática constitucional para uma ordem política social e plural, e não como mera ordem ou submissão coercitiva. Somente dessa maneira é cabível falar de uma adesão e integração sentida pelos cidadãos às suas instituições de base. É a conexão, a vinculação moral dos cidadãos às instituições desenhadas pela

¹³⁶GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos, 1999, pp. 26-27.

¹³⁷Guerra Filho enfatiza a necessidade de criar uma “pluralidade de descrições da realidade social”, todas igualmente válidas e dignas de acomodação no eixo constitucional. Desse modo, tem-se um compromisso básico do Estado de Direito, que se funda na harmonização de interesses situados em três esferas: (i) a pública, ocupada pelo Estado; (ii) a privada, identificada pelo indivíduo; e (iii) a coletiva, na qual se encontram interesses de membros de coletividades sociais, unidos por interesses econômicos, políticos, culturais, etc. (*Ibid.*, pp 27-29).

¹³⁸Guerra Filho reconhece que no novo momento hermenêutico tem-se uma inegável transferência do centro decisório para o Judiciário. Esse processo judicial constitucional que se instaura passa a atuar em defesa da cidadania. Cita o exemplo das ações de natureza coletiva ou de dimensão constitucional, em que se espera grande atuação civil, como as ações populares, as ações civis públicas, os mandados de injunção, etc. Também podemos reconhecer a atuação dos *amicus curiae* (Lei n. 9.868/99) e as audiências públicas em matéria de jurisdição constitucional (*Ibid.*, p. 29).

¹³⁹VERDÚ, Pablo Lucas. Teoría de la constitucion como ciencia cultural. Madrid: Dykinson, 1997, pp. 59-60.

Constituição e aos direitos e liberdades ali enraizados.¹⁴⁰ É dizer: o sentimento constitucional que une os cidadãos à esfera pública. Esse sentimento permite compreender a constituição como a “Casa Constitucional”, a casa dos direitos da sociedade civil.¹⁴¹

Dessa maneira, faz-se necessário deslocar a jurisdição constitucional a adotar um modelo procedimental que ofereça alternativas e condições para que torne possível, cada vez mais vividamente, a influência da pluralidade de sujeitos em torno de argumentos e visões no processo constitucional que sejam capazes de promover, civicamente, a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

¹⁴⁰VERDÚ, Pablo Lucas. O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 142-143.

¹⁴¹VERDÚ, Pablo Lucas, op. cit, p. 57.

3 ASPECTOS DOUTRINÁRIOS DAS SENTENÇAS MANIPULATIVAS E DAS SENTENÇAS DE EFEITOS ADITIVOS

Partindo de uma simplificação, no plano da jurisdição constitucional, no que se refere ao controle de constitucionalidade das leis, as sentenças de mérito podem ser de total acolhimento do pedido (procedência)¹⁴² – declarando a inconstitucionalidade do preceito impugnado – ou de rejeição total do pedido (improcedência), mantendo a validade da disposição atacada, considerada, portanto, constitucionalmente hígida.¹⁴³

Sob influência de Kelsen, o órgão jurisdicional atua exercendo um controle normativo negativo¹⁴⁴, ratificando a validade do preceito (chancela de validade) ou decretando a sua inconstitucionalidade (declaração de nulidade), neste último caso expurgando a norma disconforme com a Lei Magna do sistema normativo. Daí a referência de Kelsen à função de “legislador negativo”, concedida a um a um tribunal especial¹⁴⁵ que realiza uma espécie de revoga-

¹⁴²Conforme anota Gilmar Mendes, se a Corte Constitucional se convencer de que o direito apreciado se revela incompatível com a Lei Fundamental, então o Tribunal declara a nulidade da lei, reconhecendo, por consequência, *ipso iure*, a sua eliminação do ordenamento – com efeitos *ex tunc* via de regra –, salvo se o Tribunal modular os efeitos da decisão. Lado outro, se o Tribunal se convencer a improcedência da ação, reafirma-se, para todos os efeitos, a lei constitucionalmente válida. Em ambos os casos, nos termos da Lei n. 9.868/99, a decisão sobre o mérito ostenta eficácia *erga omnes* (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2021, p. 2291). Em qualquer dos casos, tem-se a chama “eficácia normativa” da decisão, seja de afirmação ou anulação do preceito (ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 63).

¹⁴³*Ibid.*, pp. 63-64.

¹⁴⁴A jurisprudência da Suprema Corte americana já havia assentado, há muito, no julgamento *Marbury v. Madison*, a cláusula da Supremacia da Constituição e a obrigatoriedade de realização do controle de constitucionalidade pela mesma Corte, ficando consagrado o modelo de nulidades absolutas (*ex tunc*) das normas inconstitucionais, que goza de prestígio hoje no Brasil. A doutrina do *judicial review*, inaugurado no caso, reclama essencialmente que a Constituição é uma norma vinculante e em posição hierárquica superior às demais, cabendo ao Judiciário afirmar tal superioridade constitucional; e, na hipótese de conflito com uma lei infraconstitucional, cabe a invalidação desta. Afirma Gilmar Mendes: “Como todos os Poderes Públicos devem se sujeitar à Constituição, e uma vez que incumbe ao Judiciário a tarefa de interpretar em derradeira instância a Constituição, os atos dos demais Poderes podem ser anulados por decisão do Judiciário, na qualidade de intérprete máximo da Constituição”. (MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit, p. 195). Portanto, se a lei é contrária à Constituição, o ordenamento jurídico não lhe deve emprestar validade, sendo considerada nula desde o seu nascimento. Kelsen deslocou o debate para o controle abstrato das normas e sua centralização em um Tribunal Constitucional, ao estabelecer que, para a necessária preservação da força da Constituição, deve-se atribuir o controle das leis e atos normativos a um órgão exclusivo, cujos membros devem ser independentes e escolhidos pelo Parlamento. A razão se justifica pelo ofício político desempenhado pela Corte, enquanto legislador negativo. Kelsen ainda se opunha à teoria da nulidade *ab initio* adotada pela jurisdição norte-americana, porquanto preferia, sob a lente da segurança jurídica, que as declarações de nulidade gerassem efeito *pro futuro* (*ex nunc*). Para Kelsen, a declaração de inconstitucionalidade do órgão jurisdicional era essencial para expurgar o ato disconforme, assumindo, portanto, além de função declaratória, também constitutivo-negativa (Para mais detalhes sobre o debate entre as duas teorias, Cf. FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 19-27).

¹⁴⁵Kelsen afirma que “caso o poder ilimitado de testar a constitucionalidade de leis seja reservado apenas a um órgão, por exemplo, a suprema corte, esse órgão pode estar autorizado a abolir uma lei inconstitucional não apenas individualmente, isto é, para o caso concreto, mas de modo generalizado, para todos os casos possíveis. A lei inconstitucional pode ser de todo abolida por meio de uma decisão expressa que proclame a sua anulação, ou

ção normativa, uma legislação às avessas, pois a própria anulação encerra um ato de vontade pelo qual a norma é destruída.¹⁴⁶

O contributo kelseniano preconiza a coexistência no plano político tanto de um autêntico legislador positivo, quanto de um “legislador negativo”. Este último é caracterizado como “um órgão que pode ser composto segundo um princípio totalmente diferente daquele do parlamento eleito pelo povo”.¹⁴⁷ Em seus primórdios, essa disposição política se caracterizou por conservar as atribuições legiferantes positivas unicamente no Poder Legislativo¹⁴⁸, de modo a circunscrever ao ambiente majoritário as decisões políticas regidas pela soberania popular e pelo princípio representativo, como consectário do postulado da separação de poderes. Com isso, preserva-se às cortes constitucionais o papel de assegurar a força da constituição em face do ordenamento vigente, por intermédio da aferição de constitucionalidade das normas e a invalidação delas quando afrontarem a constituição – daí a concepção de “legislador negativo”.

Deve-se ponderar, contudo, que as evoluções doutrinárias do direito constitucional impuseram inevitável enfraquecimento a essa teoria. Por razões de ordem política e social, determinados modelos decisórios brotaram da *práxis* judicante como mecanismos de superar flagrantes injustiças em casos concretos submetidos à apreciação dos tribunais constitucionais.

Algumas decisões com elevado grau de criatividade, rompendo de vez com o dogma kelseniano, se situam numa zona cinzenta de classificação quanto ao mérito da decisão.¹⁴⁹ Em verdade, não se pode afirmar serem meras sentenças de improcedência nem de total acolhi-

por meio da recusa da corte em aplicar a lei ao caso concreto sob alegação de sua inconstitucionalidade, sendo então dada a essa decisão o status de um precedente, de modo que todos os outros órgãos aplicadores de Direito, em especial todos os tribunais, sejam obrigados a recusar a aplicação da lei. A anulação de uma lei é uma função legislativa, um ato – por assim dizer – de legislação negativa. Um tribunal que é competente para abolir leis – de modo individual ou geral – funciona como um legislador negativo” (KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 382).

¹⁴⁶*Ibid.*, p. 226 e 389.

¹⁴⁷*Ibid.*, p. 383.

¹⁴⁸O termo foi importado da literatura austríaca, tendo como principal expoente Hans Kelsen. O autor entende que a atividade judicante da Corte Constitucional deveria estar adstrita a uma função de controle da constitucionalidade, o que se equiparava a uma modalidade especial de revogação da lei (daí o termo legislador negativo). Para Kelsen, os tribunais não gozariam de legitimidade para adentrar o mérito de assuntos decididos pelos representantes populares e, portanto, a função positiva de criação de normas estaria situada apenas na esfera de atuação dos legisladores. Kelsen rejeitava que na jurisdição constitucional coubesse espaço para a atuação volitiva da Corte Constitucional, cabendo esta apenas a verificação de constitucionalidade das leis. Do contrário, estar-se-ia diante de contradição inconciliável com a democracia. Para mais detalhes, Cf. BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 68-69.

¹⁴⁹Jorge Miranda conceitua tais decisões como “intermédias” dado que se configuram como opções intercalares entre a decisão de simples acolhimento e a decisão de simples rejeição (MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo III – Estrutura constitucional do estado. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 64).

mento do pedido, posto que, no mesmo julgamento, acolhem parcialmente o pedido e promovem alterações na estrutura complexa do preceito normativo esquadrinhado, acrescentando-o, alterando-o ou reduzindo-o.

Nesse escopo, as cortes constitucionais europeias passam a veicular decisões com elevado grau de criativo. Tais decisões de acolhimento parcial do pedido¹⁵⁰ se valem de uma técnica decisória que, além de declarar a inconstitucionalidade da norma sindicada, na parte em que prevê ou omite determinada prescrição, acresce uma mutação no texto constitucional. Isto representa dizer que a ação da corte constitucional salva uma componente da norma e, ao mesmo tempo, promove sua recomposição para deixá-la em conformidade funcional com a ordem constitucional. Esses pronunciamentos, cunhados pela doutrina italiana de “sentenças manipulativas”, veiculam um ato de vontade positivo, uma autêntica norma jurídica derivada de um ato de interpretação, como se tivesse sido emanada do legislador autêntico.¹⁵¹ O dispositivo da sentença torna-se relevante não apenas para apreciar o pedido da demanda em seus próprios termos, o que normalmente ocorre na atuação clássica das Cortes Constitucionais – em que vigora o dualismo do tudo ou nada –, mas sobretudo para inserir uma norma de reserva dedicada a preservar direitos e garantias fundamentais de determinada categoria ou grupo social, os quais foram desprezados pelo legislador na prescrição originária.

Portanto essas decisões transpõem a barreira clássica da autocontenção para, no mesmo pronunciamento em que declara a inconstitucionalidade, reparar distorções e expectativas legítimas de fruição de direitos menoscabados pela norma.¹⁵²

¹⁵⁰Diga-se em relação a qualquer pretensão à declaração de [in]constitucionalidade.

¹⁵¹José Adércio Leite Sampaio denomina as sentenças manipulativas como “intermediárias” ou “intermédiás”. O autor atribui a essas sentenças um caráter reconstrutivo do direito, transformando-se em autêntica fonte formal do sistema, o que supera o mito do legislador negativo. Nas palavras do autor: “tais sentenças se dividem em ‘normativas’ e ‘transitivas ou transacionais’. As primeiras criam normas gerais. Vale dizer, a ‘lei’, submetida à fiscalização, sofre uma reconstrução que, se não chega a modificar radicalmente seus comandos para um sentido não querido pelo legislador, vê-se, pelo menos, moldada a um significado único, não sendo rara a inclusão de cláusulas ou artigos adicionais, supostamente implícitos por ordem e força das normas constitucionais. Aos demais juízes resta a complexa operação de aplicação, aos casos ocorrentes, da norma assim reconstruída. As sentenças transitivas, via de regra, fundadas num contexto social transitório ou na consideração dos riscos políticos e econômicos das decisões de inconstitucionalidade, terminam por realizar um ‘balanceamento’ entre esses riscos e a própria supremacia constitucional, limitando-se a fazer apelos, simplesmente constatar a inconstitucionalidade ou a legitimidade constitucional provisória e, quando muito, datar a produção dos efeitos ablativos da inconstitucionalidade. Nas sentenças normativas, portanto, o juiz constitucional peca pelo excesso; enquanto, nas sentenças transitivas, peca pela timidez ou pela falta de prestação jurisdicional”. E arremata: “seja como for, em suas faltas ou em seus excessos, 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 esconder” (SAMPAIO, José Adércio Leite. *As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 189-190).

Essa nova função das cortes constitucionais se acentua angularmente quando se confronta o novo constitucionalismo principiológico já discutido nos capítulos iniciais, que oportuniza reconfigurações aos arquétipos constitucionais no Pós-Guerra, sendo o exemplo italiano de abundância teórica. Não é temerário afirmar, neste ponto, que, sob a sinuosa influência dos contextos político e social, o modelo de atuação clássico de “legislador negativo” torna-se absolutamente incompatível com os desafios concretizadores do novo modelo constitucional de inspiração principiológica e programática, elementos com os quais Kelsen ainda não havia dialogado em sua Teoria Pura. Em abono a essa afirmação, preleciona Lênio Streck:

Com efeito, o estrutural-normativismo kelseniano não tinha em mente, com certeza, Constituições dirigentes e tribunais com perspectivas substancialistas. Ao contrário do que pretendia Kelsen, as Constituições (como a espanhola, a portuguesa e a brasileira, para citar as mais contemporâneas) estão repletas de disposições com forte carga de conflitividade, além de conceitos indeterminados, e, desde logo, não estão construídas de forma simétrica como os jardins de Genebra, enfim, como na ordem em que se encontram os dispositivos na Constituição austríaca de 1920, por ele idealizada. Isso significa, precisamente, que, para adequar a lei ordinária a esse modelo de Constituição, o juiz constitucional, ao instaurar seu monopólio, teve de desenvolver, levando em conta os diferentes processos sociais, um tipo de interpretação (e procedimento) distinto daquele que Kelsen havia previsto para a Constituição austríaca, isto é, a da simples derrogação da lei. Por isso, os diversos tipos de sentenças que têm sido elaboradas pelos distintos tribunais constitucionais (sentenças aditivas, manipulativas, construtivas etc.), são dirigidas à atuação e efetivação dos preceitos constitucionais nos diversos sentidos que a interpretação pode conduzir, isso porque o juiz constitucional conta com esse poder de interpretação, que é bilateral, enquanto referida tanto à norma constitucional, como à lei que se coloca como contraponto ao texto constitucional.¹⁵³

Ao fulcro dessas ponderações, é fácil perceber que as decisões manipulativas inauguram um modelo de decisão tipicamente positivo, no sentido de introduzir, diretamente ao substrato jurídico, modificações substanciais com incontestável caráter normativo e, não fortuitamente, dotadas de eficácia *erga omnes*.¹⁵⁴

O paradigma que impele as sentenças aditivas destaca-se pelo elevado grau de criatividade com que os preceitos são inseridos na ordem jurídica a partir da atividade interpretativa.¹⁵⁵ Esse novo *standard* de atuação abala as crenças positivistas e promove o reposicionamento institucional de atuação da Corte Constitucional em sua atividade cotidiana de interpretar e concretizar a Constituição, abandonando de rompante o papel de legislador negativo e

¹⁵²MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 17.

¹⁵³STRECK, Lênio. Jurisdição constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 106-107.

¹⁵⁴MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 17.

¹⁵⁵FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 43.

adotando um novo compromisso que normalmente se confiaria ao legislador autêntico.¹⁵⁶

Rui Medeiros observa que a renovada atuação das Cortes Constitucionais está umbilicalmente ligada à promoção de direitos no Estado Social, em que não se admite apenas a preservação das leis, mas também a preservação dos direitos perante o quadro de omissão legislativa decorrente do colapso do Estado liberal:

A atribuição de uma função positiva ao juiz constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância e da criatividade da função jurisdicional: as decisões modificativas integram-se, coerentemente, no movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito. O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas. [...] a reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal. Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão de medidas soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessário a intervenção activa do Tribunal Constitucional.¹⁵⁷

Essa realidade impõe inegavelmente uma função positiva de “construtor”¹⁵⁸ da Constituição às Cortes Constitucionais. A expansão do protagonismo envolve a politização dos temas inseridos na jurisdição constitucional e as tão amplamente debatidas crises de legitimidade, que são referidas por muitos autores como ativismo judicial.¹⁵⁹

Nas linhas seguintes, será referido o contexto histórico italiano, onde o conceito das sentenças aditivas foi forjado, e de que maneira tal conceito foi essencial para as dificuldades do ordenamento jurídico italiano no Pós-Guerra. Além disso, será analisado uma classificação

¹⁵⁶FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 43-45.

¹⁵⁷MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 493.

¹⁵⁸O termo foi emprestado das consubstanciadas lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Segundo o autor, a experiência brasileira permitiu a observação de que a Lei Magna alçou o Supremo Tribunal Federal a um papel que excede as guaridas de “defensor da Constituição”, enquanto verificador de atos normativos com sua conformidade. Atribuiu-lhe, ao revés, os caminhos para um papel de “construtor da Constituição”. Deslocando o conceito para o tema das sentenças aditivas, é mister reconhecer que a possibilidade de emanação de sentenças com conteúdo normativo, em substituição ao preceito declarado inconstitucional, fortalece e amplia os espaços de atuação da Corte Constitucional para que esta efetivamente assuma o encargo de construtor da constituição. Ferreira Filho chega a comparar o papel do STF como uma terceira câmara legislativa. Sobre isso afirma: “[...] a ação de constitucionalidade não aparece como uma verdadeira ação, e passa a ser uma espécie anômala de “sanção” ou “ratificação” judicial. A lei — de constitucionalidade duvidosa — sairia do Supremo Tribunal Federal sancionada como constitucional. Tal posição revoluciona o papel deste Tribunal como controlador de constitucionalidade, aproxima-o do Conselho Constitucional francês que examina a constitucionalidade da lei, antes desta entrar em vigor (podendo sugerir alterações nela que a tomem compatível com a Lei Magna). Toma, porém, o Supremo Tribunal Federal como que uma terceira Câmara Legislativa” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 221-222).

¹⁵⁹Andrei Koerner identifica o ativismo judicial como uma situação de atipicidade da conduta do julgador, na qual se observa a interpolação da política com o direito. Ao ultrapassar as fronteiras de sua atuação clássica e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o juiz atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos e, portanto, estaria se distanciando de seus quadros de referência (KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Novos estud. – CEBRAP [online]. 2013, n. 96, pp. 72-73).

doutrinária dessas sentenças aditivas.

3.1 A origem das sentenças manipulativas na jurisdição constitucional italiana

A opção pelo estudo da atuação da Corte Constitucional italiana é bastante oportuna. A um, porque se trata do berço jurisprudencial das decisões manipulativas. A dois porque a Corte italiana se exhibe como o órgão jurisdicional que oferece o maior número de contribuições na prolação de sentenças manipulativas. Em profícuo estudo quantitativo das decisões manipulativas, André Dias Fernandes sustenta que no ano de 2014 o número de sentenças manipulativas proferidas pela Corte Constitucional italiana excedeu o número de sentenças declaratórias de inconstitucionalidade simples¹⁶⁰, fenômeno que desafia a lógica do comportamento esperado de uma Corte Constitucional.

As razões são de variadas matizes e envolvem elementos políticos, culturais, jurídicos e sociais.

Na Itália, com o fim da Segunda Guerra Mundial, seguiu-se um quadro de contrastes entre a nova constituição republicana de 1947¹⁶¹ e as leis até então vigentes. Especialmente porque o bloco normativo em vigor havia sido outorgado em um contexto de supressão das instâncias democráticas e dos direitos fundamentais, estando, portanto, colorido de valores fascistas e totalitários.¹⁶²

¹⁶⁰ André Dias Fernandes faz interessante estudo quantitativo acerca das decisões manipulativas produzidas pela Corte Constitucional italiana ao longo do Século XX. Segundo o autor, a adoção dessa técnica decisória pela Corte italiana não é algo incomum; pelo contrário, em vários anos as técnicas manipulativas excedem as decisões de inconstitucionalidade *tout court*. É também o que revela os estudos de Leopoldo Elia e Martín de la Vega, que já produziram dados semelhantes, respectivamente sobre os períodos de 1981 a 1985 e de 1980 a 1987, de modo que essa atuação representa recorrente *modus operandi* da Corte máxima daquele País. Para mais detalhes, Cf. FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 85-86.

¹⁶¹ Dentre os fatores que contribuíram para o contraste do regime constitucional com as normas em vigor avultam fatores políticos e jurídicos característicos do contexto italiano da época. É possível citar, por exemplo, a transição para o regime democrático e republicano; a promulgação de uma Constituição com forte carga principiológica; a renitência de um ordenamento jurídico com resquícios de mandamentos fascistas; a transição para um sistema de controle concentrado e com atuação centralizada na Corte Constitucional; a ineficácia do parlamento em produzir respostas em tempo hábil à sociedade, transformando a nova Constituição em letra morta; e a ausência de instrumentos visando a tutela jurisdicional direta na proteção e concretização dos direitos fundamentais no plano difuso (Cf. ROMBOLI, Roberto. El control de constitucionalidad de las leyes en Italia. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, n. 4, p. 179-205, 2º sem. 1999. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/4/est/est7.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022).

¹⁶² Mark Mazower ressalta que o impacto da Constituição italiana de 1948 sobre a legislação ordinária foi bastante percebido no país, uma vez que a nova carta política afirmou valores contrastantes com o perfil do ordenamento jurídico, composto de leis de cunho fascista, derivadas de princípios e conceitos completamente incompatíveis com os postulados e bases da nova constituição republicana (MAZOWER, Mark. Dark Continent: Europe's Twentieth Century. 1. ed. New York: Vintage Books, 2001, p. 356). Sob esse ângulo, talvez os exemplos mais dignos de nota sejam o Código de Processo Penal italiano, de aspiração inquisitória, e o *Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza – TULPS* (em tradução livre: Texto consolidado de leis da segurança

A renovação das reconfigurações institucionais e políticas engendradas pela nova Carta Política promoveu uma conjuntura de reclamos de proteção dos direitos fundamentais. A corrida à Corte Constitucional italiana exigiu sua atuação direta e imediata no preenchimento dos espaços normativos produzidos pelo ordenamento em vigor, bem como na assimilação impositiva dos preceitos democráticos vicejados pela novel ordem constitucional, em substituição aos resquícios do regime político anterior. Convergiu para esse cenário também a omissão patológica das instâncias legislativas, o que compeliu atuação diferenciada do Tribunal na superação dessas contradições.¹⁶³ Um dos maiores colaboradores à redação da nova Constitui-

pública). Este último se refere a um estatuto que atribui uma série de poderes às autoridades de segurança pública, incluindo medidas de proteção à ordem pública e variados mecanismos de controle e limitação de direitos e garantias, tais como a limitação de reuniões e a concessão de alvarás para o funcionamento de atividades de segurança privadas, etc. A norma foi promulgada ainda durante o governo de Mussolini e representa a hipertrofia de atribuições da órgãos policiais, refletindo as diretrizes daquele contexto político. O estatuto serviu como mecanismo institucional para regulamentar e restringir comportamentos contrários ao regime. A TULPS caracterizou-se essencialmente como um texto de regulamentação de uma polícia administrativa, permitindo, de forma bastante abrangente, inúmeras modalidades de controle estatal das atividades privadas, de modo que pudessem detectar, para supostas finalidades de segurança pública, movimentos de resistência. Inevitavelmente, este foi o principal instrumental de que se valeu o regime autoritário no poder para minar os focos de resistência. Por isso, não é exagero afirmar que tanto o Código de Processo Penal como a TULPS, em razão de suas restrições materiais aos inúmeros direitos fundamentais, foram as normas mais vergastadas em sede de controle de constitucionalidade no Pós-Guerra. Isso se deve em larga medida pelo fato de o Parlamento italiano remanescer inerte em promover as modificações legais necessárias para acomodar os estatutos ao novo regime democrático. E isso, inevitavelmente, franqueou o influxo de atuação mais arrojadas da Corte Constitucional italiana, sobretudo para a eliminação, adição e substituição dos preceitos mais ultrajantes à nova ordem. Cito, de exemplo, a *sentenza* 190/1970, que versou sobre o artigo 304 do Código Processual. A ação atacou a legitimidade da norma que previa unicamente a presença do membro do Ministério Público no interrogatório do acusado, desprezando a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa (todos esposados no artigo 24 da Constituição italiana). O Tribunal entendeu que o dispositivo era inconstitucional na parte em que silenciava acerca da presença do defensor do acusado, ou seja, declarou a inconstitucionalidade na parte omissa quanto à possibilidade de defesa do acusado. Contudo, ao declarar a omissão inconstitucional, a Corte foi além e adjuntou ao ordenamento uma nova norma que vinculou a presença do defensor, sob pena de nulidade processual, ainda que formalmente não houvessem sido promovidas mudanças formais no texto. Esse é um típico caso de sentença manipulativa de efeitos aditivos que ilustra as linhas precedentes. Não fosse a atuação da Corte Constitucional, dificilmente a norma teria sido alterada a contento pelo parlamento. E digo isso porque o novo Código de Processo Penal italiano apenas foi promulgado em 1988, ou seja, mais de quarenta anos após o fim do regime fascista.

¹⁶³Apesar de não ser o foco do trabalho, cabe rapidamente tecer comentários sobre a atuação da Corte Constitucional italiana no modelo de controle de constitucionalidade de seu país. Ao contrário do que sucede no Brasil, em que vigora um sistema de controle misto, que abrange tanto as declarações de inconstitucionalidade pelo juiz singular (incidental ou por exceção) e a declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte em abstrato (concentrado ou objetivo), na jurisdição constitucional do país peninsular, não compete ao juiz singular declarar a inconstitucionalidade das leis. Caso o julgador reconheça a presença de matéria constitucional que, a um só tempo, extrapole as divisas do caso e crie potencial incerteza acerca de violação aos princípios e normas constitucionais, caberá, após os debates de praxe, por sua própria iniciativa ou pelo requerimento das partes ou do membro do Ministério Público, suspender o processo e criar um *procedimento in via incidentale*, submetendo a questão à apreciação da *Corte Costituzionale*. A legislação italiana pontua que, para que haja o controle de constitucionalidade de ato normativo a partir de um processo comum (via incidental), é necessário o preenchimento de alguns requisitos, quais sejam: (i) a relevância do tema enfocado para o desenlace do litígio; (ii) de acordo com o art. 1º da *Legge Costituzionale* nº 01/1948, ratificado pelo art. 23 da *Legge* nº 87/1953, ter a impugnação ocorrido no curso de um juízo (*nel corso di un giudizio*) e diante de uma autoridade jurisdicional (*autorità giurisdizionale*); (iii) não se apresentar manifestamente infundada a arguição, porquanto não se justifica a provocação da *Corte Costituzionale* quando a lei atacada se revela, indiscutivelmente, em compasso e sintonia com a Constituição. Na Itália, portanto, tem-se um sistema de controle concentrado de constitucionalidade com certa mitigação, pois se permite a via incidental para deslocar a questão para análise da Corte Constitucional,

ção italiana – o jurista Piero Calamandrei – reconhecia que, sem modificações profundas na cultura jurídica, a recente Constituição restaria irrealizada sob o véu de uma democracia puramente formal, dado que as leis permaneciam compromissadas com o ideário fascista e com o estado policialesco.¹⁶⁴ Descrevendo o distúrbio da época, Roberto Romboli chama atenção para o fato de que a “atitude obstrucionista de algumas forças políticas” somente permitiu a efetiva instalação da Corte Constitucional oito anos depois da vigência da nova Carta Política.¹⁶⁵

Dessa maneira, para superar o quadro de paroxismo legislativo e cumprir a sua incumbência política, as pronúncias da *Corte Costituzionale* se deslocaram do tradicional escopo de apreciação de validade constitucional do preceito, passando a modificar o seu conteúdo e a equacionar os efeitos de suas decisões no tempo. Isso se deu a partir da interferência das deci-

quando preenchidos os requisitos autorizadores. Segundo Roberto Romboli, isso se deveu pelo temor da “explosão normativa da Constituição”, ocasionada pela exposição política da magistratura ainda no *Statuto Albertino*, em que a magistratura exerceu importante papel de contraposição ao Parlamento (ROMBOLI, Roberto. El control de constitucionalidad de las leyes en Italia. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, n. 4, p. 179-205, 2º sem. 1999. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/4/est/est7.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022, p. 180). De toda forma, prevalece a concentração de competência na *Corte Costituzionale*, fugindo a análise de constitucionalidade da competência dos juízes e tribunais inferiores. Isso nos conduz a um outro fenômeno *sui generis* no país europeu. Enquanto no Brasil formou-se maioria pela rejeição da doutrina da *inconstitucionalidade superveniente*, o tratamento dado à questão por aquele País é assaz diferente. Isso porque a Constituição italiana de 1947, em seu artigo 134, reserva à Corte Constitucional italiana a competência exclusiva para dirimir controvérsias relacionadas à legitimidade constitucional dos atos normativos do Estado e das Regiões (Articolo 134 – La Corte Costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge). A primeira manifestação da Corte Constitucional italiana, a *Sentenza* n. 1/1956, delimitou propriamente a questão e serviu de paradigma para os arestos supervenientes. Na referida ação, buscou-se compreender se o embate entre a *Nuova Costituzione* e as normas jurídicas precedentes ultrapassariam o campo da mera revogação (ab-rogação ou derrogação), a qual resolver-se-ia pelo critério intertemporal, ou adentrariam na seara da inconstitucionalidade superveniente (incostituzionalità sopravvenuta), e se esta última encontraria espaço dentro do ordenamento jurídico italiano. A reação natural da Corte constitucional, até mesmo por questões de paradigma de superação do arcabouço pré-existente, foi no sentido de ampliar a reserva de sua competência também para que submetesse o controle concentrado das normas anteriores ao controle de inconstitucionalidade e aos efeitos da inconstitucionalidade superveniente (*incostituzionalità sopravvenuta*). Esse pessimismo em relação ao controle abstrato fica evidente nas palavras de Paolo Caretti, ao afirmar que “confiar a decisão das questões de legitimidade constitucional para juízes individuais, de fato, acarretava o risco de inevitáveis discrepâncias de julgamento, com as mesmas consequências negativas inevitáveis em termos de segurança jurídica” (CARETTI, Paolo. Diritto Costituzionale e Pubblico. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2017, p. 426).

¹⁶⁴Calamandrei também definiu o período entre 1948 e 1956 – este último sendo o ano em que a Corte Constitucional italiana efetivamente começou a funcionar – como um período de “obstrucionismo da maioria” frente aos avanços da Constituição, com o objetivo de “congelar as partes mais inovadoras” (CALAMANDREI, Piero apud ROMBOLI, Roberto. El control de constitucionalidad de las leyes en Italia. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, n. 4, p. 179-205, 2º sem. 1999. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/4/est/est7.pdf>, p. 182). Durante o período de 8 anos que antecedeu a efetiva instalação da Corte Constitucional, a jurisdição constitucional ficou adstrita ao controle difuso de constitucionalidade pelos juízes singulares, que ficavam responsáveis apenas pela análise de recepção ou não da norma pela nova constitucional, de acordo com a Carta Política ainda vigente no regime fascista (*Statuto Albertino*). A previsão estava estampada na disposição transitória VII da nova Constituição preconizava *in verbis*: “Até que a nova lei sobre o sistema judiciário seja promulgada de acordo com a Constituição, as regras do sistema atual continuam a ser observadas. Até à entrada em funcionamento do Tribunal Constitucional, a decisão dos litígios a que se refere o artigo 134.º realiza-se nas formas e nos limites das regras pré-existentes à entrada em vigor da Constituição”.

¹⁶⁵*Ibid.*, p. 181.

sões sobre as normas, franqueando novos horizontes interpretativos e a moldura de instrumentos decisórios originalmente não previstos na Constituição e nas leis. Os juízes do *Palazzo della Consulta* passaram a operar para além da simples escolha dentro da pluralidade de interpretações possíveis extraídas da orla semântica dos textos legais, criando autênticas normas fundadas no juízo criativo.

Em solo italiano, a justificativa para esse renovado cariz do Tribunal Constitucional decorre, em larga medida, das exigências sociais, políticas e culturais experimentadas pelo país peninsular no Pós-Guerra. É possível citar, dentre outros fatores: (i) a transição para um governo democrático e republicano, acompanhada de fortalecimento das instituições; (ii) a promulgação de uma Carta Política com forte viés progressista; (iii) o anseio popular pela superação do arcabouço legislativo autoritário, retrógrado e desvinculado dos novos preceitos constitucionais; e (iv) a inefetividade do parlamento italiano para superar o quadro normativo anacrônico e descompassado com os novos valores constitucionais.¹⁶⁶ Em relação aos aspectos jurídicos que favoreceram o quadro, é possível citar: (i) a promulgação de uma Carta Política com perfil programático e extenso rol de direitos fundamentais¹⁶⁷; (ii) permanência de um regime jurídico autoritário¹⁶⁸; (iii) os reticentes vácuos normativos causados pelas declarações de inconstitucionalidade emanadas pela Corte¹⁶⁹⁻¹⁷⁰, que, não raramente, obstavam a fruição dos direitos fundamentais; (iv) o laconismo da Constituição italiana em prescrever normas de processo constitucional, como o disposto no artigo 136¹⁷¹; (v) a ausência de instrumentos de tutela direta de direitos fundamentais no âmbito do controle objetivo; e (vi) a cultura ativista

¹⁶⁶DE LA VEGA, Augusto Martín apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 325-326.

¹⁶⁷MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 326.

¹⁶⁸*Ibid.*, p. 327.

¹⁶⁹*Ibid.*

¹⁷⁰A Constituição italiana denomina a declaração de inconstitucionalidade como “declaração de ilegitimidade constitucional”, conforme Artigo 136 da Constituição italiana, que reza: “Quando o Tribunal declara a ilegitimidade constitucional de uma norma de lei ou de um ato tendo força de lei, a norma cessa de ter eficácia a partir do dia seguinte à publicação da decisão”.

¹⁷¹O artigo 136 da Constituição italiana preconiza que “quando o Tribunal declara a ilegitimidade constitucional de uma norma de lei ou de um ato tendo força de lei, a norma cessa de ter eficácia a partir do dia seguinte à publicação da decisão”. André Dias Fernandes evidencia que a disciplina constitucional do artigo 136 manifesta uma intenção original de criar um modelo de jurisdição constitucional ancorada no paradigma kelseniano, concedendo eficácia ex nunc às decisões do Tribunal (FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro*. p. 90). A própria Corte Constitucional italiana se incumbiu de superar essa concepção e incorporar uma série de técnicas decisórias que fazem dela um autêntico legislador positivo. Carlos Blanco de Moraes sustém que, numa leitura puramente textualista, a norma aproxima o regime sancionatório italiano ao austríaco. Contudo, pela via jurisprudencial a própria Corte, numa atuação ativista, aclarou o sentido da norma, preconizando que as decisões da Corte teriam eficácia ex tunc e que o efeito da declaração seria a nulidade, inclusive construindo uma jurisprudência sólida sobre a restrição temporal dos efeitos repressivos (espécie de eficácia modulatória de efeitos). Sobre o tema, Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Tomo II: O direito do contencioso constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 275-276.

dos juízes constitucionais, que permitiu o desenvolvimento de um perfil mais arrojado do órgão.¹⁷²

Convém observar que nos seus primeiros anos de funcionamento, a Corte Constitucional italiana limitou seu poder criativo e preferiu majoritariamente decisões de inconstitucionalidade *tout court*. Cite-se, de exemplo, a *Sentenza 2/1956*¹⁷³, em que se objetivava a inconstitucionalidade do artigo 157 do Texto único das leis de segurança pública, cujo disposto permitia às autoridades locais repatriarem ou transferirem pessoas suspeitas de volta ao domicílio de origem, caso não proovessem documentos de identidade, por suspeitas de práticas atentatórias à ordem, à moralidade e à segurança pública. Debateu-se que o referido artigo ofendia os artigos 13 e 16 da Constituição.¹⁷⁴ A Corte Constitucional italiana julgou pela ilegitimidade constitucional do artigo 157 do Texto único das leis de segurança pública, no sentido de declarar parcialmente inconstitucional na parte em que previa o repatriamento compulsório de pessoas suspeitas. Além disso, interpretou o dispositivo para determinar que a apreensão de pessoas suspeitas deve ser fundada em critérios objetivos, não bastando elementos vagos e incertos contidos no juízo da autoridade policial, transcendendo assim aquela esfera de discricionariedade necessária à atividade administrativa. Desse modo, o Tribunal reconheceu que as leis e a Constituição não podem prever e regular todas as situações ou graduar em abstrato e ante-

¹⁷²André Dias Fernandes traça o perfil de atuação da Corte Constitucional ao longo de mais de cinquenta anos de existência. Segundo o autor, a Corte Constitucional italiana sempre decide as ações no plenário, de portas fechadas, e adota um modelo de decisão denominado *per curiam*, em que não há a publicação dos votos vencidos nem daqueles parcialmente divergentes ou convergentes por fundamentos diversos. Tampouco há no dispositivo da sentença indicação se a decisão foi tomada por maioria ou por unanimidade, de maneira que todas as decisões são formalmente chanceladas pelo colegiado, como se fossem proferidas pela unanimidade dos julgadores. Essa cultura da Corte Constitucional italiana se deve historicamente – pelo menos nos albos de seu funcionamento – à necessidade de afirmar moralmente a força de suas decisões e de atribuir a elas a legitimidade pela unidade do colegiado, numa tentativa de impor a força política e institucional do novo órgão frente aos demais poderes e às exigências da quadra vivente (FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro*, p. 87). Rui Medeiros afirma que historicamente, quando se depara com inércia do Poder Legislativo, a Corte Constitucional italiana, amparada no “constitucionalismo cooperativo”, tem desempenhando um importante papel na concretização de programas constitucionais, com uma função propulsora e muito menos comedida em relação às Cortes Constitucionais dos demais países europeus. Ainda segundo o autor, para a concepção dominante, o saldo de atuação italiana revela uma espécie de *gouvernement des judges* largamente positivo (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 457).

¹⁷³No julgamento em testilha, o Tribunal reafirmou as mesmas razões expostas na sentença n.1 de 5 de junho de 1956, com o qual declarou sua competência para julgar os litígios relativos à legitimidade constitucional de leis e atos com força de lei, ainda que anteriores à entrada em vigor da Constituição.

¹⁷⁴A ofensa decorre da violação à liberdade de locomoção previsto no Artigo 13 da Constituição italiana (“Não é admitida forma alguma de detenção, de inspeção ou perquisição pessoal, nem tão pouco qualquer outra forma de restrição à liberdade pessoal, a não ser por determinação motivada da autoridade judiciária e, unicamente, nos casos e formas previstos por lei”) e à liberdade de manifestação política previsto no Artigo 16 (“Todos os cidadãos podem circular e residir livremente em qualquer parte do território nacional, observadas as limitações que a lei estabelece de maneira geral por motivo de saúde ou de segurança. Nenhuma restrição pode ser determinada por razões políticas”).

cidadamente as limitações impostas ao exercício dos direitos. Além disso conciliou o artigo 157 da TULPS com o artigo 16 da Constituição, vedando as restrições de locomoção por razões políticas. Portanto, ao que se vê, a Corte Constitucional promoveu interpretação restritiva ao embaraço à liberdade de locomoção por motivos estritamente políticos e ao repatriamento obrigatório para o domicílio de origem. Contudo, em relação ao reparo às lacunas promovida pela declaração de inconstitucionalidade, a Corte entendeu ser matéria de exclusiva responsabilidade do Parlamento, e, portanto, não poderia prover a solução pela via jurisprudencial.¹⁷⁵

Ao longo de sua atuação, a Corte percebeu que essa referência de atuação tornou-se insatisfatória em razão da dinamicidade dos fatos e do não atendimento aos anseios sociais do seu tempo, notadamente no que se refere à insuficiente proteção aos direitos fundamentais propiciada pela anulação da norma – da qual decorre um inevitável efeito obstativo.¹⁷⁶ É inevitável concluir que a decretação de nulidade da norma assume inevitável efeito dúplice: além de extirpar a norma inconstitucional, reboca consigo os direitos subjetivos que guarnecem uma coletividade de titulares, despojando seus destinatários no porvir das providências legislativas. Pela própria renovação ontológica das normas e princípios constitucionais – promovida pela nova Constituição –, que passam a ser dotados de aplicabilidade plena, não se deve pode despojar os direitos fundamentais de receber idênticas proteções ao restante do sistema normativo.

Rui Medeiros afirma que a frequente apelação da Corte Constitucional italiana às sentenças manipulativas teve como impulso a tentativa de evitar vazios normativos e situações de danos maiores causados pela pura e simples declaração de inconstitucionalidade. Além disso, pela ausência de mecanismos capazes de limitar os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, a Corte precisou proferir decisões imediatamente auto-exequíveis, capazes de modular os efeitos temporais e até mesmo reconstruir o conteúdo normativo implodido pela declaração de inconstitucionalidade.¹⁷⁷

Com efeito, não demorou para que a Corte Constitucional italiana despertasse o cariz

¹⁷⁵Ao decidir a *Sentenza 2/1956*, a Corte italiana se pronunciou nos seguintes termos: “Prever a incompletude legislativa que possa decorrer da declaração de ilegitimidade constitucional de parte do art. 157 da TULPS é da exclusiva responsabilidade do Parlamento”.

¹⁷⁶Carlos Blanco de Moraes afirma que a “rigidez subjacente à seca alternativa entre sentenças de acolhimento e sentenças de rejeição revelava expressivas lacunas no respeitante à salvaguarda de importantes princípios constitucionais, tais como a segurança jurídica, a proporcionalidade, a igualdade e a conservação dos atos normativos produzidos pelo decisor democrático” (MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Tomo II: O direito do contencioso constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 268).

¹⁷⁷MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 465.

criativo que a singulariza frente as demais cortes europeias.

A *Sentenza* 168/1963 demarcou um ponto de inflexão para o florescimento de decisões de natureza manipulativa e representou, na visão de alguns autores, uma das primeiras sentenças manipulativas na jurisdição peninsular.¹⁷⁸ Em síntese, o julgamento versou sobre a constitucionalidade da Lei 195/1958, que estabeleceu o Conselho Superior da Magistratura, órgão responsável, dentre outras funções, por regulamentar questões acerca recrutamento, cessão de cargos e de funções, transferências, promoções e sanções sobre a atuação dos magistrados. A querela se instaurou, principalmente, pelo disposto no artigo 11, parágrafo primeiro, que atribuiu exclusivamente ao Ministro da Justiça a iniciativa para formular pedidos de recrutamento, transferência e promoção de magistrados. Debateu-se a inconstitucionalidade do referido dispositivo por ferir a autonomia do poder judiciário (prevista nos artigos 104 e 105 da Constituição). Inicialmente, a Corte entendeu que a função atribuída ao Ministro da Justiça não era, por si só, matéria inconstitucional, já que a própria Constituição estabelece a cooperação do Judiciário com o órgão ministerial; todavia, reconheceu a inconstitucionalidade decorrente da ausência de previsão quanto à iniciativa concorrente para as mesmas matérias pelo próprio Conselho Superior. Assim, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo na parte em que excluía de maneira implícita a iniciativa do próprio Conselho Superior da Magistratura, acrescentando em seguida norma que passou a prever a aludida atribuição. Nos termos da motivação da sentença, manter o estado de inconstitucionalidade por omissão sem reparar o vácuo representaria a continuidade de uma ingerência exclusiva do Executivo sobre a atuação funcional dos magistrados e, por consequência, sobre o próprio exercício da jurisdição.¹⁷⁹

Como se evidencia na *Sentenza* 168/1963, o novo *standard* decisório dimana de uma atuação positiva da Corte Constitucional. Esta atuação recebeu inicialmente a nomenclatura da doutrina italiana de “sentenças manipulativas”.¹⁸⁰ O efeito manipulador dessas decisões re-

¹⁷⁸ISRAEL, Lucas Nogueira. A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. 2014. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2014, pp. 23-24.

¹⁷⁹ISRAEL, Lucas Nogueira. A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. 2014. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 24.

¹⁸⁰Segundo Lucas Nogueira Israel, a expressão foi introduzida na Itália por Leopoldo Elia. Outros autores como Crisafulli, Romboli e Guastinni aderem ao mesmo termo. Zagrebelsky prefere o termo “sentença reconstrutiva”. Ruggeri e Spadaro falam em “sentenças interpretativas” (*Ibid.*, p. 16). Na jurisdição portuguesa, Rui Medeiros prefere o termo “sentenças modificativas”, enquanto Carlos Blanco de Moraes utiliza o termo “sentenças manipulativas”. No Brasil, José Adércio Leite Sampaio classifica as sentenças que criam normas jurídicas de caráter geral e vinculante como “sentenças normativas”, classificando-as como: interpretação conforme a constituição, aditivas, aditivas de princípio e substitutivas (SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças

fere-se justamente ao fato de que estas decisões produzem manipulações no ordenamento jurídico, isto é, alteram ou adicionam um novo elemento normativo ao preceito sindicado diretamente pela atuação do juiz constitucional.¹⁸¹ Conforme anota Rui Medeiros, que a Corte adiciona um *quid pluris* em relação ao ponto de partida¹⁸², permitindo a reconstrução póster da norma, como se o julgador estivesse na posição de legislador e governasse sua atuação em tal sentido. Em contraste com o paradigma kelseniano, o juiz não promove um ato de vontade negativo, em relação à expurgação do preceito impugnado; vai além: transforma-o, adapta-o ou integra-o com a ordem constitucional.

Essa função positiva ou integrativa de “manipulação” do ordenamento jurídico estaria em total contraste com a tradicional tarefa negativa-eliminatória que competia ao Tribunal italiano.¹⁸³ Zagrebelsky e Blanco de Moraes reconhecem no regime repressivo da nulidade *ipso iure* (sanção de nulidade) dificuldades de prover soluções satisfatórias aos indivíduos que veem seus direitos obstados pela omissão legislativa, quando a força normativa da Constituição não é preservada ou restaurada após a implosão do conteúdo normado, isto é, após a declaração da sanção máxima de inconstitucional. Isso porque a pura declaração de nulidade com efeitos absolutos eliminaria desnecessariamente uma disposição normativa, mesmo quanto a esta pudesse subsistir no ordenamento um outro sentido normativo “razoável e não inconstitucional”¹⁸⁴ que teria sido perseguido pelo legislador caso tivesse antecipado os elementos sociais que se apresentam ao julgador na análise do caso concreto.¹⁸⁵

3.2 Conceituação das sentenças manipulativas nas doutrinas italiana e portuguesa

Riccardo Guastini conceitua as sentenças manipulativas como os julgamentos em que o Tribunal Constitucional não apenas declara a ilegitimidade constitucional das normas que lhe são submetidas, mas também – atuando como legislador positivo – modifica diretamente o sistema jurídico para reconstruí-lo e harmonizá-lo com a constituição.¹⁸⁶⁻¹⁸⁷ Não muito distante

intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 163-171).

¹⁸¹MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 19.

¹⁸²MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 456.

¹⁸³ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. 1. ed. Bologna: Mulino, 2012, p. 375.

¹⁸⁴MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Tomo II: O direito do contencioso constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 269.

¹⁸⁵ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. 1. ed. Bologna: Mulino, 2012, p. 375.

¹⁸⁶GUASTINI, Riccardo. *Filosofia del diritto positivo*. 1. ed. Torino: Giappichelli, 2017, p. 231.

¹⁸⁷Segundo Lucas Nogueira Israel, três correntes principais sobre a legitimidade político-democrática das sentenças manipulativas se formaram a partir do despertar criativo da Corte Constitucional italiana. A primeira,

desse conceito, Malfatti, Panizza e Romboli definem as sentenças manipulativas como toda decisão que promove modificação, integração, substituição ou redução das disposições submetidas ao crivo do controle de constitucionalidade, a fim de que seja emanado um novo conteúdo normativo diverso do originário, mas que conserve os valores e os desígnios perseguidos pelo constituinte. Além disso, tais decisões devem conservar o atributo de autoaplicabilidade, no sentido de que o órgão jurisdicional modifica diretamente o sentido e alcance do conteúdo normativo sem que haja necessidade de qualquer controle ou assentimento consecutivo pelo Legislador.¹⁸⁸

Dentro da macrocategoria das sentenças manipulativas, Ruggeri e Spadaro distinguem as decisões a partir dos efeitos, que podem ser: (i) no tempo: a Corte manipula os efeitos da decisão declarada inconstitucional no tempo¹⁸⁹; e (ii) no espaço: a Corte transforma o conteúdo material da norma submetida a julgamento¹⁹⁰.

As decisões que transformam o conteúdo material da norma, a doutrina italiana vem

de matriz mais progressista, reconhece a ampla legitimidade das sentenças em relação ao legislador. Jorge Miranda defende que as sentenças manipulativas devem ter caráter vinculante em relação ao legislador, pois seriam decisões que apelariam de forma “mais imediata para a sensibilidade colectiva e a mais próxima dos valores constitucionais”. Desse modo, os direitos fundamentais, enquanto normas potencializadoras da força da constituição, devem admitir a produção de efeitos aditivos e, portanto, estão abertas ao influxo da ampla atuação do Judiciário. Sob outro extremo, há autores que negam peremptoriamente qualquer acolhimento dessas sentenças no Estado de Direito. Gomes Canotilho anota que, embora frequentemente haja um dever jurídico-constitucional do legislador de adotar medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas da Constituição, não se corresponde automaticamente um direito fundamental à legislação. Portanto, a Corte Constitucional deve se manter dentro dos limites do legislador negativo, em razão do princípio democrático e do princípio da separação de poderes. A última, de matriz mais temperada, entende que as decisões manipulativas são soluções constitucionalmente obrigatórias. Carlos Blanco de Moraes entende que as decisões manipulativas são legítimas quando a lacuna é passível de superação por uma solução inequívoca. Do contrário, havendo “pluralidade de soluções normativas”, a Corte não pode se sub-rogar na posição de legislador (ISRAEL, Lucas Nogueira. A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. 2014. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2014, pp. 53-102).

¹⁸⁸MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013, p. 325.

¹⁸⁹Esses são pronunciamentos em que a manipulação ocorre quanto ao aspecto temporal da norma impugnada. Pode ser: (a) a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade – declara-se a lei inconstitucional, mas não a retira do ordenamento jurídico; (b) a declaração de inconstitucionalidade diferida – declara-se a lei inconstitucional, porém afirma outro momento no futuro para a incidência do vício; (c) a declaração de constitucionalidade provisória – rejeita-se o pedido de inconstitucionalidade, mas assevera tratar-se de situação de constitucionalidade temporária, com o fim de incentivar o legislador a promover alteração legislativa futura; (d) a declaração de inconstitucionalidade acertada mas não declarada: em que a norma é reconhecida inconstitucional na fundamentação da sentença, mas não é declarada no dispositivo. A corte identifica o vício, mas entende que somente o Parlamento pode saná-lo, assim como entende que o vazio normativo perdurante pode trazer mais malefícios do que a conservação da norma (RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2019, pp. 148-156).

¹⁹⁰Em relação ao conteúdo, Ruggeri e Spadaro classificam as sentenças manipulativas como: (a) sentença de acolhimento parcial ou redutiva; (b) aditiva, que pode ser dividida em (b.1) aditiva de prestação e (b.2) aditiva de princípio; (c) substitutiva; (RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2019, p. 195).

denominando de sentenças manipulativas em sentido estrito.¹⁹¹ Anota Elival da Silva Ramos que essas sentenças evidenciam um juízo positivo do intérprete, pois “não se limitam a trabalhar o conteúdo dos dispositivos legais fiscalizados mediante a discriminação entre programas normativos compatíveis e incompatíveis com a Constituição”¹⁹². Outrossim partem para a reelaboração mais intensa desse conteúdo prescritivo, reforçando-o com o auxílio de elementos contidos em outras normas ou complexos normativos.¹⁹³

A seu turno, Zagrebelsky inicia sua definição de sentenças manipulativas afirmando que manipular é diferente de interpretar.¹⁹⁴ Segundo o autor italiano, a possibilidade de prover decisões de transformação de normas, em contraste às decisões interpretativas, amplia novos horizontes à declaração de inconstitucionalidade. Isso permite que novos instrumentos decisórios não previstos na jurisdição clássica possam operar para além das escolhas colhidas da polisssemia normativa. O termo “manipulativo” é utilizado para enfatizar que o propósito da operação é a transformação da norma, no lugar da eliminação da lei ou da sua interpretação conforme a Constituição.¹⁹⁵

O autor prefere utilizar o termo “sentenças reconstrutivas”, uma vez que a terminologia “manipulativas” pode remeter a críticas acerca da legitimidade de atuação nesse tipo decisório.¹⁹⁶ Descreve as sentenças “manipulativas” ou “reconstrutivas” como um *post* ao fenômeno das inconstitucionalidades.

Verificada a validade da questão da legitimidade constitucional, com as decisões manipulativas o Tribunal declara a ilegalidade da lei redefinindo seu alcance normativo de várias maneiras: daí a lei deixa o controle de constitucionalidade não interpretado, mas modificado (“manipulado”) de acordo com o que a Constituição exige. Formalmente ele pronuncia recai sobre o texto, mas não com propósitos destrutivos ou mesmos interpretativos, mas com propósitos, precisamente, reconstrutivos.¹⁹⁷

No magistério de Carlos Blanco de Moraes, as sentenças manipulativas são decisões que contrapõem o tipo de “decisões-regras” que caracterizam a jurisdição constitucional clássica.¹⁹⁸ Visam promover uma reparação lógica e imediata no preceito normativo levado a

¹⁹¹RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. Lineamenti di giustizia costituzionale. Torino: G. Giappichelli Editore, 2019, p. 193.

¹⁹²RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 182.

¹⁹³*Ibid.*, pp. 182-183.

¹⁹⁴ZAGREBELSKY, Gustavo. Giustizia costituzionale: il oggetti, procedimenti, decisioni. Bologna: Mulino, 2018, p. 229.

¹⁹⁵*Ibid.*, p. 230.

¹⁹⁶Zagrebelsky prefere denominá-las de sentenças interpretativas ou reconstrutivas em razão da carga semântica depreciativa que o termo manipulativa pode trazer (*Ibid.*, pp. 229-230).

¹⁹⁷*Ibid.*, p. 230.

¹⁹⁸MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça constitucional. Tomo II: O direito do contencioso constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 261.

controle de constitucionalidade, seja pela transformação do sentido, seja pela modulação dos efeitos no tempo, sem promover alterações formais na prescrição esculpida.¹⁹⁹ Segundo o autor, as decisões manipulativas são divididas em: (i) decisões que manipulam a eficácia no tempo da sentença e do direito; (ii) decisões interpretativas condicionais²⁰⁰; (iii) decisões com efeitos aditivos (em sentido lato); e (iv) decisões apelativas.²⁰¹

O autor português defende uma divisão metodológica das sentenças manipulativas, com a qual concordamos, entre decisões manipulativas em sentido amplo e em sentido estrito. As primeiras seriam todas aquelas sentenças intermédias que modelem o sentido ou os efeitos da norma submetida a julgamento, abrangendo tanto as decisões interpretativas²⁰² como as decisões aditivas, que efetivamente impõem intervenção direta do julgador no domínio normativo.

As decisões normativas associadas a uma função positiva da Corte Constitucional, o autor português considera como sentenças manipulativas em sentido estrito. São aquelas em que a Corte Constitucional verdadeiramente agiria como legislador, criando ou modificando normas a partir da reelaboração mais intensa do enunciado prescritivo. Tais sentenças são referenciadas por Blanco de Moraes como decisões com efeitos aditivos em sentido lato²⁰³, pois envolvem a criação de um critério jurídico positivo, reconhecido como integrativo ou reconstitutivo (*pars construens*).²⁰⁴ Há, portanto, uma aproximação entre as sentenças manipulativas em sentido estrito e as sentenças aditivas em sentido amplo.

Essas situações não estão confinadas, mas normalmente ocorrem com as crises de re-

¹⁹⁹MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional. Tomo II: O direito do contencioso constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 261-262.

²⁰⁰Nelas estão incluídas as sentenças interpretativas de acolhimento e de rejeição parcial, como a interpretação conforme e a declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

²⁰¹Sentenças que promovem um apelo ao legislador, como as declarações de inconstitucionalidade sem sanção de nulidade (norma ainda constitucional) e as decisões de constitucionalidade provisória.

²⁰²Nas sentenças interpretativas de rejeição, o Tribunal reconhece a existência de uma única interpretação legítima, concluindo que se interpretada de tal maneira a norma não é inconstitucional e, portanto, o pedido de declaração de inconstitucionalidade não deve ser acolhido. Já nas sentenças interpretativas de acolhimento, a Corte Constitucional julga procedente o pedido de inconstitucionalidade sem redução de texto, eliminando as interpretações reconhecidas como inconstitucionais. Neste caso, o conteúdo da norma é reduzido pela declaração de inconstitucionalidade de uma interpretação possível. Assim, o Tribunal avalia interpretativamente a existência de sentidos normativos não inconstitucionais que justifiquem a subsistência do enunciado após a decisão parcial qualitativa de invalidade (MORAIS, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos*. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 20).

²⁰³Segundo Carlos Blanco de Moraes, essas sentenças seriam “decisões positivas de inconstitucionalidade de cujo conteúdo resulte, tanto um juízo de invalidade, como a indicação de uma norma ou de um princípio normativo que assegurem a criação de condições para que o direito que conformou o objeto da mesma sentença se compatibilize ou harmonize futuramente com a Constituição” (*Ibid.*, pp. 33-34).

²⁰⁴RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2019, p. 193.

gulação dos direitos sociais, os quais exigem por parte do poder público prestações (obrigações positivas), e não simples abstenções, tomando-se por parâmetro a classificação das liberdades “negativas” de matiz liberal.²⁰⁵ Nessas hipóteses, como desdobramento da decisão de inconstitucionalidade sobre a previsão da norma – ou sua omissão –, em determinadas situações será possível o Tribunal Constitucional adjuntar uma parcela normativa extraída da Constituição como forma de reparar diretamente a invalidade declarada pelo *decisum*. São decisões cujo objetivo é evitar o vazio legislativo onde, pela natureza do direito fundamental e das regras da Constituição, um vazio não pode ser tolerado.²⁰⁶

Face esse apanhado, as decisões manipulativas em sentido estrito, objeto deste trabalho, são aquelas cujo pronunciamento da Corte Constitucional recai sobre o aspecto material da norma, mediante atividade mais aguda do intérprete na mutação material da Constituição, assumindo temporariamente o papel de legislador, adicionando conteúdo normativo ao preceito sindicado para emprestar outra acepção que detenha força vinculante e eficácia geral, como se autêntico legislador fosse. Vaticina Carlos Blanco Morais que a introdução de um “critério de decisão positivo” pela via manipulativa destina-se a suprir a vontade inadmissivelmente restrita ou omissiva do legislador. O autor atribui em ampla medida ao princípio da igualdade como o valor constitucional dominante tutelado por essas decisões, a partir do qual o Tribunal Constitucional estende os efeitos de uma norma para outra categoria que foi negligenciada pelo legislador.²⁰⁷

Autores brasileiros, como Souza Neto e Sarmiento, qualificam as decisões manipulativas como um dos casos mais atuais, emblemáticos e polêmicos de hipótese de mutação constitucional pela via interpretativa, operando-se por meio de evoluções jurisprudenciais que se dão por meio de decisões que modificam materialmente o conteúdo normado sem que haja

²⁰⁵ Apesar de as normas afirmativas de direitos estarem normalmente associadas aos direitos de prestação, a classificação é problemática porque também os direitos negativos exigem prestações positivas do Estado, o que inobstante exige atuações do poder público para a preservação dessa classe de direitos.

²⁰⁶ À luz do entendimento amplamente esposado pela doutrina majoritária italiana, de onde originalmente se importou o conceito das decisões manipulativas, tais efeitos das sentenças manipulativas apenas são atribuíveis em sede de controle de constitucionalidade (difuso ou abstrato), no qual a Corte Constitucional se debruça sobre o mérito, isto é, quando não se pronuncia apenas sobre as questões processuais, mas também analisa o pedido em conjunto com o preceito impugnado. Tais casos podem ser as decisões de aceitação parcial, em que a Corte declara a inconstitucionalidade do preceito contestado, assim como as decisões de rejeição, por meio da qual se declara a improcedência total ou parcial do pedido, mesmo que haja falta de fundamento da questão. Saliente-se que, qualquer que seja o tipo da decisão de mérito, abre-se espaço para a prolação de sentenças manipulativas, seja para alargar o campo de incidência do comando fustigado, seja para limitar seu alcance, bem como para revogar totalmente sua incidência em determinadas situações declaradas pela Corte Constitucional. Em suma, sempre que se abre campo para a mutação constitucional e para uma interpretação conforme, abre-se margem para prolação dessas sentenças.

²⁰⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 49.

um processo legislativo concorrendo para tal.²⁰⁸ Gabriel Joner, a seu turno, alude ao fato de que o texto escrito, de caráter rígido, não é imune a imprecisões, sendo um documento com “dinamicidade interna”, o que exige interação com a situação fática e histórica de um país.²⁰⁹ Assim, defende que a Constituição é verdadeira “obra aberta”, cujas influências decorrem de uma cultura constitucional. Por isso, reconhece o autor que nem sempre a rigidez técnica do papel clássico da Corte Constitucional é a melhor medida para a solução de controvérsias constitucionais, o que enseja a evolução da hermenêutica decisória pautada por decisões manipulativas.²¹⁰

3.3 Conceito e tipologia das sentenças de efeitos aditivos

No magistério de Carlos Blanco de Moraes, as sentenças com efeitos aditivos são pronunciamentos complexos da Corte Constitucional que conjugam, a um só tempo, uma declaração de invalidade parcial da norma e uma adjudicação de novo componente ao enunciado esquadrinhado, de modo que o resultado da operação assegure as condições para compatibilizar o direito com a Constituição.²¹¹

Essa adição reside essencialmente no acréscimo de conteúdo normativo ao preceito original pela sentença da Corte Constitucional.²¹² Isso ocorre como consequência de uma sanção de inconstitucionalidade parcial, sucedida de uma atividade positiva que acrescenta ou substitui a parte acoimada do dispositivo por uma parcela normativa, de conteúdo normativo ou principiológico, que reconcilie a lei com a Constituição. São pronunciamentos típicos das situações em que a norma projeta uma discriminação em relação a certo grupo de beneficiários que deveriam ter sido contemplados pelo sistema jurídico. Nesse caso, a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade da norma na parte em que omitiu acerca da estatuição do

²⁰⁸SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 346.

²⁰⁹JONER, Gabriel. Sentenças interpretativas e aditivas: (in)aplicabilidade no âmbito do direito tributário. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 106, n. 975, p. 355-381, jan. 2017.

²¹⁰Na visão desse autor, as sentenças manipulativas em sentido estrito representam verdadeiramente a superação do dogma do legislador negativo e do papel contido do Judiciário no seu papel de aplicador da norma positivada, fato que oportunizou às Cortes Constitucionais criar e agregar conteúdos positivos aos preceitos normativos. Esse é o ponto controvertido que mais recebe críticas, apesar de ser uma tendência no constitucionalismo moderno, mesmo em países que adotam a tradição do *civil law*, como é o caso de Itália, Espanha, Alemanha e Portugal (*Ibid.*, p. 357).

²¹¹MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 34.

²¹²Carlos Blanco de Moraes define as sentenças com efeitos aditivos como “[...] decisões positivas de inconstitucionalidade de cujo conteúdo resulte, tanto um juízo de invalidade, como a indicação de uma norma ou de um princípio normativo que assegurem a criação de condições para que o direito que conformou o objecto da mesma sentença se compatibilize futuramente com a Constituição” (MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça constitucional. Tomo II: O direito do contencioso constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 411).

regime jurídico mais benéfico e, conseqüentemente, promove a recomposição da lei para que o comando seja interpretada de forma a incluir a categoria desprezada pelo legislador.

Perlustrando os ensinamentos de Zagrebelsky, a sentença aditiva (gênero) é uma técnica de decisão de efeito duplo. Há uma parte ablativa (demolatória), na qual se declara a inconstitucionalidade da disposição normativa – que deveria dispor de outro modo para estar em conformidade com a Constituição –, e uma parte reconstrutiva, que se manifesta como imperativo lógico da sanção máxima, vinculando o intérprete a suprir a omissão (*horror vacui*²¹³), por intermédio da extração de uma norma de decisão implícita no sistema, cujo conteúdo é conformado por uma norma existente no ordenamento e latente de aplicação ao caso analisado. Neste contexto, o juiz dimana um preceito que promove a ampliação ou substituição do dispositivo sindicado, de forma que este passe a conter algo não previsto originalmente e, com isso, convole a norma inconstitucional em direito subjetivo fruível pelos destinatários.²¹⁴

Ainda consoante o escólio de Zagrebelsky, as sentenças aditivas são divididas em: (i) sentenças de acolhimento parcial (também chamadas de redutivas ou ablativas)²¹⁵; (ii) sentenças aditivas; (iii) sentenças substitutivas; e (iv) sentenças aditivas de princípios.²¹⁶ Contudo, é preciso esclarecer que a referida classificação não é unânime e encontra divergências. Crisafulli e Guastini, por exemplo, consideram apenas as três últimas como autênticas sentenças manipulativas, dado que estão associadas a uma autêntica função positiva do Tribunal Constitucional.²¹⁷ À tipologia proposta por Zagrebelsky, Carlos Blanco de Moraes ainda acresce as

²¹³MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 26.

²¹⁴ZAGREBELSKY, Gustavo. La legge e la sua giustizia. Bologna: Mulino, 2012, pp. 374-375.

²¹⁵Nessas sentenças, o Tribunal declara a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado “na parte em que prevê” algo que seja inconstitucional, o que pode levar indiretamente à adição de sentido da norma pela exclusão de hipótese restritiva. É o que normalmente ocorre com a declaração de nulidade parcial sem redução de texto ou com a interpretação conforme quando se exclui uma interpretação restritiva da norma, ampliando seus efeitos para outras situações expressamente desprezadas pelo comando original. A inconstitucionalidade parcial sem redução de texto consiste na exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação da norma sem que haja alteração no texto normativo (*Ibid.*, pp. 230-231). Declara-se, portanto, a inconstitucionalidade de determinada hipótese de aplicação da norma atribuída ao texto. No Brasil, a declaração de nulidade parcial sem redução de texto está prevista no artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999.

²¹⁶Há certa divergência quanto à tipologia das sentenças manipulativas, com muitos autores, a exemplo de Guastini e Rombolli rejeitando as sentenças redutivas, no caso de acolhimento parcial de nulidade sem redução de texto, como sentenças aditivas. Os dois autores entendem que da macrocategoria das sentenças manipulativas, somente podem ser manipulativas em sentido estrito as que efetivamente introduzem um novo elemento normativo, tal como as sentenças aditivas e as sentenças substitutivas.

²¹⁷Guastini retira do âmbito das sentenças manipulativas (que também chama de normativas) as sentenças interpretativas em sentido amplo (sentenças interpretativa de acolhimento e rejeição). Para o autor, apenas as sentenças em que o Tribunal Constitucional não se limita a declarar a ilegitimidade das regras que lhe estão sujeitas, mas também – atuando como legislador – modifica diretamente a norma para harmonizá-la com a Constituição. Consoante lição de Guastini, apenas sentenças aditivas (sentido lato) e as substitutivas seriam espécies de sentenças manipulativas (Cf. GUASTINI, Riccardo. Filosofia del diritto positivo. 1. ed. Torino: Giappichelli, 2017, p. 229).

sentenças de revisão constitucional e as sentenças concretizantes de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados.²¹⁸

Qualquer que seja o critério utilizado, por intermédio dessa técnica de decisão declara-se a inconstitucionalidade da norma de exclusão implícita e, ao mesmo tempo, repara-se a lacuna gerada pela exclusão da norma inconstitucional, com a identificação de nova norma aplicável à espécie.²¹⁹

Carlos Blanco de Moraes sustém que as sentenças de efeitos aditivos figuram como categoria de sentenças manipulativas que além de engendrar as funções típicas dos pronunciamentos ordinários (valoração, pacificação e ordenação)²²⁰, promovem também uma função particular da jurisdição constitucional – a reparatória –, caracterizada pela “correção” da ordem jurídica afetada pela sanção de inconstitucionalidade.²²¹

O autor português ainda propõe a classificação das sentenças aditivas pelos seguintes critérios: (i) quanto à natureza do bem jurídico tutelado: sentenças aditivas de garantia e de prestação²²²; (ii) quanto à forma da operação ablativa: sentenças aditivas com ou sem redução

²¹⁸Segundo Carlos Blanco de Moraes, alguns ordenamentos jurídicos ainda admitem determinadas categorias em sede de fiscalização abstrata, como é o caso das sentenças de revisão constitucional e as decisões concretizadoras de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados. As decisões de revisão constitucional foram bastantes comuns na Itália, principalmente no início de funcionamento da Corte Constitucional. Elas promovem uma operação interpretativa sobre a norma constitucional existente, de modo que, à margem do texto e da vontade política do poder constituinte derivado, são criadas novas normas com valor constitucional. (MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. *In*: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 40). Ruggeri e Spadaro denominam essas sentenças de “sentenças manipulativas de revisão constitucional” ou “criativas de nova norma constitucional” (RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2019, p. 205). Trata-se, segundo os autores italianos, da aplicação de técnicas manipulativas sobre o texto constitucional. Em relação às sentenças concretivas de princípios e conceitos indeterminados colhidos da Constituição, Blanco de Moraes vaticina que essas decisões apenas possuem uma variação aparente e não dogmática de conteúdo aditivo, carecendo de atributos que as façam integrar o rol topológico das sentenças aditivas. De todo modo, tais decisões agregam uma indubitável carga aditiva à lei esquadrihada, pois, a partir da função interpretativa comum atribuída à Corte, ela promove a criação de normas diretamente de um parâmetro constitucional eleito, o que pode ser um princípio ou um conceito jurídico indeterminado. Nessa situação, a atividade criativa da Corte é muito mais evidenciada. (MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. *In*: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 39). No Brasil, essas sentenças são bastante utilizadas em Mandados de Injunção. Sobre isso, ver 5.1.

²¹⁹MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Tomo II: O direito do contencioso constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 380.

²²⁰As funções de valoração, pacificação e ordenação são aquelas atribuídas aos pronunciamentos clássicos da Corte Constitucional no seu mister usual de legislador negativo. A valoração se refere ao valor negativo do ato inconstitucional, ou seja, a retirada da vigência da norma inconstitucional. A pacificação decorre da força julgada dos pronunciamentos, que põem cabo aos conflitos, atributo inerente à jurisdição como um todo. Por fim, a ordenação decorre da imperatividade dos julgados, que devem ser observados por todos (efeito vinculante e *erga omnes*). Sobre o tema, Cf: MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. *In*: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 26.

²²¹*Ibid.*

²²²A classificação recai sobre normas que assegurem direitos negativos e direitos positivos. As sentenças de garantias seriam aquelas decisões que reparam violações a posições jurídicas constitucionalmente protegidas, como direitos e liberdades individuais que sofreram indevida restrição pela norma atacada. Geralmente estão

de texto²²³; (iii) quanto ao fundamento da componente reconstrutiva: sentenças aditivas de caráter corretivo ou integrativo²²⁴; e (iv) quanto ao juízo da parte construtiva: sentenças aditivas discricionárias ou constitucionalmente obrigatórias.²²⁵

Ao fulcro dessas ponderações, pode-se concluir que as sentenças aditivas visam evitar o vazio normativo em situações nas quais, de acordo com o regime e a natureza das regras da Constituição, um vazio não é tolerado. São fecundas nas hipóteses em que não é concedida liberdade de conformação ao legislador, ou seja, sua atuação não se insere na orla de discricionariedade desenhada pelo sistema constitucional, de maneira que ao omitir a extensão de um regime jurídico a determinada categoria, a lei recaiu em inconstitucionalidade.²²⁶ Noutros termos, consoante anota Rui Medeiros, o juiz se depara com uma “solução constitucionalmente obrigatória”.²²⁷

Nesse particular, Morais reconhece nas sentenças aditivas um importante mecanismo reparatório aos vazios promovidos pelas omissões relativas do legislador²²⁸, ou mesmo pelas

associadas à violação ao princípio da igualdade, quando a norma omite ou restringe o conteúdo material de um direito a determinada categoria de pessoas. A norma reparadora visa eliminar essa restrição. De outro lado, as sentenças de prestação estariam associados com os direitos a uma prestação pelo Estado, em que a norma inconstitucional restringiria o exercício de direitos econômicos, sociais ou culturais. Nesse caso, a sentença aditiva exigira do Estado não apenas uma proteção ou a extensão do direito, mas a realização daquela prestação em favor do titular. (MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. *In*: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 49).

²²³A diferença reside essencialmente no tipo de declaração de nulidade expedida pela Corte Constitucional. Nas declarações de inconstitucionalidade sem redução de texto, elimina-se o sentido normativo emergente de uma disposição sem excluir o texto. Daí que Morais afirma que a eficácia da sentença não se projeta sobre o texto, mas sobre seu conteúdo normativo, aproximando este tipo decisório das sentenças de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Nas sentenças aditivas com redução de texto, parte da disposição legislativa é suprimida após sua declaração de inconstitucionalidade, fulminando o referido conteúdo do ordenamento jurídico. (*Ibid.*, pp. 50-52).

²²⁴As sentenças corretivas visam transformar o sentido originário da norma declarada parcialmente inconstitucional, de maneira a compatibilizá-la com a constituição. A operação representa uma reparação de uma norma inconstitucional. Assim, aproxima-se das técnicas de interpretação conforme. Já as sentenças integrativas, por outro lado, visam colmatar uma lacuna ocasionada pelo próprio efeito ablativo da decisão, através da identificação de uma norma aplicável já existente no ordenamento jurídico (*Ibid.*, pp. 56-57).

²²⁵Segundo Carlos Blanco de Morais, existe largo consenso que as sentenças aditivas devem ser soluções constitucionalmente obrigatórias, do contrário seriam juridicamente ilegítimas. Nesse sentido, a sentença aditiva demanda a existência de um vazio normativo que careça de preenchimento pelo Tribunal Constitucional de uma solução unívoca, extraída do próprio ordenamento, sendo, portanto, extensão lógica de uma norma constitucional exequível. Não podem existir outras opções, sob pena de invasão ilegítima no espaço decisório do Legislativo. Portanto, as sentenças aditivas devem, obrigatoriamente, revestir-se de uma solução único, não consentindo outras opções verossímeis. Apesar disso, alguns autores admitem a extensão das sentenças aditivas para o juízo amplo de criatividade (*Ibid.*, p. 58).

²²⁶MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 501.

²²⁷*Ibid.*, p. 504.

²²⁸Carlos Blanco de Morais classifica as omissões relativas como violações ao princípio da igualdade, quando um determinado regime jurídico prestigia determinada categoria e ao mesmo tempo não inclui outras, para as quais o constituinte não restringiu o direito objeto de constrição pela norma. Nesse caso, não resta margem de discricionariedade para que o legislador conceda regime normativo diferenciado, sendo considerada a inexistência da norma estendendo o mesmo regime jurídico um silêncio não inclusivo passível de ser sancionado

lacunas decorrentes da decisão de inconstitucionalidade.²²⁹ O autor português menciona três circunstâncias que reclamam pela prolação de sentenças aditivas: (i) na lacuna gerada pelo Tribunal Constitucional que não torne possível a reprimendação do direito anterior, já que este também se mostra lesivo aos interesse público ou à expectativa legítima dos seus destinatários; (ii) no caso das omissões relativas, quando a norma concede benefício para uma determinada categoria, porém silencia em relação a outra, mesmo que estejam posicionadas identicamente na guarida de seus direitos pela Constituição, o que configura violação da isonomia²³⁰; e (iii) nas decisões de inconstitucionalidade que impliquem restrições no gozo de direitos fundamentais, exigindo do Tribunal condições mínimas para que os indivíduos submetidos ao regime jurídico derogado possam continuar se beneficiando das prerrogativas outorgadas pela Constituição.²³¹

Diante dessas considerações, impende destacar que as sentenças aditivas assumem eminente caráter bifronte, eis que operam em dois momentos consecutivos. No primeiro, denominado de ablativo (ou negativo), o segmento da norma declarado inconstitucional é suprimido; no segundo, chamado de reconstutivo ou adjuntivo (ou positivo), o juiz efetivamente elabora as condições de fruição dos direitos através de uma norma de decisão introduzida no sistema pela atividade jurisdicional. Nesse sentido é a lição de Elival da Silva Ramos:

As sentenças manipulativas aditivas são, como se observa, decisões de acolhimento, ou seja, nelas se declara a inconstitucionalidade de norma, sem a redução do texto de seu enunciado, o que as aproxima das decisões que imputam inconstitucionalidade parcial qualitativa. Porém, é preciso atentar para o fato de que as sentenças aditivas se estruturam sobre dois componentes: um, que se pode denominar de ablativo, que corresponde à eliminação da parte inconstitucional de um enunciado normativo, e outro, por assim dizer, reconstutivo ou adjuntivo, “que consiste na identificação de um critério jurídico de decisão passível de ser junto a uma norma ou ao segmento remanescente de um regime normativo, de forma a que sejam criadas condições de

pela inconstitucionalidade e, portanto, exigindo do Tribunal Constitucional a extensão dos efeitos para a categoria lesada, o que impõe, por óbvio, a prolação de uma sentença aditiva. Desse modo, o regime de tratamento diferenciado é inconstitucional. Nas palavras do autor português: “as omissões relativas implicam que um dado regime jurídico-normativo viole, através de um silêncio redutor ou não inclusivo, princípios reitores do sistema de direitos fundamentais” (MORAIS, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos*. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 27).

²²⁹*Ibid.*

²³⁰Guastini ilustra a situação pela seguinte fórmula: se uma disposição normativa atribui direitos a um grupo de sujeitos S1, mas nada dispõe em relação ao grupo S2, e, no entendimento da Corte Constitucional, a disposição normativa deveria atribuir direitos também a S2 para estar em conformidade com a constituição, deve-se declarar a inconstitucionalidade na parte em que não prevê os direitos a S2. Dessa maneira, a norma atribuída à disposição normativa passa a conferir igualmente direitos a S1 e a S2. No âmbito das sentenças aditivas, a Corte declara a inconstitucionalidade de norma implícita que exclui S2, e, concomitantemente, substitui ou atribui a norma impugnada por outra que contemple S1 e S2. Nesse segundo momento, é que ocorre o efeito aditivo (GUASTINI, Riccardo. *Filosofia del diritto positivo*. 1. ed. Torino: Giappichelli, 2017, p. 65).

²³¹MORAIS, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos*. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 27.

conformidade do sentido recomposto da disposição normativa com a Constituição.²³²

A adição do novo comando pode se realizar de dois modos: (i) simplesmente acrescentando uma nova norma ao escopo do preceito inconstitucional pela omissão, sendo essas conhecidas como sentenças aditivas em sentido estrito e sentenças aditivas de princípio; ou (ii) indo além e substituindo o componente declarado inconstitucional por outra norma, sendo essas consideradas sentenças substitutivas.

O fundamento das sentenças aditivas em sentido estrito é a declaração de inconstitucionalidade do preceito normativo “na parte em que não prevê algo que deveria prever”²³³, declarando-se a inconstitucionalidade da omissão legislativa. Nesse caso, a omissão é diretamente sancionada. Na hipótese das sentenças substitutivas, a natureza da inconstitucionalidade decorre de uma previsão inconstitucional. Declara-se a inconstitucionalidade de segmento da lei que deveria dispor de outro modo.²³⁴

Em análise percuciente, Elival da Silva Ramos censura para que não se confunda as sentenças aditivas (em sentido estrito) com outras decisões de procedência que gerem efeitos aditivos, como as declarações de nulidade parcial sem redução de texto ou as interpretações conforme a constituição. Em ambas, é possível eliminar uma das contingências de aplicação da norma, não sendo, possível, contudo, reconstruir a parte eliminada diretamente.²³⁵ O efeito aditivo, quando só ocorrer, é mero elemento reflexo da supressão da norma limitadora do escopo aplicativo ou dos significados atribuíveis ao texto. Ou, ainda como afirma o autor, “consequência direta da ampliação automática do âmbito de aplicação de uma norma, como efeito da eliminação do preceito inconstitucional que a restringia ou excepcionava”.²³⁶ Esse modelo implica atuação mais discreta da Corte Constitucional e tendem a provocar menos embates acerca do ativismo judiciário, razão pela qual tornaram-se bastante comuns no sistema consti-

²³²RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 183.

²³³ZAGREBELSKY, Gustavo. *Giustizia costituzionale: il oggetti, procedimenti, decisioni*. Bologna: Mulino, 2018, p. 231.

²³⁴*Ibid.*, p. 232-233.

²³⁵Conquanto a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto visa eliminar uma situação fática de incidência da norma que normalmente seria incluída em seu campo de vigência – já que numa análise apriorística estaria abrangida pelo comando – sem suprimir-lhe o comando textual, a técnica da interpretação conforme almeja eleger aquela interpretação (sentido do texto) que melhor compatibilize o preceito com a Constituição, em detrimento de outras possibilidades interpretativas. Ambas as técnicas estão previstas na Lei n. 9869/99, no artigo 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”.

²³⁶RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 183-184.

tucional português.²³⁷

Zagrebsky evidencia que a inconstitucionalidade promove uma ausência normativa de situações que a Constituição não tolera.²³⁸ Tome-se, por exemplo, a já mencionada Sentença 168/1963, na qual a Corte Constitucional entendeu que a declaração de inconstitucionalidade da omissão não era suficiente para resguardar a autonomia do Poder Judiciário. O preceito não pode se manter desguarnecido, reclamando, *pari passu*, a prolação de uma norma ideal atribuída à disposição pelo intérprete. Abre-se espaço para que o intérprete emane a norma, de modo a resultar do juízo constitucional um âmbito normativo mais extenso que acolha o preceito constitucional vergastado.

No mesmo encaixo, ressaltam Ruggeri e Spadaro que a sentença aditiva visa remediar a deficiência normativa considerada constitucionalmente ilegítima pela Corte e, na mesma decisão, determinar um efeito normativo mais amplo do que aquele atribuível à disposição normativa. Em outros termos: a sentença aditiva provoca a extensão ou ampliação do conteúdo normativo, de modo que a nova norma atribuída pelo juízo de constitucionalidade contenha algo que o comando legal não previa expressamente.²³⁹

No que pertine à distinção entre sentenças aditivas (espécie) e sentenças substitutivas, o escólio de Roberto Romboli é de especial didatismo. Segundo o autor italiano, as sentenças substitutivas diferem das sentenças aditivas em sentido estrito, pois enquanto estas se limitam a declarar a inconstitucionalidade na parte que não prevê algo (omissão inconstitucional), as sentenças substitutivas consistem na declaração de inconstitucionalidade da disposição normativa na parte em que prevê determinada situação, em vez de outra, para que a norma se encontrasse em sintonia com a constituição. Em sequência, a partir da orientação interpretativa conferida pelo órgão judicial, a sentença substitutiva opera – com o perdão da redundância – a substituição da norma atribuída à disposição normativa por outra, extraído do juízo da Corte, que esteja em consonância com a melhor interpretação alvitada para com a Constituição.²⁴⁰

Ao que se vê, portanto, as diferenças entre os dois tipos de sentenças se situam fundamentalmente em relação aos efeitos das operações manejadas. A primeira refere-se à parte demolitória. Enquanto a sentença aditiva fulmina a disposição normativa na parte em que não

²³⁷RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184.

²³⁸ZAGREBELSKY, Gustavo. *Giustizia costituzionale: il oggetti, procedimenti, decisioni*. Bologna: Mulino, 2018, p. 232.

²³⁹RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2019, p. 205

²⁴⁰GUASTINI, Riccardo. *Filosofia del diritto positivo*. 1. ed. Torino: Giappichelli, 2017, p. 66

prevê determinada coisa – ou seja, uma norma de exclusão implícita atribuída ao texto –, a sentença substitutiva atinge a disposição normativa na parte em que prevê algo – ou seja, há uma norma contida explicitamente no texto que padece de inconstitucionalidade. Portanto, enquanto a sentença aditiva tem por objetivo remediar uma omissão ou lacuna do legislador, a sentença substitutiva visa reparar uma omissão positiva.

A segunda diferença, e talvez mais facilmente perceptível, reside na componente re-constitutiva. Conquanto a sentença aditiva incorpora conteúdo novo à lacuna declarada inconstitucional – até por questões lógicas, já que a inconstitucionalidade decorre da omissão –, a sentença substitutiva promove a mutação direta da norma sindicada, trocando-a por outra de conteúdo diverso. Pelo que seu próprio nome evidencia, a sentença substitutiva opera uma substituição da norma, em vez de simplesmente adicionar nova matéria.²⁴¹ Tais sentenças se revestem, talvez, do maior nível de invasão do Judiciário nas atribuições legiferantes e, por isso, devem ser encaradas com grande prudência pelo julgador.

Como exemplo de sentença substitutiva, convém citar a *Sentenza 78/2002*, bastante didática para a compreensão do tema. Na aludida ação, a Corte Constitucional italiana declarou a inconstitucionalidade do artigo 54 do Código de Processo Penal, em relação à parte do texto que impunha a condenação obrigatória do recorrente em multa e custas processuais, nos casos de inadmissibilidade do recurso de cassação. Nos argumentos dos juízes, a imposição da sanção pecuniária ao recorrente, sem distinguir os motivos da inadmissibilidade e, especificamente, sem prever que a sanção somente seja imputável ao autor, se presente o elemento subjetivo, isto é, dolo ou culpa, representaria uma responsabilidade objetiva não acolhida pela Constituição. A pena deveria ser graduada e até eliminada pelo poder de direção processual do juiz, que, apreciando as circunstâncias do caso concreto que a tornem injustificada, deteria as prerrogativas para individualizar a sanção. Desse modo, a Corte declarou inconstitucional parte da norma que declarava a condenação obrigatória, substituindo o termo “condena” por “pode condenar” a uma pena pecuniária.

Finalmente, resta tecer comentários sobre as sentenças aditivas de princípio. Trata-se

²⁴¹Em relação às sentenças substitutivas, Guastini exemplifica da seguinte maneira: se determinada disposição normativa atribui direitos a S1. No entanto, segundo entendimento da corte, a disposição normativa deveria atribuir esses direitos a S2 para estar em consonância com a constituição. O tribunal poderia declarar a inconstitucionalidade da lei, pura e simplesmente. Entretanto, a corte declara inconstitucional a disposição normativa na parte em que atribui direitos a S1, em vez de S2. Assim, de um lado, declara-se a inconstitucionalidade parcial da disposição normativa impugnada – da norma atribuída à disposição; do outro, atribui-se à disposição impugnada uma nova norma que passe a conter S2, em vez de S1 (GUASTINI, Riccardo. *Filosofia del diritto positivo*. 1. ed. Torino: Giappichelli, 2017, p. 66).

de uma forma mitigada de sentenças aditivas que busca proteger espaços permeados pela discricionariedade legislativa.²⁴² Assim como nas demais espécies de sentenças aditivas, o órgão judicial declara inconstitucional a disposição normativa na parte em que não prevê determinada hipótese (omissão inconstitucional); a partir daí, em vez de suprir diretamente a lacuna em sua decisão, a Corte se limita a identificar um princípio ou diretriz de caráter vinculante que deve ser compulsoriamente observado pelo legislador no momento de elaboração da lei.²⁴³ Essa técnica se mostra adequada nas ações que versem sobre matérias inerentes ao amplo espaço político da discricionariedade legislativa.

Zagrebelsky admite o estorvo para as sentenças aditivas enfrentarem questões jurídicas, quando os meios e soluções empregadas não são exclusivas do ponto de vista constitucional. Também reconhece Carlos Blanco de Moraes que a adoção de soluções aditivas pela atuação criativa do Tribunal Constitucional, em matérias passíveis de integração por mais de uma solução normativa conforme a Constituição, representaria a substituição de atribuição legiferante de um órgão constitucional por outro, vulnerando a separação de poderes.²⁴⁴

Desse modo, a parte ablativa da decisão reconduz a uma exigência reconstrutiva que não se insere nas atribuições da Corte Constitucional. A declaração de inconstitucionalidade, portanto, não é imediatamente acompanhada da integração normativa pela sentença. A solução é parcial, reduzida à indicação de princípios constitucionais que direcionem a futura solução regulatória, porquanto esta deverá cumprir esses mesmos princípios exortados pelo Tribunal – que coincidem com os princípios violados e que, por isso, culminaram na declaração de inconstitucionalidade.²⁴⁵

A distinção, portanto, recai sobre o atributo da autoaplicabilidade. Nas sentenças de princípios, o dispositivo não pode ser reconhecido como autoaplicável, dado que por si só não contém todos os elementos normativos suficientes para produzir efeitos vinculantes e gerais. Isso se dá porque a lacuna gerada pela declaração de inconstitucionalidade não pode ser integrada através de uma solução única, já que não é possível localizar a norma constitucionalmente obrigatória no sistema. Há, portanto, pluralidade de soluções normativas, todas consti-

²⁴²ZAGREBELSKY, Gustavo. *Giustizia costituzionale: il oggetti, procedimenti, decisioni*. Bologna: Mulino, 2018, p. 241.

²⁴³Afirma Zagrebelsky que a recusa em considerar a questão da constitucionalidade, neste caso, corresponde a uma superproteção não da discricionariedade do legislador, mas da sua inércia, a uma abdicação da mesma função do Tribunal Constitucional, de cassação da lei (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Giustizia costituzionale: il oggetti, procedimenti, decisioni*. Bologna: Mulino, 2018, p. 232).

²⁴⁴MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009, pp. 66-67.

²⁴⁵*Ibid.*, pp. 68-70.

tucionalmente válidas, de modo que o Tribunal não pode substituir o legislador na nessa escolha. Deixa, portanto, ao legislador a tarefa de ditar a disciplina necessária na intervenção legislativa oportuna.

Mas nem por isso a decisão da Corte é meramente programática e despida de força vinculante. Há, no caso, solução de princípios que subordina o legislador quanto às suas escolhas futuras, no sentido de que a Corte extrai o princípio de observância obrigatória e constitucionalmente necessário ao caso concreto. O legislador somente é livre em referência à intervenção normativa quanto à escolha dos meios e métodos concretos de implementação do princípio eleito, mas, numa ou outra solução acolhida, deve preservar os limites uniformemente referidos ao princípio que lhe vincula.

Carlos Blanco de Moraes também reconhece nessas sentenças a falta do caráter autoaplicativo inerente às demais sentenças aditivas²⁴⁶, dado que se limitam a orientar ou apelar ao legislador para que formule a norma que concretize tais princípios. Por isso que, ao contrário de Zagrebelsky, Moraes entende que não seriam sentenças aditivas em sentido estrito²⁴⁷, já que careceriam da componente reconstrutiva.

De todo modo, não se pode subtrair da Corte Constitucional a possibilidade de vincular o legislador, ao menos provisoriamente. A dificuldade é renitente quando a declaração de inconstitucionalidade é desacompanhada de sanções mínimas, ou seja, não é suficiente para a reafirmação do direito. Além da supressão da norma anulada, deve-se, sempre que possível, fazer uma nova norma ingressar no sistema e ocupar seu lugar. A necessidade de evitar lacunas legislativas, ou seja, a necessidade de continuidade no tempo do ordenamento jurídico, não pode ser considerada apenas *de facto*, mas também *de iure*, de modo que o não se possa fazer o Tribunal Constitucional ignorar os efeitos das suas decisões sob este aspecto e pura e simplesmente – pode-se dizer, cegamente — a eliminação, a qualquer custo, da lei inconstitucional. É preciso que a declaração de nulidade e a eleição de princípios sejam acompanhadas de técnicas coercitivas de chamamento ao legislador, sob o risco de ineficácia constitucional. A técnica das sentenças aditivas de princípios situam-se nesse meio termo, quando é possível

²⁴⁶As sentenças aditivas de princípio se limitam a enunciar um princípio que carece de mediação pelo legislador. Tal princípio pode ser concretizado de variadas formas possíveis. De todo modo, é forçoso reconhecer que esse princípio angaria o caráter cogente, pois, caso não seja observado, certamente gerará decisões futuras de inconstitucionalidade. (MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. *In*: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 70). Desta maneira, o princípio vinculará uma pluralidade de opções integrativas ou reconstrutivas a serem adotadas por outros órgãos.

²⁴⁷*Ibid.*, pp. 69-70.

extrair normas principiológicas que vinculem os atores políticos imbuídos da regulamentação futura.

A título de precedente de sentença aditiva de princípio da Corte Constitucional italiana, merece menção a recente *Sentenza* 385/2005, que declarou a inconstitucionalidade de norma que omitia garantias relacionadas à proteção da paternidade, na parte em que não previa em favor do pai trabalhador os benefícios similares aos atribuídos à genitora durante os três primeiros meses de vida da criança. Ao contrário das sentenças aditivas puras, a Corte não determinou imediatamente os benefícios e direitos que deveriam ser estendidos aos genitores masculinos; quer dizer, o Tribunal silenciou acerca da norma reconstrutiva. Apenas se limitou a exortar os princípios da igualdade entre genitores e o da proteção adequada à criança, exigindo do legislador uma nova norma de afirmação desses direitos que assegurasse os elementos axiológicos balizadores da decisão, confiando a decisão política final ao Parlamento.

A partir dos conceitos perlustrados, podemos definir as sentenças aditivas em sentido amplo como atos jurídicos complexos, em sede de controle de constitucionalidade, que, manipulando o significado da norma posta em julgamento, a faça despontar do juízo de inconstitucionalidade para uma situação de conformidade com a constituição, reparando distorções provocadas por uma omissão legislativa. Tem-se, portanto, um juízo criativo que recai sobre o aspecto material do preceito impugnado, emprestando a plasticidade necessária para que, diante do caso concreto, surja uma norma que melhor concretize e compatibilize os valores constitucionais.

3.4 Limites para as sentenças aditivas: a tese das soluções a *rime obbligate*

A partir da primeira decisão manipulativa, a jurisprudência da Corte Constitucional italiana se expandiu de modo desinibido e, com isso, vivenciou inúmeros momentos de resistência e atritos com os demais poderes e até mesmo com outros tribunais e juízes²⁴⁸, a exemplo do que sucedera nas sentenças 361/1998 e 409/1998.²⁴⁹

As reiteradas crises de legitimidade e os choques institucionais produzidos pelas decisões da Corte Constitucional fizeram-na revisitar seu paradigma de atuação, volvendo-o para

²⁴⁸FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 88.

²⁴⁹A *Sentenza* 409/1989 versou sobre a inconstitucionalidade da pena aplicada aos militares por resistência ao serviço fundada em objeção de consciência. Segundo a Corte Constitucional, a pena aplicada pela legislação deveria ser equiparável àquela cominada ao crime praticado pelo militar que faltava à chamada sem justo motivo. Nesse sentido, a Corte declarou a inconstitucionalidade da norma na parte em que preconizava a pena

a sistematização e imposição de limites no ingresso de determinados temas. Desse modo, passou a pautar um modelo de atuação fundado numa linha intermediária de adoção das sentenças manipulativas.²⁵⁰ Segundo André Dias Fernandes, isso se deu em três aspectos essenciais: (i) pela aplicação da tese das soluções constitucionalmente obrigatórias; (ii) pela adoção da doutrina do “direito vivente”²⁵¹; e (iii) pelo preferível emprego de modalidades mais lacônicas de sentenças manipulativas em matérias potencialmente geradores de crises políticas – as sentenças aditivas de princípios.²⁵²

A teoria das soluções constitucionalmente obrigatórias foi a que recebeu maior prestígio na Itália e no Brasil, por demarcar uma fronteira à prolação de sentenças aditivas pelas Cortes Constitucionais desses Países. Por esse motivo, deter-nos-emos especificamente neste aspecto.

Vezió Crisafulli, com sua poética metáfora das sentenças enquanto soluções a *rime obbligate*²⁵³⁻²⁵⁴, entende que o espaço decisório consentâneo com a prolação de sentenças aditi-

ulgada desproporcional, e a substituiu pela mesma pena aplicada pelo outro crime equiparável. Houve imensa reação e oposição de juízes militares em cumprirem a decisão da Corte Constitucional, limitando-se apenas a reconhecer a parte ablativa da declaração de inconstitucionalidade, entendendo que competia ao próprio tribunal militar reconstruir a lacuna decorrente. Já na *Sentenza 361/1998*, houve rápida reação do Parlamento italiano em desfazer a decisão da Corte Constitucional por uma reforma constitucional, o que é conhecido na doutrina constitucional como *backlash* – reação política de outro órgão.

²⁵⁰Três correntes principais se debruçaram sobre a legitimidade político-democrática das sentenças manipulativas. A primeira, de matriz mais progressista, reconhece a ampla legitimidade das sentenças em relação ao legislador. Jorge Miranda defende que as sentenças manipulativas devem ter caráter vinculante em relação ao legislador, pois seriam decisões que apelariam de forma “mais imediata para a sensibilidade colectiva e a mais próxima dos valores constitucionais”. Desse modo, os direitos fundamentais, enquanto normas potencializadoras da força da constituição, devem admitir a produção de efeitos aditivos e, portanto, estão abertas ao influxo da ampla atuação do Judiciário. Sob outro extremo, há autores que negam peremptoriamente qualquer acolhimento dessas sentenças no Estado de Direito. Gomes Canotilho anota que, embora frequentemente haja um dever jurídico-constitucional do legislador de adotar medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas da Constituição, não se corresponde automaticamente um direito fundamental à legislação. Portanto, a Corte Constitucional deve se manter dentro dos limites do legislador negativo, em razão do princípio democrático e do princípio da separação de poderes. A última, de matiz mais temperada, entende que as decisões manipulativas são soluções constitucionalmente obrigatórias. Carlos Blanco de Moraes entende que as decisões manipulativas são legítimas quando a lacuna é passível de superação por uma solução inequívoca, de conteúdo preexistente. Do contrário, havendo “pluralidade de soluções normativas”, a Corte não pode se sub-rogar à posição de legislador. Essa posição intermediária parece ter prevalecido na jurisdição constitucional italiana e brasileira, acolhendo temperamentos e variações, como a posição de Zagrebelsky, que se diferencia da posição de Crisafulli.

²⁵¹Cita o autor que, após o choque com os demais Tribunais e juízes, como é o caso da Corte de Cassação, a Corte Constitucional desenvolveu uma doutrina de autocontenção frente a temas já enfrentado por esses tribunais. Assim, a Corte Constitucional renuncia à sua liberdade interpretativa e prefere assumir como objeto de análise da constitucionalidade não mais os textos estáticos, mas as normas produzidas por uma interpretação consolidada das Cortes infraconstitucionais, como é a Corte de Cassação (Cf. FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 89.).

²⁵²*Ibid.*, p. 88.

²⁵³Em tradução livre, de “rimas obrigatórias”.

²⁵⁴Zagrebelsky afirma que a fórmula das soluções obrigatórias surge como meio de preservar as competências legislativas. As decisões criativas, ao inserirem novas regras no ordenamento jurídico, desempenhariam uma função paralegislativa, não relacionado com a natureza das funções de um órgão judicial. Ao se estabelecer a

vas é bastante delimitado, nomeadamente nos casos em que são necessárias para concretizar uma única norma possível e existente no sistema jurídico, ao menos em estado latente.²⁵⁵ A pronúncia da Corte não violaria o espaço de atuação do legislador democrático, porque nem mesmo este gozaria de discricionariedade em sentido forte para atuar de maneira diversa. A Corte se limita a concretizar uma norma que já constava na ordem constitucional de forma obrigatória. Ruggeri e Spadaro se referem como solução logicamente necessária e implícita no contexto regulatório.²⁵⁶ A omissão ou disciplina insuficiente consubstanciaria nela mesmo uma inconstitucionalidade, na maioria dos casos por ofensa ao princípio da isonomia.²⁵⁷

A doutrina das soluções *a rime obbligate* identifica a legitimidade da norma aditiva pelo critério da univocidade da solução constitucionalmente obrigatória – ou como preferem Ruggeri e Spadaro, da norma de “conteúdo constitucionalmente vinculado”²⁵⁸. Isso se dá quando a norma exarada pela sentença é solução não circunscrita à orla de discricionariedade do legislador, tanto em termos de imperatividade da disciplina normativa, como em seus contornos materiais. Nesse tirocínio, o caráter reconstutivo das sentenças aditivas está sujeita, a um só tempo, pela exigência de concretização de norma constitucionalmente exigida e pela adoção de solução implícita no ordenamento jurídico²⁵⁹, restando apenas latente sua aplicação

solução constitucionalmente obrigatória, a norma extraída pela Corte, que, à primeira vista parece um abuso da Corte, deriva, na verdade, de um princípio geral ou mesmo da mesma norma constitucional violada (no caso da extensão dos seus efeitos, v. g.). Portanto, o Tribunal não cria; limita-se a revelar uma norma já existente e latente de aplicação. A regra estabelecida pelo Tribunal ao manipular a lei submetido ao seu julgamento não deriva de uma obra inadmissível da legislação, mas de uma atividade interpretativa cujo conteúdo é simplesmente declarado. Portanto, ao se afirmar que uma legislação é de “rima obrigatória”, se reconhece que a Corte Constitucional não cria ou inventa algo que não esteja, pelo menos em estado latente, na ordem jurídica. Contudo, admoesta o autor que essa forma de apresentar o problema é a tentativa extrema de justificar uma prática difícil de justificar dentro de um pensamento dicotômico que divide o mundo do direito: entre o que já está lá (objeto de aplicação) e o que ainda não está (objeto de criação) (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Giustizia costituzionale: il oggetti, procedimenti, decisioni*. Bologna: Mulino, 2018, pp. 237-238).

²⁵⁵MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 501.

²⁵⁶RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2019, p. 195.

²⁵⁷Os exemplos mais comuns de soluções constitucionalmente obrigatórias são os casos em que decorre violação ao princípio da igualdade. As sentenças de soluções obrigatórias são exigidas quando o legislador aprova uma lei que confere direitos ou obrigações para determinada categoria de pessoas ou para determinadas situações, mas se abstém de aplicar o mesmo regime a outra categoria ou a outras situações merecedoras de tratamento isonômico, ainda que a exigência esteja estampada na Constituição. Trata-se, dessa forma, de uma inconstitucionalidade relativa. Não porque é uma inconstitucionalidade de menor gravidade, mas porque o regime de tratamento diferenciado é inconstitucional quando comparados dois grupos de pessoas ou duas situações, ou seja, deve-se sancionar a omissão inconstitucional pelo apregoamento da mesma regra ao grupo vulnerado. Voltaremos com mais detalhes no próximo capítulo.

²⁵⁸RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2019, p. 128.

²⁵⁹Rui Medeiros evidencia que, segundo a doutrina clássica das soluções *a rime obbligate*, a decisão do Tribunal, mais do que criativa, explicita uma norma implícita obrigatória, em face de uma solução necessária extraída da lógica intrínseca do sistema. O Tribunal se limita a estender normas já vigentes, que se impõem como disposição vinculante que resulta da conexão com a opção tomada anteriormente pelo Legislador em casos análogos. A doutrina mais comedida, em autores como Crisafulli ou Carlo Colapietro, entende que se deve preservar e

ao contexto fático delineado. Portanto, ao que se depreende dessa teoria, a componente re-constitutiva da sentença aditiva não pode fazer nascer direitos e obrigações não previstos – pelo menos implicitamente – no ordenamento jurídico, devendo, outrossim, desvelar a norma implícita e predeterminada pela Constituição.²⁶⁰

Encampando a solução crisafulliana, Blanco de Moraes afirma que as sentenças aditivas “ou são constitucionalmente obrigatórias, ou são juridicamente ilegítimas”.²⁶¹ Tal critério de legitimidade é satisfeito se o componente aditivo já se encontra presente no ordenamento jurídico, apenas padecendo de extensão dos seus efeitos à situação ou aos sujeitos desprezados. Nessa operação, o Tribunal Constitucional não pode “constituir norma inovatoriamente criada *ex nihilo*”²⁶², quer dizer, a fronteira para a prolação dessas sentenças é a liberdade de conformação do legislador em eleger uma dentre a miríade de soluções elegíveis.²⁶³ Do contrário, o Tribunal exerceria uma opção política original, autêntica função paralegislativa positiva que se sobrepõe ao Parlamento.²⁶⁴ Nesse sentido, Carlos Blanco de Moraes afirma que a “norma que irá preencher o vazio jurídico constitua a extensão lógica de um princípio ou de uma norma constitucional preceptiva e exequível por si própria” e que a “operação concretizadora realizada pelo Tribunal Constitucional a partir desse princípio ou norma constitucional seja a única determinada pela Constituição, não podendo existir outras opções alternativas,

separar os papéis da Corte e do Parlamento, evitando-se a sobreposição de funções, e, portanto, as soluções aditivas devem ser limitadas pela integração analógica. Outros autores, como Antonio Saitta, argumentam corretamente que tal concepção não passa de uma ingenuidade poética, pois frequentemente o Tribunal Constitucional atua de maneira discricionária entre uma multiplicidade de soluções possíveis (MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 501).

²⁶⁰FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 228.

²⁶¹MORAIS, Carlos Blanco. Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 437.

²⁶²MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 36.

²⁶³Rui Medeiros afirma que a legitimidade das sentenças aditivas circunscreve-se aos casos em que não exista uma pluralidade de soluções alternativas e em que, verdadeiramente, a solução adotada seja constitucionalmente unívoca e necessária, de modo que assim, e somente assim, não ofende as prerrogativas do legislador (MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 504). Ainda, na medida em que o legislador disponha de um amplo espaço de conformação, a decisão modificativa configura-se como ato legislativo positivo, e, como tal, está vedada aos órgãos judiciais. Por isso, Rui Medeiros entende ilegítimas as decisões aditivas quando ela representa uma escolha, mas não a única possível, pois nessa situação a eleição da solução deve ser ato típico da solução legislativa (*Ibid.*, p. 511).

²⁶⁴SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coord.). Hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 179.

também elas conformes com a Constituição”.²⁶⁵⁻²⁶⁶

No magistério de Rui Medeiros, o juiz constitucional, ao exercer a modificação da lei, não pode atuar como se fosse legislador, pois “não possui aquele grau de liberdade de opção para definir o escopo legal que é atributo do legislador”. Desse modo, o *quid iuris adiectum* já deve estar presente *in modo obligante* no próprio sistema, ainda que não explicitado formalmente na disposição legal.²⁶⁷ O autor agrega que a legitimidade das decisões constitucionalmente obrigatórias está vinculada, a um só tempo, pela “extração de um *quid iuris* já presente – de modo cogente e vinculativo para o próprio legislador”²⁶⁸ (critério da solução constitucionalmente obrigatória), bem como pela exigência de que aquela deveria ter sido a decisão do Legislativo (critério da vontade hipotética do legislador).²⁶⁹

Além desses critérios, André Dias Fernandes defende que a prolação da sentença aditiva deve ser “constitucionalmente necessária”, ou seja, imprescindível para reparar, de modo unívoco, o quadro de inconstitucionalidade.²⁷⁰ Assim, uma vez que a sentença aditiva importa o perfil de legislador positivo, a técnica decisória deve submeter-se ao binômio necessidade-proporcionalidade²⁷¹, no sentido de não poder ser manejada se restarem disponíveis meios me-

²⁶⁵MORAIS, Carlos Blanco de. Sobre o conteúdo possível das sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias. In: Congresso luso-italiano de Direito Constitucional, 2009, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/413-361.pdf>. Acesso em: 29 out. 2022.

²⁶⁶Ainda segundo Blanco de Moraes, a natureza constitucionalmente obrigatória da operação reconstrutiva deriva de ser a solução normativa corretiva ou integrativa eleita pela Corte Constitucional a única possível, não cabendo escolhas diversas pelo legislador. Na visão do autor, este é um limite estrutural às sentenças aditivas. Ao se deparar com um arco de discricionariedade, o juiz constitucional deve preferir soluções de *self-restraint*, como as sentenças aditivas de princípios.

²⁶⁷MEDEIROS, Rui, op. cit, p. 501.

²⁶⁸Nessa situação, a Corte limita-se a explicitar a única solução extraível a partir das normas constitucionais, de modo que se a Constituição possibilita a adoção de um ou outro regime jurídico, abstratamente considerados, isto é, mais de uma solução possível para restaurar a constitucionalidade, o julgador deve se abster de prover a solução normativa sob o risco de usurpação do poder legiferante. A utilização das soluções aditivas restringe-se aos domínios em que a liberdade de conformação do legislador se reduz a zero, “de modo que caso o legislador tivesse previsto a inconstitucionalidade, teria alargado o âmbito de aplicação da lei”. (MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 501).

²⁶⁹Como expõe Rui Medeiros, a vontade hipotética do legislador não é um critério psicológico ou subjetivo. Trata-se de esquadrihar os elementos objetivos que cingem a atuação do legislativo na disciplina da matéria posta em análise pela Corte Constitucional. O autor cita de exemplo a história do aparecimento do preceito, a natureza excepcional ou geral da medida em causa ou os sentidos das leis posteriores que verse sobre idêntico problema. Conjugando esses elementos, o intérprete pode extrair com segurança aquilo que o legislador faria caso tivesse previsto a inconstitucionalidade. Por fim, ressalta o autor que se dessa operação restar dúvidas fundadas sobre a medida, então o princípio da separação de poderes e o princípio democrático devem fazer o julgador abster-se de uma solução normativa (*Ibid.*, p. 503).

²⁷⁰FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 246.

²⁷¹No magistério de André Dias Fernandes, o princípio da proporcionalidade em sentido lato vincula o julgador a adotar medidas menos “intrusivas” em dois aspectos: (i) se houver meios mais suaves para remediar a inconstitucionalidade, isto é, decisões de controle não normativas; e (ii) se os malefícios da decisão adotada superarem os benefícios dela resultante. Isso significa que o autor defende a adoção de um perfil

nos “intrusivos” à separação de poderes, como nas decisões típicas de inconstitucionalidade *tout court* ou na utilização de técnicas interpretativas. É o que chama de “relação de precedência” das sentenças não normativas. A sentença aditiva é, portanto, *ultima ratio* interventiva da jurisdição.²⁷² Se possível a recomposição da inconstitucionalidade por outros mecanismos mais deferentes à distribuição das competências, deve a Corte Constitucional buscar preservar os espaços políticos de atuação entre os poderes. O critério da “solução constitucionalmente obrigatória” apresenta-se, portanto, mais exigente, sendo submetido ao duplo exame de conformação: de conteúdo e de necessidade.

Em relação a todos esses critérios, carecendo a univocidade da solução, isto é, se o legislador pode gizar sua conduta discricionariamente em relação ao conteúdo do preceito, ou se a regulação não é impositiva sob o ângulo constitucional, ou, ainda, a omissão pode ser debelada por outra técnica de jurisdição constitucional, então o princípio da separação de poderes e o princípio democrático devem fazer o intérprete rejeitar a prolação de sentenças aditivas.²⁷³

A tese das soluções constitucionalmente obrigatórias, nos termos acima delineados, representa uma válida preocupação dogmática no sentido de preservar espaços de atuação reservados ao Legislativo, comprimindo os pontos de fricção e reduzindo os riscos de crises institucionais. Nessa linha de raciocínio, a pluralidade de escolhas, a reserva legal de matérias atribuídas unicamente ao legislador e a possibilidade de utilização de mecanismos mais brandos devem repelir o julgador de proferir decisões criativas, sob o risco de se promover interferência indevida no campo reservado à atuação democrática.

consequencialista para o Tribunal Constitucional. O Tribunal deve, sob a afluência dos postulados razoabilidade da separação de poderes, evitar, sempre que possível, substituir o Legislador na função legiferante, para evitar riscos de desbalanceamento das funções políticas e crises institucionais. Dessa maneira, o Judiciário deve ir até o “estritamente necessário para eliminar a inconstitucionalidade: o legislador positivo não deve ser convocado quando o legislador negativo for capaz de solver a questão”. Para mais detalhes, Cf. FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 247.

²⁷²André Dias Fernandes propõe que as decisões normativas atípicas, entre as quais se insere as sentenças aditivas, devem ser empregadas em caráter subsidiário. Isso se aplica também às modalidades das sentenças aditivas (aditivas estrito senso, substitutivos e aditivas de princípio), de modo que o julgador deve, sempre que possível, acolher o modelo de sentença aditiva que menos interfira na função política do órgão legislador. Isso implica que, onde for possível a adoção de sentença aditiva de princípio, o julgador deve evitar emanar a norma de decisão com efeitos generalizante e vinculante (*Ibid.*, p. 48).

²⁷³Na *Sentenza* 149/1995, tal parâmetro ficou evidenciado quando a Corte italiana observou que a decisão normativa envolvia uma pluralidade de soluções alternativas, dentre as quais apenas o legislador, no exercício de sua inquestionável discricionariedade, estava autorizado a escolher a que mais se adequava no momento, de modo que não se admitiu a aplicação de sentença aditiva no caso em análise.

4 SENTENÇAS ADITIVAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

É inegável que o perfil trilhado pelo Supremo Tribunal Federal historicamente convergiu ao modelo do legislador negativo. Isso fica patente quando se coteja os acórdãos da Corte, a exemplo do voto do Ministro Moreira Alves na Representação 1.417/DF, proferido nos seguintes termos:

Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo.²⁷⁴

A cultura de autocontenção foi arraigada, em larga medida, por historicamente as constituições terem inserido o STF na estrutura do Poder Judiciário, enquanto órgão de cúpula, submetendo-o aos mesmos limites da jurisdição comum.²⁷⁵ Nesse particular, a perene deferência da Corte ao princípio da separação de poderes se justifica pelos seus contornos doutrinários clássicos, máxime no que diz respeito à vedação do incurso do Judiciário sobre a tarefa política de criar normas em caráter geral.²⁷⁶ Desse modo, sob o azo da visão clássica, não caberia ao Poder Judiciário exercer uma função normativa e com isso subverter a lógica dispositiva da representação popular e do princípio democrático.²⁷⁷

Noutro passo, como bem aponta André Dias Fernandes, o postulado da separação de poderes não encerra nele mesmo uma “interdição absoluta do exercício de todas as funções

²⁷⁴BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). Rp nº 1.417-7/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, por unanimidade, julgado em 09 de dezembro de 1987. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264125>. Acesso em: 10 out. 2022.

²⁷⁵André Dias Fernandes comenta que muitas vezes a experiência das Cortes estrangeiras, em especial as europeias, são utilizadas para justificar um perfil mais arrojado do STF em questões políticas. Afirma o autor, contudo, que tal comparativo não é de todo correto, pois no desenho institucional europeu, em geral, as Cortes Constitucionais não acumulam tantas funções como a do STF, assim como não estão inseridas dentro da estrutura do Poder Judiciário, pairando acima da separação de poderes, integrando-a como uma espécie de poder moderador, o que legitimaria uma maior liberdade de intervenção no âmbito político. Esses seriam argumentos que deslegitimariam a atuação política do STF, uma vez que essa atuação não encontraria guarida no modelo de partilha de poderes instituído pela CF/88 (FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 181).

²⁷⁶Montesquieu demonstrava preocupações com a possibilidade de o Judiciário acumular as tarefas de julgar e legislar. Conforme trecho a seguir, em seu livro mais célebre, resta claro como o desenho clássico da funcionalização do poder não admitia a sobreposição de funções: “Não há também liberdade se o poder de julgar não é separado do poder de legislar ou do poder executivo. Se ele estiver reunido ao poder de legislar, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se reunido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor” (MONTESQUIEU apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 288).

²⁷⁷FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit, p. 288.

cometidas aos demais poderes, mas uma divisão de funções relativamente dinâmica²⁷⁸, de modo que, pelo menos atipicamente, um poder pode exercer atribuição típica dos demais.

Entrementes, observa-se ao longo da quadra constitucional experienciada, que, paradoxalmente ao contexto já traçado, novos institutos foram sendo forjados e inseridos dentro da competência institucional do STF, inevitavelmente desdobrando seu papel para o domínio político, em contraste à outrora confinada tarefa de legislador negativo. Descortina-se uma releitura das atribuições da Corte Constitucional nos espaços de poder político.²⁷⁹ É preciso compreender, sob as lentes desse renovado constitucionalismo, a absorção de novas funções pelo STF em compasso com seu renovado compromisso perante a ordem constitucional.

De início, deve-se ressaltar a prescrição insculpida no artigo 102 da Constituição Federal, que atribui ao STF o papel de “guarda da Constituição”. Manoel Gonçalves Ferreira Filho vaticina que o real sentido dessa expressão não foi somente o de conferir à Corte o papel de fiscalizar a constitucionalidade dos atos e leis, como outrora já se lhe atribuía. Na realidade, enquanto norma viva (*living constitution*)²⁸⁰, a “Lei Magna ensinou-lhe mais do que ser o defensor da Constituição”; atribuiu-lhe um papel de “construtor da Constituição”.²⁸¹ Esse papel é delineado pelo autor:

Com efeito, este papel foi surgindo nítido e cada vez mais incrementado à medida que alonga a sua vigência. Com o tempo, tal potencialidade política se fez sentir e, mais, ganhou impulso, por força das alterações e complementações da Carta, por força de leis que se propõem a regulamentar seus institutos, afora os avanços que o próprio órgão tem operado por sua conta e risco. Hoje, mais do que ‘guarda da Constituição’ o Supremo Tribunal Federal é ‘construtor da Constituição’.²⁸²

Variegados fatores amparam esse posicionamento.

Em primeiro plano, é possível citar a expansão do controle de constitucionalidade na

²⁷⁸FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 182.

²⁷⁹É forçoso reconhecer que a expansão do papel do Supremo Tribunal Federal envolve em larga medida as vicissitudes políticas e as reiteradas modificações nas estruturas legais decorrentes da migração para o regime republicano e a vigência de sua primeira Carta Política, em 1891, a qual iniciou o processo de construção doutrinária e jurisprudencial do controle de constitucionalidade e do papel da Suprema Corte na análise de constitucionalidade dos atos emanadas por outros poderes. Nesse aspecto, a historiografia constitucional brasileira revela que o Judiciário perfilhou um longo caminho como mero verificador de legalidade dos comandos emanados pelo Legislativo e pelo Executivo. Durante quase todo o período pretérito à vigência da Constituição de 1988, a doutrina da jurisdição constitucional delimitou o STF a um perfil de mera análise de compatibilidade jurídica entre constituição e ato impugnado, adotando tradicional vertente de análise desvalor do ato em face da Constituição – o já mencionado papel de legislador negativo.

²⁸⁰CANOTILHO, José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1127.

²⁸¹FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 281.

²⁸²*Ibid.*, p. 281.

Constituição de 1988²⁸³ e o já tratado fenômeno da nova hermenêutica, que, conjugando a força normativa da Constituição e a profusão dos princípios e conceitos jurídicos indeterminados, propiciaram a produção de normas por intermédio da atividade jurisdicional.

Talqualmente, evidencie-se a expansão do papel político com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que concedeu ao STF a faculdade de editar as Súmulas Vinculantes. Tal mecanismo permite a fixação direta do sentido e do alcance do texto constitucional, vinculando os demais órgãos judiciais e a Administração Pública, isentando apenas o Poder Legislativo.²⁸⁴ Desse modo, partindo de uma interpretação, de uma maioria de dois terços de seus membros, em questões que suscitem “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos”, o STF desempenha papel eminentemente positivo, criando normas que terão por objetivo “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas”. No mister de Ferreira Filho, os enunciados vinculantes são verdadeiras “leis” de interpretação da Constituição.²⁸⁵

Também, nas ações sancionadoras de omissão, tanto em sede de controle concreto quanto difuso, como na ação de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e no mandado de injunção (MI), transcende um papel positivo do STF. É bem verdade que inicialmente sem grandes efetividades, posto que as normas instituidoras desses instrumentos não garantiam medidas práticas para colmatar a omissão legal. Todavia, em sede de controle abstrato, a partir do advento da lei nº 12.063/2009, permitiu-se ao STF acatar medidas cautelares “em caso de excepcional urgência da matéria”. Essas cautelares podem consistir em providências não exauridas na lei, e que sejam necessária para sanar, ainda que provisoriamente, o estado de *inertia deliberandi*. Neste aspecto, afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “não será sur-

²⁸³No que pertine ao controle de constitucionalidade, as maiores contribuições no período de redemocratização foram a ampliação do controle de constitucionalidade concentrado, seja pelo aumento do rol de ações (ação de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção, ação declaratória de constitucionalidade, etc), seja pela ampliação de legitimados para propositura dessas ações, seja ainda pela instituição da ação declaratória de constitucionalidade, em 1993, que segundo Ferreira Filho transforma o STF em “terceira Câmara Legislativa”. Ferreira Filho também afirma que o STF foi alçado a órgão constituinte pela Lei n. 9.868/99, cujo art. 27 previu a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, permitindo-lhe restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. A ampliação da esfera da jurisdição constitucional inevitavelmente redundou na ampliação da competência material da Suprema Corte, que passou a ser provocada a se pronunciar sobre temas que fogem ao espaço eminentemente jurídico. O STF passou a ingressar em aspectos que suscitam polêmicas, não raras vezes imiscuídos de assuntos políticos e morais. É o fenômeno já comentado da “judicialização da política”, decorrente da maior expansão da jurisdição constitucional, que exigiu a adoção de um papel político e social pela Suprema Corte (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 283).

²⁸⁴*Ibid.*, p. 269.

²⁸⁵Afirma Manoel Ferreira Filho que as súmulas vinculantes são “verdadeiras normas constitucionais, que interpretariam a Constituição, mas que podem modificá-la ou desdobrá-la. Está nisso algo que é muito difícil de distinguir da função do poder constituinte derivado” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 284).

preendente que esta ‘providência’ venha a ser uma legislação provisória”.²⁸⁶ Já em sede de controlo difuso, a Lei nº 13.300/2016 acolhe a posição concretista que garante a atuação do STF na proteção de direitos fundamentais na via injuncional.²⁸⁷

É fora de dúvidas que esse arcabouço institucional projeta a atuação do STF para além das balizas do perfil histórico de “legislador negativo”, o que pode ser identificado na concretização direta dos direitos fundamentais e na interferência de decisões políticas – não raramente mediante sentenças de perfil aditivo.²⁸⁸ Consoante afirma André Dias Fernandes, essa nova compreensão do princípio da separação de poderes permitiria ao Judiciário, valendo-se de princípios constitucionalmente estabelecidos, superar omissões patológicas e elaborar, em caráter geral e com eficácia contra todos, a lei necessária à concretização daqueles direitos de matiz principiológico, até que o Legislativo saia do seu estado de inércia e cumpra seu dever de legislar.²⁸⁹⁻²⁹⁰

A travessia democrática oportunizada pela nova Constituição franqueou ao STF mais poderes do que originalmente se imaginara, e, conseqüentemente, promoveu a releitura do signo da separação de poderes. Nesse torvelinho, não é exagero mencionar os institutos Mandado de Injunção (MI), as Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e as medidas cautelares, as decisões modulatórias de efeitos, a técnica da interpretação conforme e a declaração de nulidade parcial sem redução de texto. Jurisprudencialmente, observou-se uma tendência da Corte em percorrer uma posição concretista de direitos fundamentais, sobre-

²⁸⁶FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 285.

²⁸⁷É preciso ressaltar que, a partir do advento da Lei nº 13.300/2016, o legislador parece ter deixado um espaço de abertura para a prolação de sentenças aditivas. Nem mesmo a completa ausência de norma regulamentadora de direito materialmente fundamental (omissões absolutas) impede a prolação de sentença aditiva, sobretudo nos casos de direitos fundamentais de minorias.

²⁸⁸Lênio Streck afirma que no Estado Democrático de Direito há sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário. Desse modo, inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a ser supridas pelo Judiciário, mediante mecanismos jurídicos previstos na Constituição. Por isso que, os desfalques no cumprimento dos programas constitucionais, por intermédio de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, “faz do Judiciário instrumento para o resgate dos direitos não realizados” (STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 44-45).

²⁸⁹FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 183.

²⁹⁰Como também afirma Luís Roberto Barroso, essa tarefa do Judiciário estimularia o legislativo a cumprir sua incumbência política, porquanto a Corte exerceria um papel “iluminista”, capaz de “promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história”. Barroso, citando o exemplo brasileiro das uniões homoafetivas, afirma que tais decisões “são necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para a superação de discriminações e preconceitos”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies*. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 9, n. 4, p. 2171-2228, dez. 2018. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 25 set. 2022.

tudo na esfera do controlo difuso. Esse isso preparou terreno fértil para que alguns autores reconhecessem uma função normativa no Supremo Tribunal Federal, na qual obviamente está inserida a doutrina das decisões aditivas.²⁹¹

Cumpra admitir que a evolução da cultura jurídica brasileira alçou o papel do Judiciário à tarefa política, em face dos inúmeros instrumentos jurídicos concedidos para a atuação da Suprema Corte nas ações constitucionais. Inegavelmente, a judicialização da política e o ativismo judicial, fenômenos que referenciam uma atípica atuação do Judiciário enquanto legislador positivo, são sintomas do protagonismo assumido pelo Judiciário, o qual muitas vezes é justificável por instrumentos democraticamente instituídos.

Se de um lado se reconhece tal papel político ao STF, é inevitável supor que tais modificações trazem sérias implicações para a democracia, em especial para a separação dos poderes e para a governança política. Não são incomuns choques institucionais, contestações às decisões judiciais e reações políticas aos pronunciamentos da Corte, o que agrava os riscos da mitigação da força vinculante das deliberações do tribunal.

Por isso que, assim como se sucedeu na Itália, é imperioso buscar sistematização metodológica e racionalização teórica para a atuação menos comedida do STF, especialmente quando defrontado por temas sensíveis. Nas linhas subsequentes, estudaremos o primeiro momento de recepção das sentenças aditivas em solo brasileiro e de que maneira tal modelo decisório foi aplicado pelo STF.²⁹² Em seguida, será analisado como o conceito foi importado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mediante a qual sofreu consideráveis mutações e hoje se afasta do modelo italiano, em larga medida pela variabilidade das condições sociais, políticas – e, por que não jurídicas –, que concorrem dentro do contexto constitucional brasileiro. Ao final, serão estudados alguns parâmetros adotados pela Corte em sua jurisprudência

²⁹¹Ademar Borges Sousa Filho evidencia que a função normativa do STF pode ser dividida, precipuamente, em três grandes grupos de decisão: (i) os pronunciamentos em sede de Mandado de Injunção; (ii) as decisões normativas, isto é, com força vinculante e eficácia *erga omnes*, em outros meios processuais (controle difuso ou concentrado); e (iii) a modulação temporal dos efeitos das decisões (SOUSA FILHO, Ademar Borges. *Sentenças Aditivas na Jurisdição Constitucional Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 233). Além desses, acrescentam-se as medidas cautelares em ADO, a interpretação conforme e a declaração de nulidade parcial, que, nos termos da Lei 9.868, são dotados de eficácia contra todos e efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública.

²⁹²Na Itália e em vários países europeus, a profusão de sentenças de perfil aditivo foi acompanhada de uma preocupação dogmática na definição dos limites e contornos empíricos de suas prolações. Notadamente na doutrina italiana, a tese das soluções constitucionalmente obrigatórias, cunhada por Crisafulli, exige que: (i) haja uma omissão legislativa inconstitucional; e (ii) o julgador identifique uma solução normativa constitucionalmente obrigatória. No Brasil, ainda se vê bastante resistência e dificuldades de sistematização desse conhecimento, porquanto o STF muitas vezes se vale, formalmente, das técnicas da interpretação conforme e da declaração de nulidade parcial como um escape ao apelo das sentenças aditivas, até como forma de evitar questionamentos de sua atuação.

recente.

4.1 A recepção das sentenças aditivas pelo Supremo Tribunal Federal e o redesenho da tese das soluções constitucionalmente obrigatórias

A formulação doutrinária das soluções constitucionalmente obrigatórias, tanto na jurisprudência italiana como na portuguesa, reflete a concepção de que a componente aditiva das sentenças manipulativas não pode ser oriunda da criatividade judicial. Como forma de preservar a função política originária do Parlamento de criar normas genéricas e abstratas, somente nas hipóteses de superação da omissão relativa do legislador, pelo critério extensivo da solução já existente no ordenamento jurídico, a Corte Constitucional poderia adjuntar um preceito normativo para ampliar a regulação existente. Como corolário lógico dessa afirmação, não caberia ao Judiciário tecer juízo de valor na escolha política de métodos e opções quando a solução não fosse única do ponto de vista constitucional, ainda que necessária para o preenchimento da lacuna normativa. Daí que os autores italianos clássicos, como Crisafulli, identificam nas soluções a *rime obbligate* limite à criação de direito pelo Judiciário.²⁹³⁻²⁹⁴

Gustavo Zagrebelsky agrega que os espaços abertos à discricionariedade política do Legislativo encerram limites às sentenças aditivas. Ao se deparar com uma questão permissiva à atuação discricionária do Legislativo, o Judiciário deve exercer um juízo de autocontenção. Caberia ao Judiciário, entretanto, no exercício do papel de legislador negativo, excluir aquelas decisões políticas que violem os parâmetros constitucionais.²⁹⁵ Com efeito, a atuação do Judiciário, nas situações de pluralidade de escolhas, deveria limitar-se a excluir a opção legislativa ilegítima, anulando as leis inconstitucionais e permitindo a elaboração de novas legislações pelo ator político incumbido constitucionalmente – no caso o próprio Legislativo –, dentro de um diálogo institucional. Daí que, ao defrontar um caso em temperado pelas escolhas políticas, o Judiciário deve exercer a autocontenção por meio do que Zagrebelsky chama de

²⁹³No mesmo sentido, Carlos Blanco de Moraes afirma que tais autores “lograram sedimentar uma orientação doutrinária que se veio a tornar dominante e que considera apenas admissíveis as sentenças aditivas de caráter correctivo e integrativo que decorram diretamente da Constituição e não se defrontem com opções políticas alternativas no preenchimento de uma lacuna axiológica ou técnica” (MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, 2009, pp. 58-59).

²⁹⁴Zagrebelsky afirma que nessas situações, a regra posta pelo Tribunal, que “manipulou” a lei submetido ao seu julgamento, não derivaria de uma obra inadmissível da legislação, mas de uma atividade interpretativa cujo conteúdo é simplesmente declarado (não criado) pelo Tribunal Constitucional. (ZAGREBELSKY, Gustavo. Giustizia costituzionale: il oggetti, procedimenti, decisioni. Bologna: Mulino, 2018, p. 236).

²⁹⁵ZAGREBELSKY, Gustavo. La legge e la sua giustizia. Bologna: Mulino, 2012, p. 374.

“jurisprudência tangencial”.²⁹⁶⁻²⁹⁷

Apesar de toda a consideração vertida em torno das soluções a *rime obbligate* e do paradigma de “legislador negativo”, é preciso observar, contrário senso, que tal postura não se demonstra de toda compatível com o modelo concretista adotada pela Constituição brasileira e pela cultura do Supremo Tribunal Federal, principalmente no controle abstrato de omissões inconstitucionais fundadas na perspectiva dos direitos fundamentais.²⁹⁸

Isso porque, em relação ao controle das omissões inconstitucionais, é preciso distinguir duas hipóteses que poderiam abrigar a utilização das sentenças de efeitos aditivos: (i) no controle da omissão relativa do legislador, isto é, quando há violação ao princípio da igualdade, resolvida pela adjudicação da norma implícita exclusiva, permitindo sua extensão a casos originalmente omissos na previsão legal, o que se satisfaz na solução de Crisafulli²⁹⁹; e (ii) no controle da omissão parcial³⁰⁰ ou absoluta do legislador, cuja deficiência ou inexistência legis-

²⁹⁶Conforme anota Zagrebelsky, na jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano, a importância dos espaços para escolhas legislativas exprime-se numa fórmula negativa no controle de constitucionalidade. Nesse sentido, a decisão a favor da lei, no caso de uma improcedência, não significa que a lei é conforme com a constituição, mas que não a contraria com os termos em que a ação foi proposta. São fórmulas em que se evidencia a intenção de preservar limites à discricionariedade das decisões legislativas. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Bologna: Mulino, 2012, pp. 374-375).

²⁹⁷De igual modo parece ser a orientação da *Corte Costituzionale*. Na *Sentenza 109/1986*, a Corte se pronunciou nos seguintes termos: “Uma decisão aditiva só é permitida quando a solução adaptativa não tem de ser o resultado de uma avaliação discricionária, mas segue necessariamente o julgamento de legitimidade, em que o Tribunal realmente proceda a uma decisão logicamente necessária”. Também na *Sentenza 328/1988* reafirmou sua posição nos seguintes termos: “A jurisprudência deste Tribunal tem declarado sistematicamente a inadequação do instrumento aditivo ou manipulativo quando não é proposta pelo órgão jurisdicional uma solução unívoca e constitucionalmente obrigatória, mas apenas uma possibilidade abstrata de nova produção legislativa”.

²⁹⁸Entendo que a tese originária das soluções constitucionalmente obrigatória não se revela integralmente consentânea com a concretização dos direitos fundamentais, tal qual preconizado pela CF/88. A circunscrição do âmbito de aplicação das sentenças aditivas aos casos de ausência de preceito relacional por violação ao princípio da igualdade representaria o esvaziamento da doutrina concretista e de certa forma o enfraquecimento do Supremo Tribunal Federal na concretização dos princípios fundamentais. Não há como conceber, por exemplo, o Mandado de Injunção, tal qual concebido pela Carta Magna, enquanto instrumento concretizador de direitos, que o julgador se oriente por critérios relacionais de aplicação de soluções unívocas a omissões absoluta aos direitos fundamentais.

²⁹⁹Nesse caso, a Corte se depara com situação de insuficiência do princípio da isonomia. Isto é, falta a compatibilidade relacional entre a norma outorgada a determinado grupo, porém suprimida de outro. O legislador faz as escolhas substanciais, porém limita sua incidência para determinado grupo de indivíduos. A solução a *rime obbligate* se justifica para que a norma seja estendida a outro grupo de sujeitos ou situações, conforme recomenda o princípio da igualdade. A solução é meramente relacional. Ou seja, a Corte Constitucional não necessita eleger critérios substantivos na revelação da norma e, portanto, nessa situação não estaria propriamente atuando como legislador positivo. Ao revés, apenas entende que, sob o fundamento de isonomia, o legislador não poderia ter produzido o *discrimen*.

³⁰⁰Aqui faz-se uma diferenciação da omissão parcial da omissão relativa. A omissão parcial aproxima-se mais da omissão absoluta do que da omissão relativa, uma vez que a solução não decorre eminentemente de uma violação ao princípio da igualdade, ou seja, a solução não é necessariamente relacional. A omissão é parcial porque o legislador já iniciou a sua tarefa legiferante porém não a levou até o fim. É passível de ocorrer em circunstâncias de tratamento anti-isonômico entre categorias, cuja solução não é meramente relacional, pois envolve meandros solucionados pelos princípios substanciais da constitucionais, de modo que, assim como na omissão absoluta, o juiz atuaria como legislador positivo, pois elegeria critérios políticos normalmente inseridos

lativa impede a fruição de direitos constitucionais, sobretudo aqueles despidos de autoaplicabilidade, para determinada categoria de destinatários. Nessas situações, a Corte utiliza diretamente como parâmetro de controle os princípios constitucionalmente substanciais para reparar a omissão inconstitucional, e, a partir de uma hermenêutica concretizadora, promana um direito *ex nihilo*.³⁰¹ Este último cenário revela o campo fecundo na posição concretista largamente adotada pelo STF, principalmente em sede de Mandado de Injunção.³⁰²

Em relação ao primeiro cenário, a fórmula utilizada pelo Supremo nos remédios de concretização de direitos, como o Mandado de Injunção e o Mandado de Segurança, quando se deparou com lacunas impeditivas ao exercício de um direito assegurado constitucionalmente, se guiou pela extensão dos efeitos de norma já existente, de modo que a omissão fosse solucionada pela simples extensão do regime jurídico. Tal paradigma já evidencia em larga medida uma evolução da histórica posição não concretista adotada pelo STF.³⁰³

Como exemplo, é possível mencionar o RMS n. 22.307/DF, em que a Corte estendeu aos servidores públicos civis o mesmo percentual de reajuste concedido aos militares, sob fundamento de violação ao princípio da isonomia, em razão do direito de revisão anual consubstanciado no artigo 37, X, da CF/88. Na via do Mandado de Injunção, nota-se, a partir do MI 562, que o STF passou a acolher uma posição concretista para permitir aos impetrantes o imediato exercício do direito pleitado, sem, contudo, conferir eficácia *erga omnes* à decisão. Nas duas ações, embora não esteja consignado a título de *obter dictum*, a Corte se valeu de sentenças aditivas pelo critério de Crisafulli, pois declarou a inconstitucionalidade da omissão por violação do princípio da isonomia, acolheu uma solução normativa já existente no ordenamento e, finalmente, estendeu seus efeitos para a categoria originalmente desprezada.

na órbita de atuação do legislador.

³⁰¹Nessa hipótese, a Corte deve eleger os critérios substanciais, em relação à ponderação de valores, em substituição à tarefa normalmente confiada ao legislador ordinário. A crise de legitimidade se instaura porque a Corte não é o *locus* para realizar, fora do campo majoritário que circunscreve a arena legislativa, as escolhas políticas para editar a norma. A solução deixa de ser meramente relacional e adentra o campo substantivo da criação de direito novo, tendo como parâmetro de constitucionalidade os princípios substantivos.

³⁰²Dentre as decisões manipulativas proferidas pelo Supremo, avultam as decisões proferidas em sede de Mandado de Injunção, as quais, não raramente, conferiu eficácia em relação a terceiros não integrantes da relação processual, produzindo um efeito de abstratividade do controle difuso (FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 124-126).

³⁰³Historicamente, nos remédios constitucionais de concretização de direitos fundamentais, o STF adotou uma posição não concretista, cujo resultado das decisões produziam meros apelos ao Legislador. Por exemplo, no MI 107, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o remédio constitucional tinha efeitos meramente declaratórios, cabendo apenas a comunicação ao Ente responsável para que editasse a norma necessária, sem contudo estipular qualquer prazo. Já no MI 283, o STF fixou prazo para superação da lacuna, sem estender, contudo, os efeitos de uma norma a determinada categoria. Em ambas situações, evitou criar a norma concretizadora.

No segundo cenário, à vista das situações em que a omissão possa causar embaraços à realização da constituição, Zagrebelsky propõe uma evolução do seu pensamento e, a partir daí, o redesenho do critério em torno do histórico critério a *rime obbligate*. Atento à impossibilidade de vinculação prévia do conteúdo normativo e à incapacidade da “jurisprudência tangencial” de apanhar a realidade, máxime quando as soluções não são meramente relacionais, Zagrebelsky abandona a identificação da solução constitucionalmente obrigatória com a escolha de solução material de conteúdo vinculado existente no ordenamento jurídico. O autor italiano propõe a redefinição para um sentido funcionalizante à expressão *rime obbligate*, já não mais vinculada à noção da univocidade material da norma constitucional aplicável, mas, perfilhando acepção diversa, conducente à obrigatoriedade imposta ao julgador de formular um complemento normativo suficiente para superar o quadro de omissão inconstitucional.³⁰⁴

Noutros termos, sucede dizer: a solução obrigatória extraída não conduzirá necessariamente à adoção de norma preexistente ou à extensão de efeitos de outra categoria normativa, mas, inobstante, decorrerá de atividade positiva do juízo valorativo e criativo da Corte.³⁰⁵ Nesse aspecto, Zagrebelsky alerta que não é admissível que se extraia apenas uma solução aceitável a partir do texto constitucional, ante a possibilidade de mais de uma decisão justificável, à

³⁰⁴Zagrebelsky afirma que a atuação da Corte não é obrigatória em relação ao conteúdo, mas, dada a importância da função em que se insere, relacionada à verificação de constitucionalidade, faz-se necessário que a função judiciária promova a restauração da omissão por intermédio de uma sentença normativa, sobretudo quando relacionado com a proteção de direitos fundamentais. Segundo Zagrebelsky, a metáfora das soluções a *rime obbligate* carregam um significado prescritivo, não descritivo. (“La metafora delle «rime obbligate» ha tuttavia un significato, un significato che non è 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 il controllo di costituzionalità è inserito, è necessario: la funzione giurisdizionale, a contatto con casi da risolvere.”). (ZAGREBELSKY, Gustavo. Giustizia costituzionale: il oggetti, procedimenti, decisioni. Bologna: Mulino, 2018, p 397). Na doutrina portuguesa, Jorge Miranda adota posicionamento mais permissivo à concretização de omissões absolutas pela atividade do intérprete, em contraponto a Rui Medeiros e Blanco de Moraes. Nesse sentido, Miranda afirma que “Embora reconhecendo a necessidade de divisas estreitas e de se não menosprezar os condicionalismos financeiros à luz do «postulado da reserva económica do possível», não vemos como recusar esse tipo de decisões perante discriminações ou diferenciações infundadas, frente às quais a extensão do regime mais favorável se oferece, simultaneamente, como a decisão mais imediata para sensibilidade colectiva e a mais próxima dos valores constitucionais”. E arremata: “Há imperativos materiais que se sobrepõem a considerações orgânico-funcionais” (MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo VI – Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p 88). Finalmente, calha destacar que Carlos Blanco de Moraes parece ter revisitado seu posicionamento em relação à concretização de omissões absolutas em relação a normas de direitos fundamentais, ao que chama de soluções conformadoras. Sobre isso, reconhece que “o Tribunal Constitucional, a par das decisões aditivas constitucionalmente obrigatórias com carácter estrito, possa prolar também decisões constitucionalmente obrigatórias de natureza conformadora. Sentenças onde possa legitimamente gizar juízos axiológicos de ponderação entre um número restrito de soluções normativas alternativas e hipotéticas, de que resulte a exclusão das que revelarem uma natureza pouco verossímil e desadequada ao pensamento legislativo inerente ao regime jurídico sindicado, excessivamente onerosa ou menos afeiçoada aos princípios constitucionais, nomeadamente as que estruturam o sistema de direitos fundamentais” (MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 115).

³⁰⁵ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit, p. 237.

luz dos princípios constitucionais, permitir a superação do quadro de omissão.³⁰⁶

Sobre a teoria das soluções constitucionalmente obrigatórias, Zagrebelsky vaticina que, na ausência de um preceito impositivo, que envolve outros princípios constitucionais, de natureza substancial e não apenas relacional, para os quais não se possa invocar a discricionariedade do legislador, abre-se um espaço político de diálogo para a atuação subsidiária da Suprema Corte.³⁰⁷⁻³⁰⁸

Trazendo esse pensamento para a realidade constitucional brasileira, podemos colocá-lo em perspectiva nos seguintes termos: os direitos fundamentais, dotados de força e vinculação plena, dos quais não se permite discricionariedade forte do legislador quanto à sua disciplina³⁰⁹, reclamam por uma regra de afirmação. Diante disso, ao reconhecer a inconstitucionalidade por omissão, o Tribunal Constitucional pode se valer das sentenças aditivas, enquanto ato jurisdicional complexo, para, a partir da mutação talhada ao dispositivo inconstitucional, fazer cumprir ou implementar o preceito constitucional sindicado, permitindo de modo pleno e satisfatório a sua fruição. Além de, evidentemente, salvar a norma e mantê-la em conformidade com a Constituição.³¹⁰

³⁰⁶ZAGREBELSKY, Gustavo. *Giustizia costituzionale: il oggetti, procedimenti, decisioni*. Bologna: Mulino, 2018, pp. 237-238.

³⁰⁷*Ibid.*, p. 238.

³⁰⁸Outros autores italianos há muito já se filiaram a essa corrente concretista. Dentre autores que defendem a legitimidade das sentenças aditivas e vinculatividade perante o legislador estão Franco Modugno, para quem a concretização dos direitos fundamentais positivamente decorre de invariável necessidade de entendê-los como “susceptíveis de desenvolvimento e de evolução, e não como mero dado negativamente limitado, historicamente determinado e invariável” (MODUGNO, Franco apud ISRAEL, Lucas Nogueira. *A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar*. 2014. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 54) e Constantino Mortati, que assevera: “a discricionariedade do legislador deve ceder frente a determinação constitucional que impõe a obrigação de tutela de direitos postos como fundamentais” (MORTATI, Constantino apud *Ibid.*, p. 55).

³⁰⁹Tome-se o exemplo já citado da *Sentenza* 190/1970. O legislador não pode se furtar de inserir uma norma que permita a ampla defesa ao acusado. Não há espaço de manobra para o legislador disciplinar o direito fundamental de outro modo. Destarte, a atuação da Corte, na presente hipótese, apenas corrige uma violação material frontal a um direito básico que não poderia ser legislado de outro modo. É dizer: o vácuo normativo não pode servir de óbice, enquanto via oblíqua de resistência à Constituição para a plena irradiação dos direitos fundamentais.

³¹⁰Notabilizaram-se pela incessante busca da Corte Constitucional italiana em suprir o vácuo normativo deixado pelo legislador ordinário ou em decorrência da própria declaração de inconstitucionalidade emanada pela Corte Constitucional nas ações declaratórias. Em ambos os casos, a falta de uma norma concreta que efetivasse direitos fundamentais se tornava extremamente danoso para a consecução do programa da Constituição e, conseqüentemente, para toda a unidade e coerência do ordenamento jurídico. Assim, visando a concretização de direitos subjetivos encartados na Constituição, mas que estavam despojados de sua força vinculante pela derrogação de preceito anterior, o Tribunal Constitucional italiano passou a pronunciar-se sobre matérias antes consideradas como afetas ao Poder Legislativo, criando verdadeiras normas como resultado de maior participação no papel interpretativo na mutação da Constituição. Com efeito, as sentenças manipulativas, diferentemente do resultado prático alcançado com as sentenças de mérito ditas “ordinárias”, produzem verdadeiros juízos de constitucionalidade complexos. Isso se dá porque tais decisões constituem atos jurídicos

A doutrina de Zagrebelsky fica evidenciada nas primeiras manifestações de explícita utilização das sentenças aditivas pelo Supremo Tribunal Federal, em especial os Mandados de Injunção 670, 708 e 712, relacionados ao direito de greve dos servidores públicos.³¹¹ Nessas ações, a Corte patrocinou o entendimento de que era possível formular, ao menos provisoriamente, a norma regulamentadora, sem necessariamente conduzir à ideia de que tal norma devesse possuir o mesmo núcleo substancial preexistente ou perseguir uma solução única no sistema normativo. Diante disso, é necessário redesenhar a tese das soluções constitucionalmente obrigatórias pelo “filtro da Constituição vigente no Brasil”.³¹²

Dito isso, iniciamos o estudo empírico por uma afirmação que deve ser submetida a um teste de prova: o Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com uma omissão parcial ou total, adota uma variação da tese das soluções constitucionalmente obrigatórias, não raramente citando Crisafulli e sua metáfora da solução *a rime obbligate*, porém se utilizando do critério funcionalizante de Zagrebelsky.

Isso se dá porque a jurisprudência da Corte é fértil na superação de vácuos normativos pela eleição de uma solução normativa, a critério do Tribunal, ainda que se defronte com uma situação em que nem mesmo o legislador se encontra sujeito a única solução obrigatória; ou seja, não há, nos termos críticos da teoria italiana, uma única solução material constitucionalmente obrigatória que vincule a adoção pelo legislador.

Gilmar Mendes, manifestando-se doutrinariamente sobre a adoção explícita das sentenças aditivas pelo STF, nas ações retrocitadas, admitiu, a despeito de o legislador sujeitar-se à necessidade de regulamentar o direito (critério da vontade hipotética do legislador), que o mesmo legislador desfrutava de ampla extensão discricionária para inserir a disciplina normativa faltante, podendo, a seu critério, dispor caso a caso sobre a adequada configuração do regime jurídico.³¹³ Nessa perspectiva, sobre a atuação da Corte, Mendes leciona:

que modulam “os efeitos no tempo da decisão de inconstitucionalidade” ou alteram substancialmente “o conteúdo da norma submetida a julgamento”. Nos primeiros casos, prossegue o autor, são aquelas decisões modulatórias de efeitos, como as declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, declaração de inconstitucionalidade diferida ou declaração de constitucionalidade provisória. Nesse caso, não se trata de decisões manipulativas em sentido estrito, uma vez que visam tão somente modificar o âmbito de incidência temporal da norma, sem, contudo, modificar-lhe substancialmente o conteúdo (ISRAEL, Lucas Nogueira. A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. 2014. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 17).

³¹¹ SOUSA FILHO, Ademar Borges. Sentenças Aditivas na Jurisdição Constitucional Brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 250.

³¹² *Ibid.*, p. 251.

³¹³ É importante assentar que, tirante alguns precedentes atípicos, antes do MI 670 a cultura do Supremo Tribunal Federal era de autocontenção judicial, limitando-se, em sede de Mandado de Injunção, apenas a reconhecer a

No caso do direito de greve dos servidores públicos, afigura-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, 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, podendo tão somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina.** A partir da experiência do direito alemão sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, tendo em vista especialmente as omissões legislativas parciais, e das sentenças aditivas do direito italiano, denota-se que se está, no caso do direito de greve dos servidores, diante de hipótese em que há omissão constitucional que reclama uma solução diferenciada (grifo nosso).³¹⁴

O trecho acima evidencia, pela razão destoante da solução clássica italiana, que o conteúdo da solução legislativa extraída pela Corte não era, de fato, unívoca e constitucionalmente obrigatória, pois como salientado pelo próprio Ministro em sua obra, ao legislador cabia ampla margem de escolha ao poder “dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina”. A bem da verdade, a questão encerrava uma pluralidade de soluções admissíveis, especialmente quando se pondera as inúmeras variáveis que gravitam ao redor dos princípios da Administração Pública, máxime o equilíbrio entre o direito de greve e a continuidade dos serviços públicos, o que poderia exigir do legislador uma regulamentação *sui generis* para cada categoria de agentes públicos.

Essa configuração é reforçada pelo voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 670, o que curiosamente antagoniza a doutrina italiana que amparou seu voto. Destaca-se o trecho do voto em que o Ministro evidencia a pluralidade de escolhas do legislador:

Nesse particular, ressalto ainda que, em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, não estou a afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de órgão **competente, seja facultado ao juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de se tratarem de “serviços ou atividades essenciais”**, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei nº 7.783/1989. Creio que essa ressalva na parte dispositiva de meu voto é indispensável porque, na linha do raciocínio desenvolvido, não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços **públicos que tenham características afins a esses “serviços ou atividades essenciais” seja**

mora do legislador e cientificar o Congresso Nacional para que adotasse as soluções necessárias, sem, contudo, obter grandes efetividades práticas. A partir do acolhimento das soluções aditivas na vida do controle difuso, somente com os casos paradigmáticos ora em análise, a Corte passou a gradualmente admitir soluções normativas de perfil concretista, adotando uma conduta de regulação – ao menos provisória – para o direito constitucional desguarnecido pela omissão. Neste trabalho, a escolha pelo estudo do Mandado de Injunção se justifica, ao menos parcialmente, por ser um instrumento de típico viés concretista, abrindo as portas para a atividade criativa do intérprete.

³¹⁴MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1405.

menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos “essenciais (grifo nosso).³¹⁵

Não obstante, o MI 670 é bastante paradigmático para enfatizar que, assim como nos MIs 620 e 718, de fato, o STF não se valeu de uma solução constitucionalmente obrigatória, pelo menos não na perspectiva da única solução implícita e cogente, como arduamente defende Rui Medeiros. Pelo que se infere das sentenças aditivas proferidas em sede de Mandado de Injunção, relacionadas ao direito de greve de servidores públicos, nesse primeiro momento de acolhimento das sentenças aditivas, o STF adotou unicamente o critério da vontade hipotética do legislador, para, a partir daí, substituir o perfil de legislador negativo por uma atuação concretista e positiva.³¹⁶

É necessário argumentar, noutro giro, que o STF, ao concluir pela omissão legislativa, demonstrou preferência pela utilização de parâmetros normativos já existentes no ordenamento jurídico, os quais foram aplicados por analogia para propiciar a fruição de direitos constitucionais negligenciados pelo legislador. Trata-se de um claro apelo ao critério analógico para debelar o vácuo normativo³¹⁷, o que, todavia, não subtrai a função eminentemente positiva exercida pela Corte nessas oportunidades.

Nesses e em outros casos, a Corte aplicou a analogia, valendo-se de normas regulamentadoras de situações congêneres, ainda que haja uma miríade de opções legislativas cabíveis para disciplinar a situação omitida.³¹⁸ Foi o que se sucedeu nos já referidos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, em que o Tribunal aplicou as disposições da Lei 7.783/89 relativas

³¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>. Acesso em: 24 out. 2022.

³¹⁶Como já afirmamos, Rui Medeiros, também citado por Gilmar Mendes na fundamentação de seu voto, adota uma linha mais restritiva do que a posição adotada pelo STF, inadmitindo a adoção das soluções aditivas quando se abre um leque de opções ao legislador. Nesse sentido, afirma: “Temos para nós que, nos casos em que não exista uma pluralidade de soluções alternativas e em que, portanto, a solução adotada seja constitucionalmente necessária, a decisão modificativa não ofende as prerrogativas do legislador. Se é certo que existem numerosas leis constitucionalmente obrigatórias, no sentido de leis impostas e necessárias para a concreta salvaguarda e realização de uma norma constitucional, o mesmo não se pode dizer em relação às leis de conteúdo constitucionalmente vinculado. A redução da liberdade de conformação do legislador ‘a zero’, especialmente no campo da concretização do princípio a igualdade, é dificilmente imaginável”.

³¹⁷Cita Joaquim Carlos Salgado que a “analogia, embora entendida como processo de preenchimento de lacunas no ordenamento jurídico, é antes uma extensão da lei, no caso da analogia legis. A solução do caso está numa lei, não havendo, portanto, procedimento fora da lei. É a mesma lei que é aplicada ao caso concreto por força da sua mesma razão suficiente, ou seja, do *telos* que orienta a solução da *quaestio iuris*, que surge dos casos concretos. O critério analógico garante a vinculação do aplicador à lei, portanto à objetividade (pois a lei não foi feita pelo aplicador), e prefere os outros processos de integração” (SALGADO, Joaquim Carlos. Analogia. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 91, p. 45-76, 2005, p. 54).

³¹⁸Antes mesmo da Lei 13.300/2016, O Supremo Tribunal Federal já admitia soluções normativas para as decisões judiciais necessárias à proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais. Como precedentes, pode-se citar: MI 232, MI 283, MI 284, MI 543 e MI 562.

aos movimentos grevistas da iniciativa privada. O raciocínio também foi aplicado nos julgamentos dos Mandados de Injunção 758 e 795, em que se estendeu aos servidores públicos as regras de aposentadoria especial dos trabalhadores em geral, previstas na Lei do RGPS (Lei n. 8.213/91).³¹⁹

Tomando de exemplo o MI 708, o STF criou autêntico direito novo, de modo a adaptar a realidade da greve dos trabalhadores da iniciativa privada ao serviço público. Ainda que se valendo do critério analógico, pinçou elementos normativos insculpidos em leis diversas para criar verdadeiro *tertium genus* normativo, relacionando dispositivos da Lei 7.783/89 e da Lei 7.701/1988, para, num só tempo, definir a disciplina material do direito de greve e apontar o órgão competente para dirimir os conflitos resultantes da greve.³²⁰ Nesse sentido, o trecho do acórdão abaixo evidencia essa criação normativa pela Corte:

Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, “a”, da Lei no 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei no 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei no 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais.³²¹

Diante disso, não se pode concluir que o Tribunal aplicou puramente o critério analógico ou que apenas estendeu os efeitos de uma lei para outra categoria. A bem da verdade, o Supremo desenhou regras de competência aplicáveis a quaisquer greves de servidores públicos, em caráter geral e com eficácia *erga omnes*.³²² A eficácia *erga omnes* que não raramente o STF vem atribuindo ao Mandado de Injunção, segundo André Dias Fernandes, é o que paten-

³¹⁹Apesar de não conferir efeitos *erga omnes* nas duas ações, posteriormente o STF editou a Súmula Vinculante n. 33, que vinculou a Administração Pública a adotar, no que couber, as regras do regime geral de previdência social aos servidores públicos.

³²⁰FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 125-126.

³²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 708. Rel. Min. Gilmar Mendes, Publicado no DJ 206 de 31/10/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/ProcessoAndamento.asp?numero=708>. Acesso em 20 out. 2022.

³²²Na corrente ação, o STF estendeu os efeitos para terceiros não integrantes da relação processual, o que, segundo Carlos Blanco de Moraes representaria uma postura ativista que substituiu o legislador por uma abstrativização de mecanismo de controle concreto (FERNANDES, André Dias, op. cit., p. 126).

teia o “caráter normativo da decisão nele proferida”.³²³

Portanto, o que promove diferenciação da atuação da Corte brasileira é que, apesar de amparar-se no experimentalismo italiano, o Supremo Tribunal Federal decidiu proferir decisões manipulativas em resposta a omissões parciais ou absolutas, isto é, quando confrontado com a completa ausência de regulação do preceito, e mesmo nos casos em que se desenharia um leque de alternativas constitucionalmente admissíveis, assim dizendo, quando não satisfeitos os critérios da omissão relativa e do conteúdo normativo único. Nesse sentido, é largamente compreensível que houve desbordamento dos critérios das soluções *a rime obbligate*, pois uma omissão absoluta foi suprida *ex nihilo*, inevitavelmente substituindo o legislador na eleição de opções políticas cuja competência normalmente adscrive-se ao espaço de atuação regido pelo princípio democrático.

Percebe-se, outrossim, que a adoção da tese das soluções constitucionalmente obrigatórias pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de valer-se de autores italianos e da experiência comparada, se desprende dos parâmetros e limites moldados naquele país. É preciso que se diga, portanto, que o *standard* de atuação do STF contrasta com a *ratio essendi*, tal qual concebida pela doutrina e jurisprudência italianas.³²⁴

É necessário observar, outrossim, que tal modelo de decisão não se restringe ao Mandado de Injunção.³²⁵ Também é possível identificar, de modo disperso, atuação positiva da Corte no controle concentrado. Em casos reiterados, sob o pretexto de emprestar interpretação conforme ao dispositivo, o STF proferiu autêntica sentença aditiva.³²⁶

A título de exemplo, foi o que sucedeu da ADI 2652, em que o STF, sob o pretexto de

³²³FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 127.

³²⁴André Dias Fernandes, estudando a posição do STF, manifesta-se sobre os problemas dessa fórmula. Afirma que, nessa perspectiva, “praticamente todos os direitos previstos em normas constitucionais de eficácia limitada (fruíveis ‘nos termos da lei’) poderiam ser regulamentados pelo próprio Judiciário mediante decisões manipulativas na hipótese de omissão absoluta inconstitucional, enquanto não houvesse a intervenção do legislador” (FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 251).

³²⁵Possivelmente, a atitude mais criativa da Corte nos mandados de injunção decorrem, em larga medida, da posição concretista moldada inicialmente pela jurisprudência daquela Corte e, posteriormente, acolhida pela legislação, mais especificamente no artigo 8º, II, da Lei 13.300/2016. Ao que parece, a posição concretista abre as portas para que a fundamentação dos votos dos ministros se baseiem exclusivamente na doutrina das sentenças aditivas, dado que, democraticamente, estendeu-se a competência do STF no controle abstrato de sanção das omissões inconstitucionais. O mesmo não sucede em sede de controle concentrado, em que a legislação não se mostra com a mesma permissividade. Por isso, nesses casos, muitas vezes as decisões aditivas são dissimuladas pelas vestes da interpretação conforme, atualmente bastante utilizada como critério fluido e de larga flexibilidade para albergar as mudanças promovidas pelo STF.

³²⁶*Ibid.*, pp. 122-123.

realizar interpretação conforme do artigo 14 do CPC/73, proferiu autêntica sentença normativa que amplificou os efeitos normativos do dispositivo para além das situações inicialmente preconizadas, sob a fundamentação de violação à isonomia.³²⁷

Já na ADI-MC 2.332, a atuação foi ainda mais aguda, com prolação de sentença substitutiva, também fundamentada com base na técnica da interpretação conforme. Na referida ação, a Corte, sob o pretexto de conferir interpretação conforme ao Artigo 1º da medida Provisória Nº 2027-43/2000, alterou o sentido da parte final do texto original, que, em caso de desapropriação direta, determinava incidir juros compensatórios sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, entre o valor ofertado em juízo e o valor indenizatório fixado na sentença, substituindo tal enunciado pela aplicação de juros compensatórios sobre a diferença entre 80% do preço ofertado pelo ente público e o valor fixado na sentença. A sentença substitutiva resta identificada por duas operações. Inicialmente, pela declaração de inconstitucionalidade da interpretação original, seguida de substituição de tal interpretação por nova norma. Novamente, a Corte, apesar de fundamentar o acórdão na técnica da interpretação conforme, proferiu genuína sentença manipulativa de efeitos aditivos.³²⁸⁻³²⁹

Diante dos casos ora estudados, é possível extrair algumas conclusões: (i) quando acolhe e enuncia expressamente a prolação de sentenças aditivas na via incidental, o STF se vale do conceito de solução obrigatória da perspectiva constitucional tal qual engendrado por Zagrebelsky, exigindo apenas o critério da vontade hipotética do legislador, ainda que se apresente um rol amplo de condições em que esse direito pode ser usufruído; e (ii) no controle concentrado, a Corte tem preferido encontrar o fundamento de legitimidade de suas decisões

³²⁷O dispositivo delimitava a aplicação de multa por descumprimento de decisão judicial aos advogados regidos pelo estatuto da OAB. O STF proferiu sentença de interpretação conforme que alargava os efeitos da norma também para os advogados públicos vinculados aos regimes estatutários de seus respectivos entes. Sob o pretexto de realizar interpretação conforme, a decisão desaguou em autênticas sentenças normativas de efeitos aditivos, pois, fundada no princípio da igualdade, declarou a inconstitucionalidade da norma na parte em que omitia os advogados públicos e, em seguida, alargou seu campo de incidência para também abrangê-los. Aqui a técnica se mostrou mais consentânea com a doutrina originária de Crisafulli, porém, em seu *obiter dictum*, a Corte erroneamente sinalizou o acórdão com base na técnica da interpretação conforme. André Dias Fernandes afirma que, se quisesse, a Corte poderia simplesmente ter declarado a nulidade simples, com redução de texto, da parte final do dispositivo, o que produziria os mesmos efeitos (FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 182).

³²⁸Em variados casos, (ADPF 130, ADI 3510, ADI 2.332, ADI 2.084, ADI 1.797, ADI 2.087, ADI 1.668, ADI 1.344, ADI 1.105, ADI 1.127), também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos (Sobre a difusa terminologia utilizada, Cf: MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça constitucional. Tomo II: O direito do contencioso constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2011; LA VEGA, Augusto Martín de, La sentencia constitucional en Italia, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; REVORIO, Francisco Javier Díaz, Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Valladolid: Lex Nova; 2001).

³²⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI-MC 2.332-DF, Tribunal Pleno, relator Min. Moreira Alves, DJE 02.04.2004.

na doutrina da interpretação conforme, ainda que emanando autêntica sentença normativa. Essa situação é delicada porque reduz os graus de certeza e de limites impostos a tal atividade criativa.

Mais recentemente, a Corte tem voltado sua atenção com os efeitos de suas decisões e buscado aprofundar os critérios dogmáticos no exercício de sua atividade criativa, de maneira a limitar a discricionariedade e conferir objetividade nos parâmetros na prolação de sentenças aditivas. Empiricamente, vem-se observando, na quadra atual, incessante busca dos membros do Tribunal quanto à eleição de critérios, extraídos principalmente da doutrina, com o fito de preservar, de um lado, o indeclinável dever de tutela dos direitos e liberdades constitucionais (CF, art. 5º, XXXV) e, de outro, o princípio da divisão funcional dos poderes (CF, art. 2º), concorrendo para maior contenção na atuação do Judiciário como legislador positivo e para distanciamento dos juízes da atuação política.

4.2 O Supremo Tribunal Federal e um novo paradigma de atuação: legitimidade e limites para prolação de sentenças aditivas

Como já visto, em variadas oportunidades, a postura ativista do Supremo Tribunal Federal, conduzida pela aplicação direta dos princípios estatuídos na Constituição sobre situações não contempladas no texto normativo, revela uma atividade positiva que aproxima os juízes dos legisladores. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso reconhece que essa atividade vem distanciando os juízes de sua atuação típica:

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.³³⁰

De maneira a acomodar a atuação positiva da Corte Constitucional dentro do regime democrático, é preciso delimitar um espaço legítimo que acolha a fórmula das sentenças aditi-

³³⁰BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 443.

vas. Não se pode desprezar as fundamentadas preocupações vertidas à atuação normativa dos juízes constitucionais, dada a potencialidade da interferência indevida da atividade jurisdicional na condução de políticas públicas sujeitas ao ambiente majoritário e a conseqüente subversão dos princípios da representação popular e da preferência do legislador.

Em primeiro lugar, é preciso adiantar que evitaremos questionar qualquer incerteza acerca da eficácia vinculante dos precedentes normativos do STF, por meio do qual exerce autêntico papel de suplência ou até mesmo de substituição do legislador.³³¹ Mesmo na esfera do controle difuso, em especial no Mandado de Injunção, ação de natureza subjetiva, a posição concretista geral largamente adotada pelo STF foi posteriormente contemplada no ordenamento pela Lei 13.300/2016 – a bem da verdade adotando uma posição mais restritiva do que outrora perfilhada pelo STF –, que permitiu, ao menos excepcionalmente, a extensão dos efeitos de sentenças aditivas para além dos sujeitos processuais.³³² Nessa acepção, os efeitos *erga omnes* dos provimentos judiciais tornam-se cada vez mais frequentes.

Em segundo lugar, a modelagem à brasileira da teoria das soluções *a rime obbligate* representou, simultaneamente, um momento de inclinação à prolação de decisões normativas e a imposição dos primeiros limites jurisprudenciais para a admissibilidade da nova técnica decisória na *práxis* do Supremo Tribunal Federal. Apesar da teoria edificada pelo STF nos *leading cases*, a aplicação das sentenças aditivas na jurisdição brasileira desvela o exercício de uma atividade normativa cujos contornos e limites, até o presente momento, se impõem de modo impreciso e oscilante. É preciso reconhecer que o STF falhou em forjar jurisprudência sólida e segura acerca dos limites de sua atuação positiva.³³³

³³¹SOUSA FILHO, Ademar Borges. Sentenças Aditivas na Jurisdição Constitucional Brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 233.

³³²A Lei 13.300/2016 já confere o poder de o Supremo Tribunal Federal estender os efeitos da decisão para além das partes que integram a relação processual, quando a concessão dos efeitos *erga omnes* for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração (art. 9º, § 1º). Em sede de controle abstrato, o sistema constitucional concede à Suprema Corte eficácia *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, nas decisões declaratórias de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive quando se utiliza a interpretação conforme e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto (Art. 28, parágrafo único, Lei n. 9.868, de 1999 e art. 102, § 2º, CF/88). André Dias Fernandes obtempera que a Lei 13.300/2016 mitigou a corrente concretista geral largamente manejada pelo STF nos MIs 670, 708 e 712, adotando como regra geral a corrente concretista individual, conferindo efeitos *inter partes* ao direito concretizado pela sentença constitucional, e, apenas excepcionalmente, permitindo a extensão dos efeitos *erga omnes* da componente normativa (FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 132).

³³³Leciona Antonio Umberto de Souza Júnior, a questão teórica dos limites de atuação dos tribunais em matérias políticas ainda não encontrou uma resposta totalmente satisfatória. A ausência de um paradigma teórico norteador empurra a questão, nos tribunais, para soluções pragmáticas; os tribunais avaliam, caso a caso, se devem ou não intervir, valendo-se de diversos artifícios, como a distinção entre questões procedimentais (*matters of procedure*) e questões substanciais (*matters of substance*). Quando ostentam tendência interventora

Ao lado dessas premissas, é preciso que a doutrina se encarregue de discutir parâmetros de atuação da Corte Constitucional, ao tempo em que se busca arrefecer a tensão entre o ativismo judicial e o princípio democrático.³³⁴ Para isso, sem prejuízo de posterior aprofundamento de novos critérios, propõe-se discutir alguns parâmetros que, a um só tempo, legitimam e impõem zonas limítrofes à prolação das sentenças aditivas. Para isso, propõe-se abordar quatro enfoques: (i) da justificabilidade teórico-democrática da atuação direta e imediata da Suprema Corte na efetivação de direitos fundamentais por uma atividade normativa; (ii) das limitações de ordem material a que se submetem os provimentos judiciais; (iii) da compatibilidade sistêmica dos provimentos normativos advindos da Corte Constitucional com outras normas inter-relacionais de jaez constitucional; (iv) da composição dialogal que a função normativa da Corte Constitucional deve manter com as demais instâncias de poder e com a sociedade.

O primeiro aspecto reside no acolhimento de um princípio operativo³³⁵ que visa concretizar direitos sistematicamente desprezados pelos atores políticos. Nesse sentido, apregoa George Salomão Leite que os poderes públicos incumbidos de aplicar a Lei Fundamental devem exercer tal mister de maneira a conferir o maior grau de eficácia possível aos direitos fundamentais.³³⁶ Isso porque a supremacia da Constituição – enquanto estatuto político-jurídico superior que ostenta força normativa – não é preservada apenas pela averiguação de compatibilidade das leis com o seu texto (inconstitucionalidade por ação), mas talqualmente pela rigorosa fiscalização quanto à proteção insuficiente em relação aos bens jurídicos da ordem constitucional (inconstitucionalidade por omissão). Disto resulta a possibilidade de tutela das omissões legislativas, vertida para a averiguação da adequada e satisfatória disciplina jurídica em torno dos direitos materialmente constitucionais.³³⁷ Nessa posição, George Salomão Leite afirma que:

A proteção ao Texto Constitucional se dá tanto com a expulsão, do ordenamento jurídico acusados de ativismo judicial; quando preferencialmente tímidos, de autocontenção (self-restraint). Para mais detalhes, Cf. SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de. O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas. Porto Alegre: Síntese, 2004.

³³⁴O objetivo dos parâmetros levantados pela dogmática constitucional é comprimir zonas de incertezas em que as pronúncias da Corte Constitucional promovam um quadro de constante conflituosidade com os demais atores políticos, e, ao mesmo tempo, permitir que as sentenças manipulativas acomodem-se no desenho institucional como um instrumento de promoção dos direitos fundamentais e de tutela do processo político democrático.

³³⁵Canotilho afirma que no caso de dúvidas, deve-se preferir a interpretação que reconheça maior efetividade aos direitos fundamentais (CANOTILHO, José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1187).

³³⁶LEITE, George Salomão. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Brasília: Senado Federal, 2020, p. 108.

³³⁷*Ibid.*, p. 109.

rídico, dos atos normativos que lhe são antagônicos, como mediante a atuação estatal consistente em concretizar o conteúdo de suas normas mediante processo de densificação normativa.³³⁸

Por força desse compromisso de proteção, os órgãos constituídos perseguem continuamente um papel de assegurar níveis mínimos de tutela para os diversos bens jurídicos, o que reclama um sistema de controle orientado para a sanção e remediação das omissões e regulações insuficientes do núcleo estruturante de direitos fundamentais, cuja competência, em última instância, passa a ser exercida – não exclusivamente, é verdade – pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, por meio de complexa função instrumental fundada na cláusula da inafastabilidade da jurisdição.

No âmbito da jurisdição constitucional brasileira, como já tivemos a oportunidade de abordar, há campo fecundo para a atuação política do Judiciário na concretização da constituição, orientada pelo princípio da máxima efetividade.³³⁹ Os instrumentos de controle de omissão legislativa desvelam muito mais do que um poder, mas sobretudo de uma garantia fundamental que garante os destinatários da Lei Maior dos direitos ali entrincheirados, a fim de que se projete a irradiação plena de sua eficácia normativa.³⁴⁰ Isto significa que as Cortes Constitucionais estão vocacionadas para um constante poder-dever institucional de salvaguardar a supremacia da constituição. Como bem vaticinam Ingo Wolfgang Sarlet e Sérgio Cruz Arenhart, a fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível ou, no mínimo, perde em efetividade na falta de prestações estatais incidentes na esfera organizacional e procedimental.³⁴¹⁻³⁴²

³³⁸LEITE, George Salomão. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Brasília: Senado Federal, 2020, pp. 108-110.

³³⁹A jurisprudência do STF possui vários precedentes definindo o princípio da máxima efetividade. Por exemplo, no RE 602827, o Min. Eros Grau afirmou que “não se pode perder de vista que os dispositivos constitucionais, em especial os que se referem aos direitos fundamentais, de que é exemplo o art. 205 da CF/88, devem ser interpretados de modo que lhe seja dada a máxima efetividade possível” (RE 602827/CE, Rel. Min. Eros Grau, DJe. em 26.10.10, Pleno, STF). À similitude, no RE 627815, ao se manifestar sobre a questão das imunidades a Min. Rosa Weber afirmou que o STF adotou uma interpretação que emprestou ao dispositivo abrangência maior, com escopo de assegurar à norma supralegal máxima efetividade (RE 627815/PR, Rel. Min. Rosa Weber, DJe em 23.05.13, Pleno, STF).

³⁴⁰LEITE, George Salomão, op. cit, pp. 109-110.

³⁴¹Talvez o mecanismo mais facilmente perceptível seja o Mandado de Injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, enquanto norma fundamental autoaplicável, que tem por finalidade possibilitar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania diante da falta de norma regulamentadora que os tornem viáveis. O direito subjetivo ao Mandado de Injunção é garantia constitucional-processual que posiciona o Poder Judiciário como importante ator nessa tarefa concretizadora (SARLET, Ingo Wolfgang. Dos direitos e garantias fundamentais. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; Sarlet, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018, p. 390).

³⁴²Sobre o Mandado de Injunção, leciona Sérgio Cruz Arenhart que se trata “[...] de direito-garantia e ação constitucional típica com a finalidade de, mediante provimento jurisdicional, assegurar a tutela de direitos e garantias constitucionais cuja efetiva fruição esteja sendo inviabilizada pela falta de atuação, no plano

Redunda daí que a inércia legislativa não pode servir como instrumento de obstrução de direitos fundamentais, sobretudo de direitos de minorias em face das maiorias circunstanciais. Nesse aspecto, é exigência constitucional que o Poder Legislativo deve legislar para integrar de forma plena a Constituição Federal. Não o fazendo, o sistema prevê mecanismos processuais para balizar os interesses em torno da melhor proteção, a fim de conservar o âmbito nuclear de direitos fundamentais. Por isso, deve-se afastar fórmulas rasas sancionadoras do ativismo judicial para amparar a sistemática conduta omissiva das demais instâncias de poder. Ao impor ao legislativo um ônus e uma obrigação de legislar, a Constituição, na mesma dimensão, moldou instrumentos debeladores desse *horror vacui*.

Nessa ótica, a função criativa do Supremo Tribunal Federal deve ser tão mais acentuada quanto mais escudada em uma previsão constitucional. Isto é, a liberdade criativa do STF é graduada de acordo com a missão normativa concedida à Corte pela própria ordem constitucional, de modo que se lhe permita, ao menos transitoriamente, superar o estado de inércia inconstitucional por uma espécie de legislação editada pela via hermenêutica. Em sede de controle difuso, oportuniza-se, por exemplo, a função normativa inerente ao Mandado de Injunção, que se justifica por uma regra matriz que estatui a prerrogativa e as matérias sobre as quais a competência normativa é consentida ao STF. Deve-se, pois, reconhecer que a regra constitucional expressa uma incumbência política produzida pelo Poder Constituinte para criação judicial de normas.³⁴³

Mas é preciso afirmar que, ainda assim, a preferência por fórmulas analógicas que preservam a prioridade do legislador na criação da disciplina normativa e a “relação de precedência” em favor de fórmulas não manipulativas³⁴⁴ explicitam uma postura de redução de conflitualidade e mitigação dos riscos de uma possível politização ou partidarização da Justiça

normativo, do poder público. No que diz com o enquadramento do instituto no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, trata-se, em primeira linha, de instrumento para o controle das omissões por parte do poder público, não apenas do legislador. Além disso, constitui meio de controle concreto, embora não propriamente difuso (pelo menos não no sentido de que qualquer Juiz ou Tribunal em qualquer processo possa conhecer e julgar mandados de injunção) nem tipicamente incidental.” (ARENHART, Sérgio Cruz. Comentário ao artigo 5º, LXXI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; Sarlet, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018, p. 956).

³⁴³Carlos Blanco de Moraes reconhece uma “fresta” de admissibilidade mais extensa no controle concreto do que no controle abstrato, justamente porque naquele o Tribunal se vê corriqueiramente em situações de necessária decisão constitucionalmente obrigatória de natureza conformadora, quando se depara com direitos constitucionais desprezados pelo legislador. Essa posição mais beneplácita de Moraes, que se aproxima do critério de Zagrebelsky, representa uma dose de maleabilidade no critério rígido das soluções a *rime obbligate* outrora adotado pelo autor português. Para mais detalhes, Cf: MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça constitucional. Tomo II: O direito do contencioso constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 473.

³⁴⁴FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 341.

Constitucional.³⁴⁵ Por outro lado, quando a prolação de sentença aditiva se evidenciar estritamente necessária, o uso de critérios em torno de soluções constitucionalmente obrigatórias devem fundamentar a decisão para fins de controlabilidade. Até mesmo Carlos Blanco de Moraes parece ter revisitado seu pensamento mais restritivo e afirma que, em situações excepcionais, nas sentenças de natureza conformadora o juiz poderá gizar juízos axiológicos de ponderação entre um número restrito de soluções normativas alternativas e hipotéticas, em que seja possível a exclusão das soluções que se revelem juridicamente inverossímeis.³⁴⁶

Nos demais instrumentos processuais, como nas ações de controle, em sede de fiscalização abstrata (ADI, ADC, ADO e ADPF), a função normativa do Supremo deve ser mais restrita, ante a ausência de instrumentos legitimamente concedidos para que a Corte possa enunciar o direito *ex nihilo*. A adoção das soluções *a rime obbligate* tal qual na gênese da jurisprudência italiana, o que Leopoldo Elia chama de soluções *a rime obbligatorissime*³⁴⁷, fundada na inconstitucionalidade por violação ao princípio da isonomia, cuja superação se dá pela mera exclusão do preceito limitador ou pela equiparação de categorias normativas relacionais pelo regime mais favorável, não implica a substituição do legislador pela eleição de critérios políticos pelo Judiciário, o que consagra a deferência ao papel político do legislador com expressiva redução da função positiva em uma área em que o Constituinte não garantiu, ao menos expressamente, tal função ao Tribunal.

Em uma ou outra atuação, a atividade do Judiciário remanesce vinculada pela densidade suficiente do dispositivo, de modo a se permitir minimamente a reconstrução judicial de um preceito qualificado pela centralidade e substância do bem jurídico protegido na ordem constitucional. Se carece ao elemento material um núcleo objetivo minimamente concretizante, do qual emerge ampla pluralidade de expectativas constitucionalmente legítimas, isto é, de um terreno aberto de conformação material, normalmente identificados por normas-programas despidas de densidade jurídica³⁴⁸, é preciso afastar a prerrogativa do Judiciário de proferir

³⁴⁵MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Tomo II: O direito do contencioso constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 458.

³⁴⁶*Ibid.*, pp. 473-474.

³⁴⁷Leopoldo Elia. *La giustizia costituzionale nel 1983*. Disponível em: http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_499.do. Acesso em: 01/11/2022.

³⁴⁸Carlos Blanco de Moraes classifica tais elementos como “princípios e normas que não definam direitos, mas antes estabeleçam prospectivamente metas e programas de ação ao legislador (tendo em vista a realização de pretensões jurídicas objectivas, traduzidas em tarefas e objectivos prestacionais no domínio dos direitos sociais) assumem carácter programático e carecem de efectividade imediata, ou seja, não são imediatamente aplicáveis em juízo, pois necessitam de mediação do legislador” (MORAIS, Carlos Blanco de. *O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista?* *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v.20, n.78, p. 153-227, jan./mar. 2012. p. 191).

a norma regulamentadora, porquanto nesta hipótese não substituiria o papel do legislador em sua função legiferante, mas sobretudo na função política envolta na escolha e na adoção do perfil ideológico que permeiam os interesses públicos compromissados pelos agentes eleitos e que são propulsores daquela atividade. É dizer: quanto mais abstrato e programático é o preceito, menor é a admissibilidade de conformação pelas sentenças aditivas.

O segundo parâmetro a ser discutido já vem sendo bastante utilizado pelo STF. Remete à postura consequencialista do juiz constitucional, volvida para a “análise das capacidades institucionais no campo de interpretação constitucional”, especialmente em relação aos limites orçamentários que as Cortes devem observar quando exercem sua função positiva.³⁴⁹ Carlos Blanco de Moraes afirma que determinadas sentenças aditivas podem causar um aumento anômalo de despesas e impor um custo financeiro que viole o equilíbrio orçamental, de modo que se a decisão afetar negativamente o equilíbrio orçamentário deve ser excluída pelo intérprete.³⁵⁰

Como ponto de partida, é possível mencionar o MI 7300, no qual a Corte verteu sua atenção para tais reflexões. No referido julgamento, o Tribunal exerceu postura de autocontenção ao proferir uma decisão aditiva de efeitos parciais, dado o elevado reflexo financeiro no orçamento público.

Na referida ação, buscou-se superar a mora dos poderes Legislativo e Executivo em regulamentar a renda básica cidadã para pessoas em situação de vulnerabilidade social, instituída pela Lei 10835/2004. Utilizou-se como parâmetro constitucional para sancionar a omissão normativa – quanto à definição dos valores e do calendário de efetivo pagamento do benefício – os princípios sociais inseridos no art. 6º da CF. A despeito de posicionamentos acolhendo a pretensão formulada, que aplicavam por analogia o art. 20 da Lei 8742/93, de maneira a se atribuir ao benefício o valor de um salário-mínimo a todos os cidadãos que se enquadrassem nos termos do programa³⁵¹, a maioria do colegiado orientou-se no sentido de dar parcial provimento, para determinar ao Executivo que adotasse as medidas práticas de cunho fiscal no exercício fiscal seguinte, a fim de garantir um valor razoável apenas para as pessoas em

³⁴⁹SOUSA FILHO, Ademar Borges. *Sentenças Aditivas na Jurisdição Constitucional Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 233.

³⁵⁰O autor afirma que o equilíbrio orçamentário não é um vínculo jurídico para o Tribunal Constitucional, mas, por outro lado, é um valor constitucional situado em mesmo nível hierárquico com os demais, de modo que o Tribunal deve exercer uma ponderação entre todos os valores incidentes (MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Tomo II: O direito do contencioso constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 472).

³⁵¹A posição vencida do relator, Min. Marco Aurélio Melo, foi autêntica sentença aditiva, pois utilizou parâmetro normativo preexistente para ter a incidência expandida para alcançar, sob o fundamento da isonomia, a situação desprezada pelo legislador, isto é, todos os brasileiros que se enquadrassem na hipótese do programa.

situação de extrema pobreza, nos termos do artigo 2º da Lei n. 10.835/2004,. Ao cotejar os efeitos da decisão nas contas públicas, a Corte se restringiu a garantir implementação de parcela do programa de renda básica para os absolutamente mais necessitados.³⁵² Em relação aos demais beneficiários, a Corte se limitou a apelar aos demais poderes para, dentro das possibilidades fáticas de compatibilidade da medida com o orçamento público, adotasse medidas necessárias para unificar os programas de transferência de renda e atualizar os valores dos benefícios oportunamente.

A Corte rejeitou adotar sentença concretista na integralidade, bem como determinar o valor do benefício, dado que não poderia substituir o legislador e o administrador público na regulamentação de direitos que implicassem elevado impacto orçamentário e eleição prioritárias de políticas públicas, porquanto a adoção de uma política certamente implicaria por via oblíqua a desalocação de verbas para outras destinações, desamparando outros importantes direitos sociais.

No julgamento, o Supremo Tribunal Federal evidencia um limite claro à prolação de sentenças aditivas quando a colmatação da lacuna implicar elevação direta de despesas, porquanto isso representaria a feição outorgada aos demais poderes, efetivamente incumbidos da definição e operacionalização do orçamento público. Sobre o assunto, José Adércio Leite Sampaio alude que a atuação reconstrutiva é seriamente combatida quando interfere diretamente na agenda política, com a definição de prioridades de competência do Poder Legislativo, sob pretexto de tutelar ou promover direitos sociais e econômicos.³⁵³ Tal interferência representa a subtração da competência dos atores políticos, diretamente influenciados pela vontade popular. Se a Constituição atribui expressamente a esses atores a definição de prioridades e alocação de recursos públicos nas áreas sensíveis, de acordo com a situação de momento, a intervenção judicial nesse terreno implica, a um só tempo, a destituição do poder concedido ao ator constitucionalmente eleito e a alteração significativa do quadro jurídico-político, pois, ao se admitir a atuação do Judiciário na coordenação das políticas públicas, transfere-se ao juiz constitucional a última palavra sobre a condução política dos planos de governo.

³⁵²A maioria do colegiado seguiu a fundamentação de Gilmar Mendes, que votou nos seguintes termos: “caso viesse a assegurar judicialmente a renda básica a todos os cidadãos brasileiros, sem qualquer gradualidade ou planejamento financeiro, o Tribunal, a um só tempo, excederia os limites que, ao longo de mais de 20 anos, foram desenvolvidos por sua jurisprudência no âmbito de mandados de injunção, mas também infringiria a progressividade aventada pelo Legislativo para a implementação do benefício monetário (art. 1º, § 2º)” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MI 7300, Tribunal Pleno, Relator Min. Marco Aurélio, DJe-167 23.08.2021).

³⁵³SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 182.

Rememorando a classificação das sentenças aditivas consoante escólio de Carlos Blanco de Moraes, há no rol tipológico das sentenças aditivas aquelas conhecidas como sentenças de prestação, caracterizadas pelos elevados impactos financeiros, normalmente não previstos na peça orçamentária e, portanto, capazes de promover um quadro de inoperância da máquina estatal. Nessas situações, o STF deve exercer prudência, ora se valendo da modulação de efeitos temporais, ora exercendo a autocontenção na adoção da técnica decisória.³⁵⁴

Mas, se por um lado o Judiciário não pode assumir exclusivamente o custo político de condução do aparelho estatal, isto é, arrogar para si as escolhas políticas que impliquem alocação de gastos públicas e direcioná-los aos direitos que entende ser prioritários; de outro, não pode tornar absoluta a autorrestrição nas situações de flagrante violação aos direitos fundamentais e, com isso, chancelar a omissão legislativa que obstaculize a fruição de direitos subjetivos constitucionais. Diante disso, cabe à Corte operar a ponderação judicial diante do choque de valores conflitantes em igual hierarquia.³⁵⁵ Consoante magistério de Barroso:

Vale, contudo, o registro de que, em um cenário de recursos limitados, toda decisão alocativa será igualmente desalocativa de verbas para outras destinações, circunstância que pode comprometer a adequada implementação de políticas públicas pelas instâncias majoritárias, às quais caberia em primeira mão a sua formulação. É preciso, portanto, cautela na operação com o princípio e seriedade em considerá-lo como um importante limite a ser enfrentado argumentativamente. Parcimônia e consciência das próprias capacidades institucionais são essenciais aqui.³⁵⁶

Ao se deparar com situações de evidente violação a direitos fundamentais, eventualmente o pronunciamento da Corte poderá implicar aumento de custos não previstos, pois co-

³⁵⁴José Adércio Leite reconhece que o impacto financeiro dos pronunciamentos judiciais promoveu a criação da doutrina das sentenças transitivas ou transacionais. São modelos de decisão que assume variadas fórmulas: inconstitucionalidade diferida, inconstitucionalidade constatada, mas ainda não declarada, constitucionalidade provisória e apelo ao legislador. Ressalta o autor que as críticas a tais decisões também não são lacônicas, pois representam o outro extremo do ativismo judicial, praticamente representando a renúncia do papel da Corte Constitucional no seu papel de garante da Constituição, transigindo com o princípio da supremacia da Constitucional (SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 186).

³⁵⁵Luís Roberto Barroso apregoa que as “decisões que produzam impacto orçamentário podem ser objeto de modulação temporal para dar tempo ao legislador para promover adequada dotação orçamentária. De resto, alega-se que não há no direito constitucional normas absolutas, de modo que até mesmo esse princípio sujeita-se a ponderação diante de outros valores de igual hierarquia” (Luís Roberto Barroso. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. *Revista da Ajuris – Porto Alegre*, v. 46, n. 146, junho, 2019. p. 326. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2020/01/Papel-criativo-dos-tribunais.pdf>. Acesso em 5 nov. 2022.). Adércio Leite, noutro giro, defende a necessidade de ponderação entre direitos a prestação e os princípios formais e materiais do Estado de direito, dentre os quais o princípio democrático e o princípio da separação funcional do poder, inclusive a reserva da competência orçamentário do Parlamento (SAMPAIO, José Adércio Leite, op. cit., p. 183).

³⁵⁶BARROSO, Luís Roberto. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. In: *Revista da Ajuris – Porto Alegre*, v. 46, n. 146, junho, 2019. p. 326. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2020/01/Papel-criativo-dos-tribunais.pdf>. Acesso em 5 nov. 2022.

mo bem proclama José Adércio Leite, razões técnicas e instrumentais não podem servir de salvo conduto a violações aos direitos fundamentais, em especial quando se identifica a função que as Cortes Judiciais têm no resgate de grupos marginalizados pelo processo político formal.³⁵⁷ Por isso, os tribunais constitucionais não raramente se deixam influenciar por uma análise consequencialista de uma decisão de inconstitucionalidade sobre as finanças públicas.³⁵⁸

Semelhante posicionamento foi adotado no MI 5229, no qual o STF impediu a elevação de despesas ao evitar adjuntar norma que acrescia a quantia de 20% na remuneração de um número indeterminado de empregados públicos, sob o título de adicional de penosidade. Ao rejeitar os argumentos dos impetrantes, o Ministro Roberto Barroso então ponderou no sentido “de que as circunstâncias econômicas precisam ser consideradas, quando a supressão da lacuna pelo judiciário gera despesa para o executivo”.³⁵⁹ E ponderou:

No caso vertente, é temerária a adoção de solução, pelo Poder Judiciário, que resulte o acréscimo imediato, na importância de 20%, na remuneração de um número indeterminado de empregados públicos. Ademais, o recebimento concomitante de adicionais de risco e de penosidade, ainda que devidos por força da Constituição, deve ser sopesado pelo Poder Legislativo, o único com a competência técnica necessária para avaliar os impactos orçamentários e a proporcionalidade das medidas.³⁶⁰

A mesma diretriz foi seguida no MI 6781, em que se pretendeu regulamentar a aposentadoria especial para guardas municipais, por aplicação direta do artigo 40, § 4º, inciso II, da CF/88. Ao julgar o mérito, o STF, além de não acolher a tese de mérito, sinalizou uma postura de autocontenção na concessão direta de benefícios previdenciários a categorias de servidores públicos, sem que haja lei prévia determinando a extensão de tais benefícios, sob o risco de

³⁵⁷SAMPAIO, José Adércio Leite, op. cit, p. 182.

³⁵⁸O autor reconhece que as sentenças aditivas de princípios são caminhos mais suaves de interferência do Judiciário nessa temática. Pois, a despeito de remanescer uma dose de vinculação ao legislador, evita-se a imposição, de plano, de uma nova legislação que estabeleça os critérios políticos para a escolha de alocação de recursos públicos. Desse modo, impõe-se somente princípios que devem ser observados na próxima legislação, seguida normalmente de prazo para sua aplicação. Foi o que se deu de modo bastante mitigado no já analisado MI 7300, em que a Corte declarou a inconstitucionalidade da omissão, sem, contudo, estabelecer imediatamente a aplicação analógica de outro preceito, determinando somente que o Legislativo adotasse as providências no exercício financeiro seguinte. José Adércio Leite Sampaio também afirma que de uma maneira geral, essa parece ser uma orientação bastante seguida pelos tribunais constitucionais. Mencionando a Corte Constitucional alemã, afirma que esta tem reconhecido os direitos sociais como direito a prestações, que estão submetidas a uma cláusula restritiva de balanceamento, conhecida como “reserva do possível”, que se refere àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade (SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 183).

³⁵⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Emb. Decl. no Mandado de Injunção 5229, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 24.05.2021, DJe-170, 26.08.2021.

³⁶⁰BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Emb. Decl. no Mandado de Injunção 5229, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 24.05.2021, DJe-170, 26.08.2021.

elevação de despesas sem o debate necessário no Parlamento. Nesse sentido, colhe-se o posicionamento do Ministro Luiz Fux:

O Poder Legislativo, ao lado da legitimidade democrática, arroga maior capacidade epistêmica para disciplinar do assunto e é o *locus* em que deve ser discutida eventual concessão do direito à aposentadoria especial às guardas municipais. Nesse sentido, aliás, é Projeto de Lei Complementar do Senado 214/2016, ainda em tramitação, que visa a garantir o direito à aposentadoria especial às guardas municipais e aos agentes de fiscalização de trânsito.³⁶¹

Angela Cristina Pelicioli reconhece que, a despeito de o argumento da reserva do possível não poder ser manejado como elemento obstativo à prolação das sentenças aditivas, o STF possui o dever de considerar os reflexos da decisão nas contas públicas. Nesse sentido, afirma a autora que:

Os requisitos da sentença normativa são: a) omissão ou edição de lei ou ato normativo que contrarie a Constituição, obedecidos aos critérios estabelecidos pelas Leis no 9.868 e 9.882, ambas de 1999; e b) a observância da realidade histórica e do resultado possível. A reserva do possível não pode ser uma objeção ao Supremo Tribunal Federal para proferir sentenças normativas, que possam gerar despesas públicas; se as sentenças normativas são o resultado de uma imposição direta da Constituição, não são discricionárias, mas tornam-se um dever (ZAGREBELSKY, 1993, p. 111). No entanto, é preciso que o Supremo Tribunal Federal, quando proferir sentença normativa, não desconsidere a reserva do possível, cercando-se de todos os cuidados para saber quais são seus reflexos nas contas públicas. Esses cuidados dar-se-iam com a análise das leis orçamentárias: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual dos entes estatais envolvidos na causa, além de estudos elaborados por técnicos orçamentários, peritos contadores, médicos, psicólogos, esses dois últimos nos casos que envolvam os direitos à vida e à integridade física e psíquica da pessoa humana, valendo-se a Corte, para tanto, inclusive de audiência pública (art. 9º, § 1º, da Lei n. 9.868/99 e art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.882/99).³⁶²

À luz dessas ponderações, se o Supremo não chegou a impor uma vedação absoluta ao acolhimento de sentenças aditivas nos casos de aumento de despesa aos demais poderes, ao menos parece ter criado um ônus argumentativo desfavorável às sentenças aditivas – acolhendo uma postura de *self-restraint* – ao se deparar com uma pretensão judicial que implique aumento de despesa a ser arrostada pelos demais poderes. Isso normalmente ocorre quando a Corte é invocada para concretizar, sobretudo na via injuncional, direitos sociais e econômicos disciplinados de maneira insuficiente.³⁶³

³⁶¹BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção 6781, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 27.11.2017.

³⁶²PELICIOLI, Angela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional. *In*: Revista de informação legislativa. Brasília. v. 44. n. 174. p. 35-47. abr./jun.2007. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/140965>. Acesso em 5 nov. 2022.

³⁶³Essa posição recebe o abono de Carlos Blanco de Moraes, que sumariamente rejeita a adoção de sentenças aditivas em situações de “desequilíbrio negativo do orçamento de Estado”, pois, se uma das opções implicar custos financeiros adicionais de magnitude relevante, não antecipados pelo legislador, ela deverá ser excluída pelo intérprete (Cf: MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça constitucional. Tomo II: O direito do contencioso constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 472).

No Recurso Extraordinário 843.112, acórdão paradigma na sistematização de parâmetros para prolação de sentenças aditivas³⁶⁴, discutiu-se a possibilidade de obrigar o Poder Executivo a encaminhar o projeto de lei para revisão anual dos servidores públicos. Ao manifestar-se sobre a possibilidade de o próprio poder Judiciário impor norma que garanta reposição salarial de servidores públicos pelos índices inflacionários, o relator, Ministro Luiz Fux, se pronunciou nos seguintes termos:

A definição do índice cabe aos poderes políticos, em consonância com outras limitações constitucionais, máxime por prestigiar a expertise técnica desses poderes em gerir os cofres públicos e o funcionalismo estatal. As regras prudenciais e a relação entre as formas de aumento remuneratório revelam os elevados custos de erro da fixação do índice de revisão geral anual por quem não detém a expertise necessária.³⁶⁵

E sobre a criação de custos diretamente pelo Judiciário, censurou a invasão do princípio democrático pela Corte:

O princípio democrático impede a transferência do custo político ao Judiciário, porquanto o povo deposita nas urnas expectativas e responsabilidades, o que justifica a posterior prestação de contas dos poderes eleitos e impede que maiorias ocasionais se furtem de obrigação imposta pelo constituinte. Penso, ademais, que o recebimento concomitante de adicionais de risco e de penosidade, ainda que devidos por força da Constituição, deve ser sopesado pelo Poder Legislativo, o único com a competência técnica necessária para avaliar os impactos orçamentários e a proporcionalidade das medidas.³⁶⁶

Nesse mesmo julgamento, ao reconhecer a excepcionalidade na prolação das sentenças normativas, a Corte sinalizou, a título de *obiter dictum*, que devem ser avaliados os reflexos das sentenças normativas nas contas públicas, consoante “o cotejo da realidade histórica e dos resultados possíveis”.³⁶⁷

Terceiro aspecto que merece reflexão se refere à compatibilidade sistêmica dos provimentos normativos advindos da Corte Constitucional com outras normas inter-relacionais de jaez constitucional. Ora, se o provimento judicial é, em termos prático, uma autêntica norma jurídica, deve acomodar-se no sistema preexistente.

Isso significa que as normas produzidas pela Corte Constitucional devem ser acomodo-

³⁶⁴No referido julgamento, a Corte fixou a seguinte tese de repercussão geral: “O Poder Judiciário não possui competência para determinar ao Poder Executivo a apresentação de projeto de lei que vise a promover a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, tampouco para fixar o respectivo índice de correção” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 843.112, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 22.09.2020, DJe-263 04.11.2020).

³⁶⁵BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 843.112, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 22.09.2020, DJe-263 04.11.2020.

³⁶⁶*Ibid.*

³⁶⁷*Ibid.*

dadas no ordenamento jurídico em harmonia com o restante do sistema. Não se pode tolerar uma pronúncia aditiva da Corte que seja incompatível com o rol de princípios presentes na arquitetura constitucional. Canotilho argumenta que o órgão encarregado da interpretação da lei constitucional “não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido”.³⁶⁸

Nesse aspecto, é imperioso ressaltar que em determinadas áreas do direito, como no âmbito penal e no tributário, o julgador deve se abster de produzir sentenças aditivas que violem princípios sensíveis de estabilidade jurídica e de proteção do indivíduo frente ao estado, como o da legalidade estrita (art. 5º, incisos II, CF/88) e o da irretroatividade da pena (art. 5º, inciso XXXIX, CF/88).³⁶⁹

Em termos práticos, é consenso na jurisprudência do Supremo que sentenças aditivas não podem ser utilizadas para instituir ou majorar de tributos, que uma outra sentença aditiva tipifique condutas penais ao arrepio do legislador ou, ainda, que imponham interpretações *in malam partem*.³⁷⁰ Nesse sentido, calha evidenciar a manifestação de Gilmar Mendes na ADPF 54:

É certo que a incidência de decisões com efeitos aditivos em matéria criminal não está livre de críticas. Parece sensato assumir todas as cautelas quando se trata de produzir decisões manipulativas sobre normas de caráter penal, tendo em vista os princípios da legalidade (e reserva de lei e reserva de Parlamento) e da tipicidade (cerrada) penal. A sentença aditiva *in malam partem* é extremamente reprovável, todavia, se proferida *in bonam partem*, abre-se uma brecha explorável para a prolação de decisão manipulativa que tenha efeito restritivo da norma penal, não ofensiva ao postulado da reserva de lei.³⁷¹

A mesma posição foi acolhida no HC 123971, conforme se evidencia em trecho do acórdão:

³⁶⁸É o que Canotilho denomina de concordância prática ou conformidade funcional (CANOTILHO, José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1188).

³⁶⁹Nesse aspecto, Carlos Blanco de Moraes professa que as sentenças aditivas não podem afrontar princípios constitucionais sensíveis, como a segurança jurídica. Desse modo, o Tribunal Constitucional não deve optar por uma solução integrativa que represente um *quid minus* em termos de segurança jurídica ou que seja manifestamente iníqua ou ainda que prejudique interesses públicos de excepcional relevo amparados em outros princípios constitucionais. Ressalta ainda que “são inadmissíveis quaisquer sentenças com efeitos aditivos que determinem a incriminação de pessoas em relação a fatos passados (*nullum crimen sine lege previa*); ampliem, mesmo por via demolitória, o objecto da norma incriminadora (*nullum crimen sine lege certa e sine lege scripta*); ou que acrescentem pressupostos difusos ou indeterminados de incriminação (*nullum crimen sine lege stricta*)” (MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça constitucional. Tomo II: O direito do contencioso constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. pp. 465-472).

³⁷⁰BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 405.579, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 01.12.2010, DJe-149 04.08.2011.

³⁷¹BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 12.04.2012, DJe-080 30.04.2013.

Neste habeas corpus, a parte impetrante sustenta a nulidade do processo-crime, por entender que não houve a revogação tácita do art. 225 do Código Penal, em sua redação originária. Argumenta que a aplicação retroativa da Lei nº 12.015/2009 para prejudicar o réu viola o texto constitucional, lembrando que não é admissível a produção de sentença aditiva em matéria penal. Ademais, a existência de precedentes quanto à natureza privada da ação penal impede a alteração da jurisprudência em caráter retroativo e em prejuízo do acusado.³⁷²

Portanto, a Corte Constitucional deve observar, como critério de legitimidade, que as sentenças aditivas não podem ser utilizadas para criar figuras incriminadoras, uma vez que esta função é exclusiva do Parlamento, sob regência do controle democrático. Nesse sentido, Carlos Blanco de Moraes defende que a Corte Constitucional não deve optar por solução integrativa que represente um *quid minus* em termos de segurança jurídica, seja ostensivamente iníqua ou que prejudique interesses públicos de excepcional relevo amparados nos demais princípios constitucionais.³⁷³

Por fim, é importante que a função normativa do Tribunal Constitucional promova a composição dialogal com as demais instâncias de poder e com a sociedade. É o que Carlos Blanco de Moraes classifica como repartição interinstitucional de tarefas na reparação da inconstitucionalidade, em que seja possível uma “política de comunicação e de uma colaboração efectivas, entre Tribunal e legislador”.³⁷⁴

O voto de Gilmar Mendes na ADPF 54 adota essa linha de raciocínio:

Faço, no entanto, uma imprescindível ressalva: é que as decisões manipulativas de efeitos aditivos, como essa que se propõe, devem observar limites funcionais claros, isto é, elas devem submeter-se à liberdade de conformação do legislador, que poderá, a qualquer tempo, editar norma sobre o tema. Desse modo, é preciso reconhecer que a decisão desta Corte não impedirá o advento de legislação sobre o assunto, devendo antes servir de estímulo à atuação do legislador.³⁷⁵

Isso representa afirmar que não se deve atribuir definitividade absoluta ou relação vertical entre a Corte Constitucional e o Parlamento, ou entre a Corte Constitucional e a sociedade, mas uma relação de horizontalidade³⁷⁶. Deve-se evitar fórmulas ou premissas aristocráticas que insiram a atividade jurisdicional em uma posição superior à do legislador.

³⁷²BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 123971, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 25.02.2016, DJe-123 15.06.2016.

³⁷³MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça constitucional. Tomo II: O direito do contencioso constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 472.

³⁷⁴*Ibid.*, p. 465.

³⁷⁵BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamenal n. 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 12.04.2012, DJe-080 30.04.2013.

³⁷⁶ISRAEL, Lucas Nogueira. A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. 2014. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 132.

Na mesma senda, defende Lucas Nogueira Israel que “o objetivo de controle judicial de constitucionalidade é promover, e não precluir o processo de deliberação democrática nas instituições eleitas”³⁷⁷. O sistema político-constitucional deve estar vocacionado para o surgimento de novos interesses e de novas perspectivas sobre o mesmo problema. Nos termos da posição de Gilmar Mendes, as sentenças aditivas, em função da essência normativa que carregam, devem assumir natureza transitória sempre que possível, a fim de que as posições assumidas pela Corte sejam revisitadas pelo Parlamento e submetidas ao crivo da participação democrática. Não somente na via processual, mas também após o seu exaurimento. Com isso, busca-se afastar a supremacia de um outro órgão – Corte ou Parlamento. Ainda como bem afirma o autor:

A ideia de um provimento de caráter não vinculante em relação ao legislador permite a prolação de sentenças manipulativas com efeitos aditivos em determinadas circunstâncias, mas não fecha o processo político no parlamento. Nessa perspectiva, as sentenças manipulativas com efeitos aditivos cumprem a função de promover, ao invés de minar a deliberação democrática nas instituições eleitas.³⁷⁸

Por isso, compreender as sentenças aditivas em sua natureza provisória importa reconhecer que não há vinculação definitiva *pro futuro* em relação ao Parlamento e, conseqüentemente, à sociedade. A emanção de um provimento judicial pode estimular o debate democrático em torno das decisões tomadas nos variados espaços de decisão de uma democracia. Nos termos propostos por André Dias Fernandes, deve-se disseminar e sedimentar uma cultura de crítica social responsável e construtiva, “fomentando o exercício de uma autorreflexão por parte do Judiciário”, como ocorrem nos desacordos morais razoáveis.³⁷⁹

Com efeito, as instituições podem travar debates no plano horizontal, e não hierárquico. As instituições passam a interagir de forma recíproca e a manter um diálogo. No caso de discordância parcial ou total, o Parlamento poderia exercer seu poder político para reverter ou modificar a disciplina judicial. Por exemplo, no caso do direito de greve aos servidores públicos, o Parlamento poderia ter logo em seguida ter debatido a decisão proferida pelo STF e, na arena do debate público e democrático, ter realizado adaptações e melhorias à norma provisória exarada por aquela Corte.

O reconhecimento de um diálogo horizontal entre os espaços de decisão permitem que

³⁷⁷ISRAEL, Lucas Nogueira. A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. 2014. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 132.

³⁷⁸*Ibid.*, p. 133.

³⁷⁹FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 342.

as sentenças aditivas sejam utilizadas como mecanismo de interação e debate democrático, não sendo dada a único ator a última palavra. Apesar da função normativa assumida pelas Cortes Constitucionais remodelarem o signo clássico da separação de poderes e conduzirem a uma releitura da dinâmica ordinária de coexistência dos poderes constituídos, isso não implica a usurpação dos demais poderes pelo Judiciário, pois é desejável que a adoção dessas sentenças sigam critérios seguros de delimitação dos espaços reservados exclusivamente ao legislador e, ao mesmo tempo, sejam satisfeitos parâmetros seguros de limites à atividade criativa pelo juiz constitucional.

Portanto, os critérios acima elencados podem servir para que o intérprete exerça um juízo ponderativo mais seguro na delimitação justificante de sua tarefa concretizadora por intermédio das sentenças aditivas. A partir desse juízo ponderativo em torno das balizas justificadoras, como efeito de uma prévia operação hermenêutica de seleção negativa, podem ser excluídas soluções constitucionais incompatíveis com o teste de conformidade e concordância prática com a ordem constitucional, bem como com a harmonia dos princípios reitores do sistema de direitos fundamentais.

5 CONCLUSÃO

Pelo apresentado nesta pesquisa, as seguintes conclusões puderam ser extraídas:

1. Na jurisprudência italiana, as sentenças aditivas surgem como mecanismo decisório necessário, sob o ponto de vista pragmático e político, para a superação do quadro de incompatibilidade sistêmica entre ordenamento jurídico permeado de valores fascistas e a recém-promulgada Constituição de caráter progressista, republicano e democrático. Através da aplicação das sentenças aditivas, a Corte Constitucional italiana exerceu importante função civilizatória no processo de reconstitucionalização, ao permitir a superação da omissão patológica das instâncias legislativas e expurgar normas incompatíveis com a nova ordem democrática, sem despojar os destinatários dos direitos fundamentais da tutela jurídica necessária ao usufruto dos mesmos direitos. Nesse aspecto, as sentenças aditivas se revestem de importante mecanismo de reparação da ordem jurídica ao tempo em que denotam uma tendência de expansão da jurisdição constitucional sobre temas políticos.
2. No Brasil, o acolhimento das sentenças aditivas ocorre expressamente nos julgamentos dos mandados de injunção relacionados ao direito de greve dos servidores públicos, momento em que o STF elabora uma fórmula de soluções a *rime obbligate* menos restritiva do que a italiana. Ganha destaque no Brasil a posição funcionalizante de Zagrebelsky, por meio da qual, mais importante do que a univocidade do conteúdo normativo a ser reconstruído, ganha relevo a função de complementação da lacuna pela Corte, dada a obrigatoriedade da solução imposta pelo sistema constitucional, podendo a Corte Constitucional eventualmente criar o direito a partir da sua atividade criativa, principalmente quando se defronta com uma omissão absoluta para a qual não encontra parâmetros no sistema normativo.
3. A posição concretista adotada pelo STF na via injuncional, posteriormente acolhida pela Lei n. 13.300/2016, definitivamente promoveu a superação do dogma do legislador negativo, considerando que, por meio deste instrumento processual, a ordem constitucional atribuiu uma função positiva ao STF. Com base nisso, não se pode placitar que o Tribunal esteja usurpando atribuições de poderes quando concretiza direitos subjetivos albergados pelo Mandado de Injunção, dado que é o próprio sistema constitui-

onal que atribui competências ao STF para assegurar a máxima efetividade das normas constitucionais perante omissões legislativas. Conclui-se que a via do controle difuso, sobretudo pelo Mandado de Injunção, é campo fecundo para que o STF exerça uma função positiva na concretização de omissões legislativas por intermédio de sentenças aditivas.

4. Em relação ao controle de constitucionalidade na via concentrada, entendemos que, pela ausência de permissividade da Constituição, não foi concedido ao Supremo Tribunal Federal o exercício do mesmo cariz criativo. Não raramente, a Corte profere sentenças aditivas sob o manto de técnicas decisórias presentes no ordenamento jurídico, como ocorreu nos casos estudados, em que a Corte utilizou a interpretação conforme para dissimular uma decisão aditiva. Inegavelmente esse cenário reduz a segurança jurídica e dificulta o controle das decisões judiciais, o que é deletério para a democracia. Diversamente da posição adotada na via injuncional, entendemos que nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, as sentenças aditivas devem preferir fórmula mai restritiva, com a qual o STF se limita a aplicar a solução constitucionalmente obrigatória em estado latente para classes de sujeitos indevidamente desprezados pelo legislador. Nesse sentido, concluímos que o princípio da separação de poderes constitui indiscutível limite às sentenças manipulativas no controle concentrado, porquanto a ordem constitucional não franqueou ao STF a mesma liberdade normativa.
5. Ademais, o manejo das decisões aditivas deve estar balizado por critérios seguros de decisão que possibilitem uma filtragem hermenêutica negativa em torno do tipo de decisão que deve ser utilizada pela Corte. É fundamental que o STF se valha de parâmetros dogmáticos seguros para evitar proferir decisões aditivas quando outras decisões jurisprudenciais se mostrarem possíveis. Ou seja, como afirmamos, as decisões aditivas devem ser utilizadas como *ultima ratio* da jurisdição constitucional, por ser um grave risco à separação de poderes e ao regime democrático, que posiciona as decisões majoritárias na arena do debate político dos representantes diretamente eleitos pelo povo. Portanto, apenas quando soluções menos intrusivas não estiverem disponíveis, o STF poderá se valer das decisões aditivas.
6. Além disso, a Corte Constitucional deve exercer um juízo de prognose, uma análise consequencialista, do impacto das decisões aditivas sobre o orçamento público. Trata-se de importante limitação, pois uma decisão aditiva não deve transpor decisões de

alocação de recursos para o Judiciário, sobretudo quando essas decisões envolverem a inoperância da máquina pública pela desalocação de despesas para atender o provimento jurisdicional.

7. Igualmente, as decisões aditivas devem preservar a harmonia sistêmica e a concordância axiológica com as demais normas do sistema constitucional, isto é, devem preservar o equilíbrio e compatibilidade com os demais mandamentos de jaez constitucional. Isso se dá com a harmonia dos princípios reitores do sistema de direitos fundamentais, uma vez que tais provimentos não deixam de ser normas jurídicas e, portanto, devem preservar o núcleo estruturante da Constituição. Como se discutiu de modo exemplificativo ao longo deste trabalho, essas sentenças não podem impor, ao arrepio do legislador, novas punições em matéria penal e tributária, assim como não podem implicar uma retroação da punição *in malam partem*, em vista dos princípios da segurança jurídica e da legalidade estrita.
8. Ao final, discutiu-se que as sentenças aditivas devem ser utilizadas não como instrumento de vinculação definitiva da jurisdição constitucional em relação ao legislativo, mas sobretudo como mecanismo de impulsionamento de diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e os demais poderes e entre o Supremo Tribunal Federal e a sociedade. Numa tentativa de procedimentalizar a “sociedade aberta de intérpretes” por intermédio desta técnica decisória, a influência de outros atores políticos e sociais deve ser amplamente debatida e considerada na decisão. Além disso, o Parlamento, autêntico espaço democrático, deve ter o poder de conformar de modo diferente a questão decidida pelo Judiciário. Na tarefa de complementação de lacunas legislativas, não se pode incorrer na ilusória promessa de atribuir a última palavra à jurisdição constitucional, como se esta fosse um oráculo que pudesse operar constantemente *in culpa felix*, angariando para si, de modo definitivo, decisões políticas normalmente imbuídas ao legislador. É preciso reconhecer que numa democracia até mesmo as decisões judiciais possam ser questionadas e submetidas a amplo debate, à guisa de se obter algum tipo de consenso, ou, pelo menos, que todos os pontos de vista sejam considerados.
9. Em arremate, seria muito mais simples rotular as decisões aditivas como exorbitantes das funções ordinárias de uma Corte Constitucional e, em razão disso, sancionar negativamente a admissibilidade da técnica decisória. No entanto, com base na análise da experiência italiana e nas adaptações promovidas pelo STF, é possível acomodar a téc-

nica manipulativa dentro de uma nova dinâmica ordinária de coexistência dos poderes constituídos, caracterizando-a como importante fenômeno de heterointegração do ordenamento jurídico diante de vácuos normativos que representam inconstitucionalidades por omissão de órgãos constitucionalmente vinculados ao encargo normativo. Desse modo, ao menos provisoriamente, o Tribunal Constitucional pode ser provocado a reparar lacunas obstativas de direitos e garantias fundamentais. Não se está a afirmar que um juiz constitucional exerce, por essência e definitivamente, uma função legislativa, mas que, diante de casos concretos, poderá atipicamente exercer uma função positiva para superar quadros de inadmissível omissão, onde quer que, pela natureza substancial do direito fundamental, este vácuo não pode ser tolerado. Portanto, as técnicas manipulativas devem ser colocadas à disposição da jurisdição constitucional como mecanismo capaz de preservar a força das constituições, sobretudo em torno da integridade e intangibilidade dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano – fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática** (SYN) THESIS, v. 5, n. 1, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito / Neo-constitutionalism and constitutionalization of the Law. **Revista Quaestio Iuris**, [s.l.], v. 2, n. 1, p. 1-48, jun. 2014. ISSN 1516-0351. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11641>. Acesso em: 20 ago. 2022.
- BELLOCCI, Mario. Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale. **Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la corte costituzionale di Ungheria**. Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20219_Tipologia_decisioni.pdf. Acesso em: 20 nov. 2020.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: Uma Relação Difícil. In: **Lua Nova: Revista de cultura de política**. nº 61. São Paulo: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 2004.
- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1948.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). Rp nº 1.417-7/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, por unanimidade, j. 09.12.1987.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). ADI-MC 2.332-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJe 02.04.2004.
- BRUST, Leo. A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 507-526, jul. 2009. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24325/23096>. Acesso em: 18 nov. 2020.
- CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. **Hermenêutica Jurídica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 27.
- CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic Book, 2000.
- CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara et al; DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos (coord.); SEGUNDO, Hugo de Brito Machado (coord.). **Teoria do Direito: estudos em homenagem a Arnaldo Vasconcelos**. 1. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Para uma teoria da Norma Jurídica: da teoria da norma à regra-matriz de incidência tributária**. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/06/Paulo-de-Barros-Carvalho-Para-uma-teoria-da-norma.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del estado**. Madrid: Trotta, 2018.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES, André Dias. **Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro**: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Juspodivm, 2018.

FRANÇA, Rubens Limongi; FRANÇA, Antonio de S. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 9. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 190 p.

GÉNY, François. **Metodo de interpretacion y fuentes en derecho privado positivo**. Granada: Comares, 2000.

GUASTINI, Riccardo. **Filosofia del diritto positivo**. 1. ed. Torino: Giappichelli, 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade**. In *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Para uma filosofia da filosofia**. Fortaleza: UFC, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução à filosofia e à epistemologia jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Uma nova perspectiva constitucional: processo e constituição. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, dez. 1998. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1898>. Acesso em: 21 ago. 2022.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

HECK, Philipp. **El problema de la creación del derecho**. Granada: Comares, 1999.

HENKEL, Heinrich. **Introducción a la filosofía del Derecho**. Madrid: Taurus, 1968.

HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2015.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. São Paulo: Porto Alegre, 2004.

HIRSCHL, Ran. “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo”. **Revista de Direito Administrativo**. Editora FGV: Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, maio/ago. 2009.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **En torno a la jurisdicción**. 1. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007.

ISRAEL, Lucas Nogueira. **A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar**. 2014. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 132.

JONER, Gabriel. Sentenças interpretativas e aditivas: (in)aplicabilidade no âmbito do direito tributário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 106, n. 975, p. 355-381, jan. 2017.

JUNIOR, José Cretella. **Curso de filosofia do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JUST, Gustavo. Da hermenêutica filosófica à nova vulgata metodológica do direito público: o itinerário de uma contingência histórica. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (Orgs.). **Filosofia e teoria geral do direito: homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 501.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estud. – CEBRAP [online]**. 2013, n. 96, p. 81

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira**. 1. ed. Fortaleza: ABC, 2001.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACEDO, Dimas. **Ensaios de teoria do direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de hermenêutica jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule. **Giustizia costituzionale**. 4. ed. Torino: Giappichelli Editore, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direito fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo III – Estrutura constitucional do estado. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Manual de direito constitucional**. Tomo VI – Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. Tomo I: Garantia da constituição e controle da constitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. Tomo II: O direito do contencioso constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. *In*: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 17.

MORAIS, Carlos Blanco de. O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v.20, n.78, p. 153-227, jan./mar. 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. **JURISMAT**. Portimão, n. 3, pp. 55-90. 2013. p. 84.

MORAIS, Carlos Blanco de. Sobre o conteúdo possível das sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias. *In*: **Congresso luso-italiano de Direito Constitucional**, 2009, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/413-361.pdf>. Acesso em: 29 out. 2022.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Teoria do poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NEUMANN, Franz. **The Democratic and the Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory**. Londres: Collier-Macmillan, 1959.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

REIS, Martins Maurício. **Justiça constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2015.

ROMBOLI, Roberto. El control de constitucionalidad de las leyes en Italia. UNED. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 4, p. 179-205, 2º sem. 1999. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/4/est/est7.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. **Lineamenti di giustizia costituzionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2019. p. 193.

SALGADO, Joaquim Carlos. Analogia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 91, p. 45-76, 2005.

SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Durham: Duke University Press, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2018.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Fórum, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e possibilidades de concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**. v.08. n.02. Itajaí: Fundação Universidade do Vale do Itajaí – Univali, p.257-301, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 5.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

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

STRECK, Lenio Luiz. Os 30 anos da constituição: o papel do direito e da jurisdição constitu-

cional. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 18, n. 27, p. 91-109, mar. 2020. ISSN 2447-6641. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2414>. Acesso em: 21 ago. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do direito: repasse crítico de seus principais fundamentos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Teoria de la constitucion como ciencia cultural**. Madrid: Dykinson, 1997. pp. 59-60.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. pp. 142-143.

VON SAVIGNY, Friedrich Karl. **Metodologia jurídica**. 1. ed. Campinas: Edicamp, 2004.

WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito. Volume II. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Editora Síntese.

WOOD, Gordon S. The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less. **Washington and Lee Law Review**. Vol. 56, Issue 3, p. 787, Jan., 1999. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1542&context=wlulr>. Acesso em 16 out. 2022.).

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La legge e la sua giustizia**. Bologna: Mulino, 2012. p. 375.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Giustizia costituzionale: il oggetti, procedimenti, decisioni**. Bologna: Mulino, 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 63