

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO**

ALEX ALVES LESSA

**BENEFÍCIOS INCOMPATÍVEIS COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AS
DECISÕES INTERMEDIÁRIAS À DISPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

**BRASÍLIA,
JULHO 2018**

ALEX ALVES LESSA

**BENEFÍCIOS INCOMPATÍVEIS COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AS
DECISÕES INTERMEDIÁRIAS À DISPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, na linha de pesquisa Processo e Jurisdição Constitucional, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor

**BRASÍLIA,
JULHO 2018**

Alex Alves Lessa

**Benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia e as decisões intermediárias à
disposição do Supremo Tribunal Federal**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, na linha de pesquisa Processo e Jurisdição Constitucional, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília-DF, 15 de julho de 2018.

Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor
Professor orientador

Prof. Dr. Fábio Lima Quintas
Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Roger Stiefelmann Leal
Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho ao apoio incondicional da minha amada esposa Ludmila Luiz Benfica Lessa, pela paciência, apoio e compreensão, pela rotina pesada da magistratura e renúncia das poucas horas que me sobram e que foram reservadas para os estudos. Dedico também para minha família, especialmente, em memória da minha mãe, que, infelizmente, não teve a chance de acompanhar desafios e vitórias da minha vida.

RESUMO

Este trabalho estuda a omissão inconstitucional relativa, a partir de uma leitura crítica da teoria do legislador negativo proposta por Kelsen, com abordagem dos instrumentos decisórios postos à disposição da jurisdição constitucional no Brasil, resultantes da incorporação de decisões intermediárias pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pelas Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99. Busca-se analisar, a partir da tipologia da omissão inconstitucional, se o modelo do legislador negativo é suficiente para resolver os problemas criados por leis que concedem benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia. Tendo como premissa esta classificação, busca-se também compreender as origens, os fundamentos, os requisitos, as tipologias e os limites das sentenças intermediárias e, em especial, das sentenças aditivas, com uma análise sobre as práticas decisórias surgidas na Europa e incorporadas no Brasil pelo STF e pelo legislador, para solucionar os silêncios parciais violadores da isonomia. Por fim, pretende-se efetivar uma pesquisa das decisões do STF sobre o tema, examinar até que ponto a nossa Corte Constitucional tem proferido sentenças manipulativas e, em especial, sentenças aditivas, e se, a partir do exemplo da súmula vinculante 37, a teoria do legislador negativo é apta para resolver adequadamente o problema da omissão relativa.

Palavras-chave: Omissão inconstitucional relativa. Legislador negativo. Benefício incompatível com princípio da isonomia. Decisões manipulativas. Sentença aditiva.

ABSTRACT

This paper studies the relative unconstitutional omission, based on a critical reading of Kelsen's proposed negative legislator theory, with an approach to the decision-making instruments made available to the constitutional jurisdiction in Brazil, resulting from the incorporation of interim decisions by the jurisprudence of the Federal Supreme Court and by Laws n. 9.868/99 and n. 9.882/99. It seeks to analyze, from the typology of unconstitutional omission, if the model of the negative legislator is sufficient to solve the problems created by laws that grant benefits incompatible with the principle of isonomy. Based on this classification, it is also sought to understand the origins, the fundamentals, the requirements, the typologies and the limits of the intermediate sentences, and especially the additive sentences, with an analysis of the decision-making practices that have emerged in Europe and incorporated in the Brazil by the STF and by the legislator, to solve the partial silences violating isonomy. Finally, it is intended to carry out a search of the decisions of the STF on the subject, to examine to what extent our Constitutional Court has rendered manipulative sentences, and especially additive sentences, and if, from the example of the binding precedent 37, if negative legislator theory is apt to adequately solve the problem of relative omission.

Keywords: Relative unconstitutional omission. Negative legislator. Benefit incompatible with the principle of isonomy. Manipulative decisions. Additive sentence.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

BVerfGE – Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal da RFA)

CF – Constituição Federal

CR – Constituição da República

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CP – Código Penal

LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional

MI – Mandado de Injunção

MS – Mandado de Segurança

RE – Recurso Extraordinário

RMS – Recurso em Mandado de Segurança

RCL – Reclamação Constitucional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	12
2.1	Omissão inconstitucional relativa: lesão objetiva da Constituição	13
2.2	Tipologia da omissão inconstitucional	18
2.3	Omissões relativas: instrumentos, objeto e parâmetro de controle	26
2.4	Omissão relativa e sua incompatibilidade com o dogma do “legislador negativo”	34
2.5	O STF e a Teoria do Legislador Negativo	45
3	AS SENTENÇAS INTERMEDIÁRIAS: ALTERNATIVAS DECISÓRIAS PARA AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS RELATIVAS	54
3.1	Considerações gerais: fundamentos, linha evolutiva e insuficiência do regime de nulidade com efeitos absolutos	54
3.2	Categorias de decisões no controle de constitucionalidade	58
3.3	Terminologia: sentença intermediárias ou manipulativas em sentido amplo	60
3.4	Conceito de sentenças intermediárias ou manipulativas em sentido amplo	64
3.5	Tipologia das sentenças intermediárias ou manipulativas em sentido amplo	66
3.5.1	Sentenças Interpretativas	68
3.5.1.1	<i>Sentença interpretativa de rejeição: interpretação conforme à Constituição</i>	<i>71</i>
a)	<i>Autonomia da interpretação conforme à Constituição</i>	<i>74</i>
b)	<i>Fundamentos</i>	<i>77</i>
c)	<i>Requisitos, limites e funções</i>	<i>81</i>
3.5.1.2	<i>Sentenças interpretativas de rejeição com efeitos aditivos</i>	<i>86</i>
3.5.1.3	<i>Sentenças interpretativas de acolhimento parcial (inconstitucionalidade parcial qualitativa)</i>	<i>87</i>
3.5.2	Sentenças apelativas	90
3.5.2.1	<i>Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade</i>	<i>91</i>
3.5.2.2	<i>Lei ainda constitucional ou declaração de lei constitucional em trânsito para inconstitucionalidade</i>	<i>98</i>
3.5.3	Modulação temporal dos efeitos	104
3.5.4	Sentenças manipulativas com efeitos aditivos	113
3.5.4.1	<i>Introdução</i>	<i>113</i>

3.5.4.2	<i>Conceito e classificação das sentenças com efeitos aditivos</i>	116
3.5.4.3	<i>Sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos</i>	119
3.5.4.4	<i>Sentenças aditivas em sentido estrito</i>	122
3.5.4.5	<i>Sentenças aditivas de princípio (sentenças aditivas em sentido amplo)</i>	132
3.5.4.6	<i>Sentenças substitutivas</i>	134
4	BENEFÍCIO INCOMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF	137
4.1	Sentenças interpretativas com efeitos aditivos na jurisprudência do STF: precedentes ilustrativos	138
4.2	Súmula 339 e a falta de padrão decisório do Supremo Tribunal Federal	146
4.3	Súmula vinculante 37 e a tentativa de padronização	150
4.4	Da necessidade de uma decisão constitucionalmente adequada e de enfrentamento das omissões relativas	160
4.4.1	Estado Democrático de Direito e a necessária tutela do princípio da isonomia	161
4.4.2	Benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia: enfrentamento a partir das categorias de omissões relativas	165
	CONCLUSÃO	170
	REFERÊNCIAS	172

1 INTRODUÇÃO

A omissão inconstitucional relativa sempre gerou desafios no controle de constitucionalidade, principalmente quanto aos seus limites e à legitimidade da atuação da Corte Constitucional para editar sentenças aditivas. Sabe-se que o princípio da igualdade constitui um dos pressupostos do Estado de Direito, tratando-se de um princípio estrutural das Constituições modernas, com alta carga de vinculação de todos os poderes, principalmente do legislador. Não obstante isso, não é raro encontrar leis que concedem benefícios de modo discriminatório e arbitrário.

O dever de observar o princípio da isonomia e o receio dos vazios normativos decorrentes da própria decisão de inconstitucionalidade parcial foram o combustível inicial que marcaram a necessidade de adoção de novas práticas pela jurisdição constitucional na Europa, denominadas de decisões intermediárias ou manipulativas, essencialmente após a segunda guerra mundial. Na prática, verificou-se certa inaptidão do modelo de anulabilidade para corrigir violações de direitos fundamentais¹, por não ter efeitos retroativos, bem como constatou-se, por outro lado, que a sanção de nulidade de atos inconstitucionais também não era idônea para solucionar o problema das omissões relativas violadoras do princípio da isonomia. Na teoria, a separação entre texto normativo e norma abriu inevitável espaço hermenêutico para a prolação das chamadas sentenças interpretativas, que alteram o sentido normativo preservando o texto, com relativo caráter criativo. Desde a interpretação conforme à Constituição, passando pela declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e pela modulação temporal de efeitos, o fato é que esta prática levou as principais Cortes Constitucionais do ocidente a criarem novas técnicas decisórias no controle de constitucionalidade, como as sentenças manipulativas de conteúdo, a exemplo da Itália, e como as decisões que distinguem a decisão de inconstitucionalidade da declaração de nulidade e que reconhecem a inconstitucionalidade como um processo, a exemplo da Alemanha.

Por um lado, estas novas decisões foram duramente criticadas pelo fato de a Corte Constitucional invadir o espaço político do legislador, sem legitimidade para tanto, em

¹ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 12.

violação do princípio da separação de poderes. De outro, as novas técnicas decisórias colocaram em questão o dogma do legislador negativo e sua insuficiência para reparar a omissão inconstitucional relativa.

Estas variantes decisórias tiveram notória influência no Brasil. Apesar da incorporação destas novas técnicas, seja no plano da legalidade (art. 27 e parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.869/99 e art. 11 da Lei n. 9882/99), seja pela jurisprudência da Corte Constitucional, é possível perceber que ainda falta um reconhecimento expresso por parte do Supremo Tribunal Federal em relação às sentenças aditivas, seus requisitos e limites, bem como qual o padrão decisório adequado para solucionar o problema dos benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia.

Em geral, tomando-se como exemplo o critério decisório constante da súmula 339² e súmula vinculante 37³, o STF enfrentou a questão das omissões relativas com decisões pautadas na teoria do legislador negativo, sem analisar a compatibilidade material destas leis. Entretanto, não raramente, também combateu a violação da isonomia pela omissão relativa do legislador com base na técnica decisória da interpretação conforme à Constituição e na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, como típicas sentenças interpretativas com efeitos aditivos, porém, sem o reconhecimento expresso desse caráter criativo.

A possível falta de padrão decisório em si talvez não seja o maior problema, mas sim a possibilidade ou não de se definir antecipadamente a solução constitucionalmente adequada para resolver uma omissão inconstitucional relativa, sem a análise das peculiaridades de cada caso e sem efetivar o controle material de constitucionalidade. Nesse sentido, é de se indagar se uma inconstitucionalidade decorrente de benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia pode ser resolvida com uma resposta preliminar e peremptória, a exemplo da súmula vinculante 37.

Diante desta problemática, duas hipóteses se apresentam muito claras. A primeira, no sentido de que a súmula vinculante 37 padronizou as decisões do STF, impedindo taxativamente a extensão de benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia, uma vez

² Súmula n. 339: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.

³ Súmula Vinculante n. 37: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”.

que não pode atuar como legislador positivo. A segunda hipótese parte da premissa de que as omissões relativas devem ser analisadas com base na Constituição Federal, e o controle de constitucionalidade não deve ser limitado ao aspecto formal, devendo o STF buscar, em cada caso, a partir da leitura dos dispositivos da Constituição e até mesmo da aplicação direta das normas constitucionais, a solução adequada para corrigir a violação do princípio da isonomia, podendo, para tanto, fazer uso das diversas técnicas decisórias à disposição da Corte Constitucional.

Para análise das hipóteses, no primeiro capítulo será feita uma breve abordagem sobre as omissões inconstitucionais, a tipologia e as características, bem como se o paradigma do legislador negativo é adequado para as omissões relativas. No segundo capítulo, serão abordados os diversos tipos de sentenças intermediárias de controle de constitucionalidade, a origem, os fundamentos e a tipologia. Por fim, no último capítulo, serão examinadas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, tomando-se como exemplo para verificação das hipóteses a súmula 339 e a súmula vinculante 37, além de precedentes correspondentes.

Como técnica para abordagem dos problemas e comprovação das hipóteses, serão efetivadas pesquisas bibliográfica e documental, concentradas na análise de bibliografia aprofundada sobre o tema e na pesquisa de jurisprudência do STF disponível no *site* oficial (www.stf.jus.br).

2 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Em abordagem histórica de Anna Cândida da Cunha Ferraz, em artigo publicado em 1986, como proposta ao Constituinte para o controle da omissão inconstitucional, a autora definiu que “A ‘omissão’ (ou ‘inércia’) dos poderes constituídos contraria a Constituição, tanto como contrariam atos praticados afrontando seus preceitos e normas”⁴. Para Anna Cândida, a Constituição nasce para ser aplicada e cumprida, de modo que toda ação ou omissão que obstaculize a aplicação da norma constitucional são com ela incompatíveis. Nesse sentido, o princípio da constitucionalização não se refere apenas às ações contrárias, mas também às omissões dos poderes constituídos⁵.

Naquela época, já havia grande preocupação com a inércia do legislador, inclusive com a incorporação das ideias advindas de Portugal, até mesmo pelas características que nossa Constituição de 1988 assumiria, com caráter muito similar à Constituição portuguesa de 1976, a exemplo de referência expressa sobre a ideia da omissão inconstitucional, copiada do art. 279 (redação original) da Constituição Portuguesa⁶.

Quase trinta anos depois, mesmo com a previsão expressa do instituto da omissão inconstitucional e dos instrumentos de controle na Constituição Federal de 1988, a problemática de efetividade da Constituição continua a ser um dos mais relevantes e atuais temas no cenário da jurisdição constitucional.

Como se sabe, a omissão tanto pode ter caráter absoluto ou total ou se manifestar de forma parcial ou relativa. A primeira se torna cada vez mais rara, diante do implemento gradual da ordem constitucional. Inevitavelmente, com o passar dos anos, os dispositivos constitucionais vão sendo concretizados pelo legislador. A segunda hipótese, contudo, revela

⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte. Revista de Informação Legislativa, v. 23, n. 89, p. 52-53, jan./mar. de 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181667>. Acesso em: 29.11.2017.

⁵ FERRAZ, op. cit., p. 52. Em suas palavras: “Observe-se que a “omissão” não “revoga” o dever e o direito do Congresso à elaboração de tais lei, nem revoga o direito e o dever do Executivo de expedir sua regulamentação: constitui, apenas, uma lamentável falha, e caracteriza a ausência de senso de responsabilidade e lealdade para com os cidadãos e os eleitores que confiaram, pelo voto, aos exercentes dos Poderes Legislativo e Executivo, a missão de cumprir e fazer cumprir a lei consagrada como “fundamental para reger os destinos do país”.

⁶ FERRAZ, op. cit., p. 53

um problema atemporal, na medida em que o legislador pode cumprir o dever constitucional legislador de modo insuficiente, incompleto ou em violação do princípio da isonomia⁷.

Cabe esclarecer, neste início, que este trabalho não tem por objeto analisar todos os tipos de omissões inconstitucionais, mas apenas a omissão relativa decorrente de leis que concedem benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia.

2.1 Omissão inconstitucional relativa: lesão objetiva da Constituição

Feitas estas considerações iniciais, cumpre-se, primeiramente, delinear os elementos conceituais de caracterização da omissão inconstitucional. Neste trabalho, parte-se do entendimento de que o conceito de omissão inconstitucional deve envolver um elemento de natureza obrigacional e outro de natureza normativa.

Esta análise conceitual sob a perspectiva obrigacionista e normativista é de extrema importância, pois permite identificar o fenômeno da omissão inconstitucional em todas as suas vertentes. No Brasil, por exemplo, a doutrina de modo geral conceitua a omissão inconstitucional a partir da classificação da eficácia das normas constitucionais por José Afonso da Silva⁸, limitando o objeto às normas constitucionais de eficácia limitada⁹. Nessa linha, as normas constitucionais se diversificam quanto ao grau de eficácia, algumas com eficácia plena; outras com eficácia contida e, por fim, outras com eficácia limitada. Conforme afirma, somente há omissão no domínio das chamadas normas constitucionais de eficácia limitada, pois seriam as únicas que dependem de providências normativas do Poder Legislativo ou de prestações positivas do Poder Executivo.¹⁰

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa. In: Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação. Organizadores: Gilmar Ferreira Mendes...[et al]. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 17.

⁸ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 47

⁹ Nesse sentido, a exemplo de: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 966. NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 222. LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 296.

¹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade. Análise detida das leis 9.868/99 e 9.882/99. 2. ed. Salvador: editora Podivm, 2007, p. 207.

Na linha da corrente obrigacionista aqui difundida, seriam pressupostos da omissão: a) violação da Constituição decorrente do não cumprimento de “certa e determinada” norma constitucional; b) norma constitucional não exequível por si mesma (normas constitucionais de eficácia limitada); e c) na circunstância concreta da prática legislativa, faltem medidas necessárias para tornar exequível aquela norma constitucional¹¹. Evidente que se confere destaque para os pressupostos da omissão, como objeto de ação direta de inconstitucionalidade e, portanto, não desconhece as especificidades da omissão relativa¹². Mas, de alguma forma, fica clara a existência de uma deficiência conceitual.

Além disso, no Brasil, como salienta Carlos Blanco, o ativismo judicial incidente sobre as omissões inconstitucionais se desenvolveu justamente no controle difuso de constitucionalidade, bem como no julgamento das ações de mandado de injunção¹³. Com efeito, fica evidenciado ainda mais que os pressupostos obrigacionistas acima mencionados pela doutrina brasileira não se aplicam à omissão inconstitucional relativa, que sequer exige norma que complemente a Constituição¹⁴.

Com efeito, é preciso encarar a omissão inconstitucional como uma realidade mais complexa, dada a natureza qualitativa da omissão relativa, que surge justamente de um agir do legislador e não necessariamente tem relação com normas de eficácia limitada¹⁵.

¹¹ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 210.

¹² CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 217.

¹³ MORAIS, Carlos Blanco. Direitos sociais e controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: ativismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 5, n. 20, outubro/dezembro 2011, p. 215-216.

¹⁴ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo II, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 507-509. apud DA CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 210. Não se pode deixar de acrescentar, conforme lições de Jorge Miranda, que a omissão inconstitucional pode decorrer da atuação de quaisquer das funções do Estado, a exemplo de: a) inconstitucionalidade por omissão de atos normativos, que ocorre quando o legislador não edita os atos legislativos necessários à exequibilidade das normas constitucionais não exequíveis por si mesmas; b) inconstitucionalidade por omissão de atos políticos ou de governo, que existe quando, por exemplo, não se nomeiam os titulares de cargos constitucionais ou não se promulgam as leis do parlamento; c) inconstitucionalidade por omissão de revisão ou reforma constitucional, quando a Constituição, explícita ou implicitamente, requeira a modificação de algum de seus preceitos ou dos seus institutos; d) inconstitucionalidade por omissão de medidas administrativas; e e) inconstitucionalidade por omissão de decisão judicial, que equivale à própria denegação da justiça.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1185. Este trabalho, contudo, tem uma limitação clara quanto à omissão legislativa, pois, como salienta a Gilmar Mendes, a inércia estará mais presente na figura do legislador, pois a concretização da Constituição deve ser efetivada, primordialmente, mediante a promulgação de lei. É decorrência dos princípios da democracia e do Estado de Direito (art. 1º, CF), de modo que compete às instâncias políticas e, precipuamente, ao legislador, a tarefa de construção do Estado Constitucional, por uma simples razão de que a Constituição não basta em si mesma, de modo que os órgãos legislativos têm o poder e o dever de prestar conformação à realidade social.

Desta realidade bifronte, o primeiro elemento de natureza obrigacional se refere ao descumprimento de preceitos constitucionais concretamente impositivos de um dever de legislar. Na lição de J. J. Gomes Canotilho, o conceito da omissão inconstitucional não é naturalístico, ou seja, reconduzível a “um simples <<não fazer>>, a um simples <<conceito de negação>>”¹⁶. Segundo o mestre português, omissão representa não fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado. Assim, deve-se fazer uma conexão entre a exigência constitucional de ação com o dever geral de legislar para se ter uma omissão inconstitucional¹⁷.

Canotilho divide as omissões inconstitucionais em sentido estrito (normas concretamente impositivas), das omissões em sentido amplo (normas abstratamente impositivas). As primeiras, são as omissões legislativas inconstitucionais que derivam do não cumprimento de “imposições legiferantes em sentido estrito”, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da constituição. São resultantes, pois, da violação de preceitos constitucionais concretamente impositivos. As segundas, decorrem do não cumprimento da constituição derivado da não atuação de “normas-fim” ou “normas-tarefa”, abstratamente impositivas. Nesta segunda hipótese, o descumprimento de fins e objetivos da Constituição é também inconstitucional, porém a sua concretização depende essencialmente da luta política e dos instrumentos democráticos. Nesse sentido, somente as omissões legislativas em sentido estrito podem originar uma ação de inconstitucionalidade nos moldes do art. 283 da Constituição Portuguesa¹⁸.

Para o professor de Coimbra, há omissão legislativa quando a constituição consagra normas sem suficiente densidade para se tornarem normas exequíveis por si mesmas, “reenviando implicitamente ao legislador a tarefa de lhe dar exequibilidade prática”¹⁹. Além disso, aponta sobre a possibilidade de haver omissão inconstitucional pelo descumprimento do legislador em “*melhorar ou corrigir* as normas de prognose = (prognóstico, previsão)

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1033.

¹⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 1033. “Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexionar-se com uma *exigência* constitucional *de ação*, não bastando o simples *dever geral de legislar* para dar fundamento a uma omissão inconstitucional”.

¹⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 1034.

¹⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 1034.

incorretas ou desfasadas perante de circunstâncias supervenientes”²⁰. Trata-se da omissão por falta de atualização ou aperfeiçoamento das normas. E esse aperfeiçoamento não se limita ao Poder Legislativo em si. Muitas vezes, a falta de aperfeiçoamento está ligada ao não exercício da iniciativa privativa de lei²¹.

No entanto, para compreender a omissão inconstitucional, não basta a análise conceitual de vertente obrigacionista²², mas é necessário também a análise da vertente normativista²³. Como dito, para a primeira, o controle de constitucionalidade decorre do descumprimento por parte do legislador de uma determinada obrigação de legislar imposta pela Constituição, o que realça a importância do lapso temporal em que se mantém a inércia legislativa. Nesse entendimento, a ênfase não se refere à omissão propriamente dita, com vista ao descumprimento de uma obrigação concreta de legislar, mas sim nas consequências desta. Neste caso, o controle deve incidir sobre a norma implícita que decorre da inatividade do legislador.

Em análise crítica, Fernandez Segado afirma que muitos constitucionalistas, a exemplo de Canotilho, limitam-se a configurar uma omissão legislativa inconstitucional quando o legislador não adota as medidas legislativas necessárias para a execução dos preceitos constitucionais que, de forma permanente ou concreta, lhe impõem tal ação²⁴. Esta concepção é incompleta e contradiz as próprias normas constitucionais, cuja inércia por um longo período de tempo adquire uma indiscutível relevância na hora de decidir se a aquiescência do legislador é ou não inconstitucional.

Com efeito, é possível afirmar, com Fernandez Segado, que a omissão inconstitucional possui uma realidade bifronte, ou seja, por um lado, é descumprimento de uma obrigação

²⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 1035.

²¹ MENDES; COELHO; BRANCO; op. cit., p. 1182-1183. Os autores defendem que a legitimidade ativa para propor ADO não pode ser tão ampla assim, pois, no caso de vícios de iniciativa, ou mesmo inércia de deliberação, impediriam estes órgãos de propor a ação de inconstitucionalidade por omissão, na medida em que seriam destinatários da ciência para adoção de providências destinadas a concretizar a norma constitucional. Um bom exemplo é o da Lei Orgânica da Magistratura – LOMAN, cuja iniciativa de lei complementar é do Supremo Tribunal Federal (art. 93, *caput*, CF). Esse caso é interessante, pois, o órgão omissor seria o próprio julgador da omissão.

²² SEGADO, Francisco Fernández. El control de constitucionalidade de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. In: Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, Nº 2, 2009, pp. 13-69, ISSN 08 18-0195, p. 31. “*Para quienes se sitúan en la primera de las posiciones, la fiscalización constitucional se proyecta sobre el incumplimiento por el legislador de una determinada obligación de legislar que le impone la Constitución, visión que, como parece lógico, sitúa en primer plano la cuestión del período de tiempo de inacción del legislador*”, p. 31.

²³ SEGADO. El control de constitucionalidade de las omisiones legislativas...Op. cit., p. 12.

²⁴ SEGADO, El control de constitucionalidade de las omisiones legislativas...Op. cit., p. 32.

constitucional do legislador (tese obrigacionista) e, de outro, é também resultado objetivamente produzido no ordenamento jurídico por esse mesmo descumprimento (tese normativista)²⁵.

Nessa linha, três são os pressupostos para configurar a omissão inconstitucional. Primeiro, o descumprimento de um dever constitucional de legislar, de modo que a omissão legislativa, como conceito juridicamente relevante, não é um simples não fazer, nem se pode confundir com a mera inércia do órgão legislativo (não basta, pois, a inação). É preciso que a passividade do legislador envolva a inobservância de um dever constitucional de legislar. O Segundo, o transcurso de um período de tempo razoável, em função do qual o julgamento da inconstitucionalidade por omissão se traduz em um julgamento sobre o momento em que a norma deve ser elaborada, de modo que nenhuma omissão pode ser descrita em abstrato, mas apenas em concreto, determinada por fatos e circunstâncias. A ausência ou insuficiência da norma legal não está desalinhada de um certo tempo histórico, assinalado pela necessidade de produção legislativa e cuja duração, maior ou menor, será prefixada, muito raramente, pela própria Constituição ou dependerá da natureza das coisas. Por fim, há um elemento normativo que é o efeito objetivo decorrente da violação da Constituição, razão pela qual a omissão legislativa, embora constitua comportamento passivo, está longe de ser neutra em suas consequências, propiciando efeitos contrários em violação objetiva da norma suprema. Não se trata de uma omissão inócua do ponto de vista jurídico, mas de aplicação de normas implícitas em contradição com a Constituição ou de manutenção de relações jurídico sociais em claro contraste com os postulados constitucionais, que se traduzem em vulnerações frontais da lei superior. Não por acaso, pode-se reconduzir uma inconstitucionalidade por omissão em uma inconstitucionalidade por ação²⁶.

Nesse diapasão, o pressuposto nuclear da omissão inconstitucional é a lesão objetiva às previsões constitucionais. Não é o silêncio do legislador, por si só, que viola a Constituição, mas a interação entre a omissão de um dever constitucional de legislar que se prolonga no tempo, para além de um prazo razoável, com sua consequência objetivamente transgressora da norma suprema²⁷.

²⁵ SEGADO, El control de constitucionalidade de las omisiones legislativas... Op. cit., p. 33-34.

²⁶ SEGADO. El control de constitucionalidade de las omisiones legislativas...Op. cit., p. 32-37.

²⁷ SEGADO. El control de constitucionalidade de las omisiones legislativas...Op. cit., p. 37.

Nesse sentido, os elementos obrigacionistas e normativistas devem ser somados para conceituar a omissão inconstitucional como falta ou insuficiência de conformação de uma disposição constitucional pelo legislador, e de maneira excepcional pelo Poder Executivo, quando existe um mandado constitucional expresso a este respeito ou quando a inatividade total ou deficiente se mantém durante período irracionalmente longo, de modo a gerar uma situação legal contrária à constituição. Assim, conceitos obrigacionistas, limitados à análise do dever de legislar, podem não compreender a completude e a complexidade do fenômeno da omissão inconstitucional²⁸.

Portanto, a omissão inconstitucional aqui será analisada como realidade bifronte²⁹, consistente não apenas no descumprimento de uma obrigação constitucional do legislador, mas, sobretudo, no resultado objetivamente produzido no ordenamento jurídico decorrente deste mesmo descumprimento. Esta compreensão é fundamental para se entender a razão pela qual uma ação do legislador configura uma omissão inconstitucional relativa.

2.2 Tipologia da omissão inconstitucional

Feita a abordagem conceitual, é preciso abordar as peculiaridades que fazem parte de cada tipo de omissão inconstitucional. Como dito, este trabalho não comporta a análise de todas as omissões. Porém, a análise da tipologia é fundamental também para compreender o que é uma omissão inconstitucional relativa e o que distingue das demais omissões.

Na clássica tipologia das omissões inconstitucionais proposta por Wessel³⁰, as omissões inconstitucionais se dividiam apenas em absolutas ou relativas (ou totais e parciais). Estas omissões se referiam estritamente à violação dos direitos fundamentais pelo Poder Público. Por esta classificação, omissão absoluta não era passível de controle de constitucionalidade, diante da liberdade de conformação do legislador³¹. De outro lado, já se

²⁸ BAZÁN, Victor. Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales: Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 103.

²⁹ SEGADO, op. cit., p. 32-37.

³⁰ WESSEL, Franz, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), cuad. 6, 1952, pp. 161 y ss. apud BAZÁN, op. cit., p. 116.

³¹ Cf. BAZÁN, op. cit., p. 117. Para Wessel, por mais que já se admitisse o controle da omissão relativa, na omissão absoluta era impossível qualquer intervenção repressiva pelo Poder Judiciário. Porém, se apresentava como inadequado vedar universalmente e *a priori* qualquer conduta do tribunal constitucional em tal sentido.

defendia que a omissão relativa seria passível de controle de constitucionalidade, em decorrência da vulneração imediata de um direito fundamental pelo legislador, ainda que fundada em um agir violador do princípio da igualdade³².

Atualmente, para além desta tipologia clássica, existem diversas classificações de omissões inconstitucionais, nem sempre coincidentes no plano conceitual e semântico. No entanto, é possível separar estas classificações pelos critérios adotados.

A primeira corrente diferencia as omissões inconstitucionais apenas pelo critério quantitativo, dividindo-as em omissões totais e parciais. Nesse sentido, cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal³³ e parte da doutrina³⁴ não fazem distinção entre as omissões parciais e as omissões relativas, de maneira que entendem que a omissão é absoluta ou parcial, estando englobada nesta última a omissão relativa.

Assim, para Gilmar Mendes, além da omissão absoluta, com total ausência de normas, há a “omissão parcial, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar”³⁵. Canotilho também não distingue as omissões legislativas parciais das omissões relativas, conceituando-as como atos legislativos concretizadores de normas constitucionais que favorecem certos grupos ou situações, esquecendo-se de outros grupos ou situações que preenchem os mesmos pressupostos de fato³⁶. Em suas lições, a concretização incompleta pode ser resultado tanto de uma intenção deliberada do legislador em conceder vantagens a certos grupos ou certas situações, com “exclusão expressa ou explícita”, em violação ao princípio da igualdade, constituindo-se uma “inconstitucionalidade por acção”, bem como pode ser resultado de uma apreciação incompleta das situações de fato, sem intenção deliberada do legislador em favorecer grupos ou situações, denominado de

Como visto, dado o carácter bifronte da omissão inconstitucional, qualquer tipo de omissão é passível de controle de constitucionalidade, já que a inércia não é opção do legislador no marco de suas atribuições políticas.

³² BAZÁN, op. cit., p. 116.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, nos seguintes acórdãos: MI 542/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28. 6. 2002; ADI 1442, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2004; MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007; MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007; RE 580963, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013; MI 6067 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2014; ADPF 378 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2015.

³⁴ Nesse sentido: CANOTILHO, op. cit., p. 1036 e ss.; MENDES, G. F. O Mandado de Injunção... Op. cit., p. 16-44.

³⁵ MENDES. O Mandado de Injunção... Op. cit., p. 25.

³⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 1036.

“incompletude regulativa”, que, na visão de Canotilho, constitui inconstitucionalidade por omissão³⁷.

Esta distinção quantitativa também influenciou nosso legislador, diante do conceito incorporado no inciso I do art. 12-B e no §1º do art. 12-F, ambos da Lei n. 9.868/99, incluídos pela Lei n. 12.063/09³⁸, bem como no art. 2º da Lei n. 13.300/16.

Contudo, a classificação que melhor explica o problema a ser enfrentado por este trabalho, além da distinção quantitativa da omissão do legislador, parte-se de uma distinção qualitativa, que diferencia as omissões parciais das omissões relativas. Nesse quadro, trata-se de classificação adotada pela doutrina estrangeira, a exemplo de Portugal³⁹, Itália⁴⁰ e Espanha⁴¹, e também adotada no Brasil⁴².

Nessa linha de pensamento, as omissões são divididas em: a) sentido formal ou material; b) absolutas ou relativas; c) absolutas totais ou parciais; d) relativas definidas ou indefinidas; e) relativa explícita e implícita; f) material definida ou indefinida; g) indefinida própria ou imprópria⁴³. Passemos a analisar cada uma delas.

A omissão formal decorre da ausência de qualquer emanção de atos voltados ao desenvolvimento da aplicabilidade da constituição. Assim, a omissão formal se equivale a seu

³⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 1036.

³⁸ Art. 12-B. A petição indicará:

I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;

.....

Art. 12-F. E(...)

§ 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

³⁹ MORAIS, Carlos Blanco. As Omissões Legislativas e os Efeitos Jurídicos do Mandado de Injunção: um ângulo de visão português. MENDES, Gilmar Ferreira (org.). Mandado de Injunção. Estudos sobre a sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁰ SATÈ, Luca Geninatti. Contributo allo studio dei remedi della Corte costituzionale alle lacune ed alle omissioni del legislatore (con alcune osservazioni sulle sentenze di inammissibilità). Sezione I, p. 1-23. Diritto & Diritti – rivista giuridica on line. Disponível em: http://www.diritto.it/materiali/costituzionale/sate_sez1.html. Acesso em: 11 out. 2014.

⁴¹ REVORIO, Francisco Javier Díaz. El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas Relativas en el Derecho comparado Europeo. In: Revista Española de Derecho Constitucional Año 21. Núm. 61. Enero-Abril 2001. BAZÁN, op. cit., p. 114-119.

⁴² BERNARDES, Juliano Taveira. Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no Direito brasileiro - Página 2/6. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 539, 28 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6126>>. Acesso em: 11 out. 2014; TAVARES, André Ramos. O Cabimento do Mandado de Injunção: a omissão inconstitucional e suas espécies. In: Mandado de Injunção: Estudos sobre a sua regulamentação. Gilmar Ferreira Mendes et al. (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 383-405.

⁴³ Nesse sentido: MORAIS. As Omissões Legislativas...Op. cit., p. 352-358; e BERNARDES, J. T. Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional...Op. cit.

próprio conceito naturalístico (omissão-inatividade), pois a providência que afastaria a configuração da inércia inconstitucional nem chegou a se exteriorizar. De outro lado, a omissão material não se confunde com a concepção naturalística de atos omissivos (inexistência de ato). Em verdade, esta omissão é constatada a partir de um ato comissivo (omissão-produto) ao qual se agrega, porém, um juízo de valor acerca da respectiva adequação à constituição⁴⁴.

Nas omissões absolutas não há a produção da norma pelo legislador, seja na totalidade ou em parte. O legislador não elabora o ato legislativo vinculado pela Constituição para concretizar uma norma constitucional de eficácia limitada (não executável em si própria). Assim, as omissões absolutas se dividem em duas subespécies, que se distinguem pelo critério quantitativo. Tem-se a omissão absoluta total sempre que o legislador se furtar integralmente ao cumprimento do seu dever de legislar imposto pela Constituição. Não aqui há qualquer produção de ato legislativo. Assim, no exemplo de Carlos Blanco, a ausência de lei que regulamente a licença paternidade prevista no inciso XIX do art. 7º da Constituição constitui omissão absoluta total.

De outro lado, haverá omissão absoluta parcial se o legislador cumprir apenas uma parcela do seu dever de legislar, nos termos fixados pela Constituição em norma de eficácia limitada (não executável em si própria), abstendo-se de dar o cumprimento integral do seu mister. Por exemplo, ao regular o disposto no inciso XXIV do art. 5º da Constituição, a lei estipular procedimento de desapropriação por utilidade pública, mas não contemplar um regime processual para desapropriação por interesse social, tal como determina a Constituição⁴⁵.

Cabe destacar que se o legislador elaborar a lei sem regulamentar a questão e estabelecer requisitos para o exercício do direito, haverá uma omissão parcial centrada no *déficit* de regulamentação que inviabiliza o seu fim constitucional. É um subtipo de omissão parcial que envolve uma dimensão quantitativa (existe incompletude normativa) e qualitativa (a insuficiência normativa inviabiliza o fim constitucional pretendido).

Ao contrário das primeiras, as omissões relativas decorrem, em regra, de leis ordinárias violadoras do princípio da isonomia, uma vez que não incluem no seu “âmbito de

⁴⁴ BERNARDES. Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional...Op. cit.

⁴⁵ MORAIS. As Omissões Legislativas...Op. cit., p. 353.

previsão subjetivo” uma dada categoria de sujeitos, apesar destes últimos se encontrarem em uma situação igual em relação aos destinatários desse regime jurídico. Aqui existe uma falha qualitativa de regulação que não se reduz a uma simples lacuna técnica, mas sim uma “lacuna axiológica”, uma vez que o silêncio do legislador que não inclui, sem justificativa razoável, uma categoria de pessoas a título de destinatários da norma. O resultado é equivalente a uma norma ideal (implícita) de exclusão de pessoas, que viola “*por acção*” o princípio constitucional da isonomia⁴⁶.

Percebe-se que a omissão absoluta resulta do simples não-exercício da competência normativa geral conferida pela constituição, sem que daí se extraia necessária relação de inconstitucionalidade. De outro lado, na omissão relativa, embora não haja prévia e concreta obrigatoriedade de atuação normativa, o ato produzido pelo órgão constituído descumpra o texto constitucional, em razão de não contemplar determinadas pessoas, fatos ou situações que igualmente deveriam estar incluídos no respectivo programa normativo. Assim, como o legislador espontaneamente resolveu estabelecer certa disciplina jurídica, torna-se então obrigado a produzir proposições que sejam compatíveis com o princípio isonômico. Com relação às omissões relativas, portanto, é de suma importância verificar o papel desempenhado pelo princípio da isonomia.

Nessa linha de pensamento, Revorio diz que as omissões absolutas ocorrem quando falta disposição legislativa que regule o preceito constitucional, criando assim uma situação contrária à norma constitucional. Já na omissão relativa existe lei, mas esta é parcial, incompleta, defeituosa do ponto de vista constitucional. Para o mestre espanhol, as omissões absolutas correspondem a silêncios do legislador que geram situações contrárias à Constituição. De outro lado, as omissões relativas são silêncios da lei que provocam a mesma situação inconstitucional. Percebe-se, pois, que Revorio é adepto ao conceito normativista e, assim como Carlos Blanco, entende que a omissão relativa, mais do que um controle de inconstitucionalidade por omissão, enseja um controle de constitucionalidade por ação⁴⁷.

Nesse sentido ainda, Taveira Bernardes aponta que as diferenças entre omissão parcial e omissão relativa são bastante sutis. Porém, a delimitação desses tipos de omissão parece residir nos respectivos parâmetros de controle. Na omissão parcial, existe prévia obrigação concreta de atuação normativa voltada à exequibilidade de alguma norma constitucional e,

⁴⁶ MORAIS. As Omissões Legislativas...Op. cit., p. 354.

⁴⁷ REVORIO. El Control de Constitucionalidad...Op. cit., p. 83-84.

neste caso, a inconstitucionalidade está no cumprimento insuficiente do próprio preceito que impõe essa obrigação. Na omissão relativa, inexistente tal obrigação prévia, de modo que o parâmetro utilizado para sustentar a inconstitucionalidade é composto por preceitos autoaplicáveis que conduzem a atuação normativa no sentido da observância do princípio constitucional da isonomia e das normas que dele decorrem. Somando-se a isso, no caso de a omissão relativa, promove-se uma "exclusão" ou "não-inclusão" de maneira incompatível com o princípio da igualdade, como na hipótese de norma que "concede vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas". Disso exsurge outra distinção importante para o controle de constitucionalidade: a divisão da omissão relativa em explícita e implícita. Na explícita, o ato normativo incompleto veicula norma que promove expressamente a "exclusão" daquelas pessoas, fatos ou situações que deveriam merecer igual disciplina. Na omissão implícita, o vício está na "não-inclusão" no enunciado textual da disposição, de outros supostos que haveriam de receber o mesmo tratamento⁴⁸.

Com efeito, as omissões parciais não se confundem com as omissões relativas. As primeiras são subtipo de omissão absoluta e decorrem de uma lacuna de poder (o legislador cumpre em parte seu dever de legislar). Assim, as omissões absolutas parciais implicam que a lei não dê uma complementação integral da norma constitucional não executável em si própria. Diversamente, a omissão relativa não tem nada a ver com a necessidade de concretização de normas constitucionais de eficácia limitada, mas sim, não raras vezes, com a falha na regulação positiva que, em razão da não inclusão de pessoas, violam o princípio da isonomia⁴⁹.

Além disso, a partir das lições da doutrina italiana⁵⁰, as omissões relativas podem ser definidas ou indefinidas. As primeiras ocorrem quando a norma constitucional determina uma solução única obrigatória, que permite a extensão do benefício à outra categoria. Nas omissões definidas, o *déficit* da medida contrapõe-se a uma única disciplina constitucional reparatória⁵¹. Neste caso, há uma única solução jurídica para o comportamento omissivo "logicamente necessária e frequentemente está implícita no contexto normativo", ou ainda, é "unívoca e constitucionalmente vinculatória", motivo pelo qual se deve aplicar essa singular e

⁴⁸ BERNARDES. Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional...Op. cit.

⁴⁹ MORAIS. As Omissões Legislativas...Op. cit., p. 355.

⁵⁰ SATÈ, op. cit.

⁵¹ CRISAFFULLI, Vezio. Lezioni di Diritto Costituzionale. L'Ordinamento Costituzionale Italiano. II. Padova: 1984, Tomo II. p. 406-408.

preexistente regra constitucionalmente obrigatória. De outro lado, a omissão indefinida decorre de deficiência constante na providência normativa, para a qual se apresentam diversas soluções constitucionais, todas elas indiferentes do ponto de vista do respectivo parâmetro de controle⁵². Por isso, na omissão relativa indefinida existem diversas soluções normativas válidas e, que, em razão da margem de conformação, não admitem sentenças aditivas⁵³.

E ainda em sede de omissões materiais, as omissões indefinidas podem ser próprias ou impróprias. As primeiras são aquelas cujas soluções não competem aos órgãos judiciais, mas à discricionariedade do próprio órgão normativo. A pauta de soluções está inserida na esfera das escolhas discricionárias a partir das quais só ele pode operar. As segundas são aquelas para as quais, embora não se tenha identificado regra que sirva como única solução constitucionalmente obrigatória, é cabível indicar quais os princípios constitucionais específicos para remediá-las, sem vulnerar a competência discricionária do órgão normativo omissor. Com efeito, é possível individualizar a solução nos casos concretos, a despeito de a inatividade normativa persistir⁵⁴.

Além destas classificações qualitativas, cabe ainda acrescentar, com Victor Bazán, as seguintes distinções: a) omissões que afetam direitos fundamentais e omissões que não afetam. Neste caso, apesar do dispositivo constitucional reconhecer a exigibilidade imediata dos direitos fundamentais (a exemplo do Brasil no §1º do art. 5º da Constituição), omissão inconstitucional, por não levar a cabo todas as medidas necessárias e complementares de efetivação dos direitos, pode afetar a sua plena efetividade. Portanto, esta omissão não é restrita a direitos sociais, pois há também direitos fundamentais de primeira dimensão que necessitam de complementação legislativa; b) omissões evitáveis e omissão inevitáveis. No primeiro caso, a ineficácia da norma constitucional decorre da carência de ações pressupostas e outras atuações paralelas que poderiam ter sido tomadas no contexto socioeconômico de onde se produz. No segundo caso, há fatores extrajurídicos sobre os quais recaem a efetividade do direito e retiram do legislador a possibilidade de concretizar preceitos constitucionais, a exemplo de direitos sociais que necessitam de exigências monetárias e organizativas, principalmente em épocas de crises econômicas; c) omissões explícitas e implícitas. As primeiras contrariam mandado constitucional expreso de legislar. As segundas

⁵² SATÈ, op. cit.

⁵³ MORAIS. As Omissões Legislativas...Op. cit., p. 354.

⁵⁴ ROMBOLI, Roberto. Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale. In: ____ (Org.) et al. Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001). Torino: G. Giappichelli, 2002, p. 107-108.

decorrem de uma constatação da omissão evidenciada como consequência da interpretação judicial dos direitos fundamentais ou, ainda, do desenvolvimento de cláusulas orgânicas da constituição, nas quais não se pode constatar de imediato que os conteúdos constitucionais não são possíveis sem a intermediação do legislador. d) omissões puras e impuras ou impróprias. Nas primeiras, não há uma positivação anterior; nas segundas, havia uma regulamentação anterior, que de modo total ou imparcial dispunha de modo distinto do que determina a Constituição, não sendo, pois, recepcionada⁵⁵.

Da análise destas classificações distintas, o que se pode concluir é que a adoção meramente quantitativa se mostra insuficiente. Embora esta configuração seja adotada pelo STF e tenha sido adotada pelo legislador brasileiro nas leis que tratam da ADO e do MI, a análise da tipologia da omissão inconstitucional, principalmente marcada pela distinção entre a omissão parcial e a omissão relativa, é de extrema importância técnica-jurídica, para efeito de balizar o controle da omissão inconstitucional e definir os limites de atuação da jurisdição constitucional.

Nesse sentido, com base na tipologia das omissões inconstitucionais é possível avaliar quando a lesão ao princípio da isonomia vem ou não atrelada ao descumprimento de norma constitucional que determina apenas uma solução válida. Somente neste caso é legítimo defender que a jurisdição constitucional pode estender o benefício de uma categoria para outra, por meio de aplicação direta da Constituição⁵⁶, que impõe única solução verossímil, sem margem de conformação política, com a edição de sentença aditiva “*a rime obbligate*”⁵⁷. Outrossim, com base nesta classificação, é possível avaliar se, de outro lado, a norma constitucional possibilita várias soluções válidas, a ponto de tornar inviável a edição de sentenças manipulativas aditivas, sob pena de violação do princípio da separação de poderes, por afetar o núcleo essencial deste princípio, na medida em que constituiriam providência judicial de cunho legislativo e político, não autorizada, pois, pela Constituição⁵⁸.

No entanto, é interessante registrar, com Carlos Blanco, que será admissível a prolação de sentença aditiva na tutela de direitos e liberdades públicas, quando a Corte Constitucional, por meio do juízo de ponderação, puder escolher, entre duas opções aparentemente válidas constitucionalmente, com base em um conjunto de critérios objetivos de tipo seletivo-

⁵⁵ BAZÁN, op. cit., p. 114-119.

⁵⁶ MORAIS. As Omissões Legislativas... Op. cit., p. 354.

⁵⁷ CRISAFULLI, op. cit., p. 406-408.

⁵⁸ MORAIS. As Omissões Legislativas... Op. cit., p. 349-350 e 356.

negativo que excluam a opção: a) menos verossímil, mais inovatória e geradora de menos consenso na comunidade jurídica; b) que contrarie o programa normativo do legislador; c) que tenda mais para inconstitucionalidade ou afronte princípios da segurança jurídica e relevante interesse social; d) que seja menos compatível com princípio da dignidade humana; e) que implique custos orçamentários relevantes (critério cumulativo)⁵⁹.

Portanto, esta classificação constitui o primeiro parâmetro objetivo, que tem por fim delimitar as hipóteses nas quais, diante de benefícios legais incompatíveis com o princípio da isonomia, será possível à Corte Constitucional proferir uma sentença manipulativa de cunho aditivo. Por evidência, nem todos os casos admitem esta possibilidade.

2.3 Omissões relativas: instrumentos, objeto e parâmetro de controle

Definida a omissão inconstitucional como realidade bifronte⁶⁰, que atribui relevância ao resultado objetivamente produzido no ordenamento jurídico contrário à Constituição, bem como traçadas as distinções entre os diferentes tipos de omissões e o que caracteriza uma omissão relativa, é de se indagar quais seriam os remédios judiciais, o objeto de controle e o parâmetro de controle em sede de omissões inconstitucionais relativas. Mais uma vez é preciso alertar que este trabalho, até por sua modesta extensão, não tem por objeto analisar os instrumentos de controle, mas apenas verificar as vias pelas quais uma omissão inconstitucional relativa pode ser sindicalizada.

Em primeiro lugar, a Constituição de 1988 previu três ações constitucionais especiais para o controle da omissão inconstitucional: o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental⁶¹, indo muito além do que inspirado no modelo lusitano no controle da inconstitucionalidade por omissão, constituindo-se, na prática, um dos modelos do direito comparado mais avançados e controversos na tutela das omissões inconstitucionais⁶².

⁵⁹ MORAIS. As Omissões Legislativas... Op. cit., p. 362-363.

⁶⁰ SEGADO, El control de constitucionalidade de las omisiones legislativas...Op. cit., p. 32-37.

⁶¹ CUNHA JUNIOR, op. cit., p. 222.

⁶² MORAIS. Direitos sociais...Op. cit., p. 212.

Em sede de controle concreto, há a previsão do mandado de injunção (inciso LXXI do art. 5º). No controle abstrato, está prevista a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (§2º do art. 103), concretizada pela Lei n. 9.868/99 (art. 12-A a 12-H). De outro lado, a partir da regulamentação dada pela Lei n. 9.882/99 ao atual §1º do art. 102 da CF/88, pode-se dizer que a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), por sua modalidade autônoma (*caput* do art. 1º da Lei 9.882/99), também se inclui no rol dos instrumentos judiciais especialmente vocacionados à fiscalização da constitucionalidade dos atos omissivos formais⁶³. No caso das omissões materiais, dentro das quais estão as omissões relativas, como existe ato normativo, há forte entendimento de que podem ser questionadas em sede de controle concreto de constitucionalidade por diversos meios (pela via incidental)⁶⁴.

Mas a questão relevante nas omissões relativas é justamente definir se este controle ocorre pela via da ação ou da omissão. No controle concreto, como visto, o incidente pode surgir em diversos tipos de ações, principalmente quando se pleiteia a extensão de um benefício conferido por uma lei discriminatória. Contudo, no âmbito do controle abstrato, poderia-se até rejeitar a possibilidade de sentenças manipulativas aditivas, diante dos efeitos constitucionais previstos para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁶⁵, já que nesta ação conduz-se a apenas dois tipos de decisões meramente declarativas: verificação da existência de omissão (mera ciência) e de não verificação da omissão⁶⁶. Mas, como visto, no âmbito de uma omissão relativa, não há propriamente uma omissão do legislador, mas sim uma ação discriminatória.

Por isso, não são poucas as vezes que recusam a tese de que a omissão relativa configura apenas uma inconstitucionalidade por omissão. Jorge Miranda chega a dizer que no caso de omissão parcial deve ser usado o instrumento das omissões⁶⁷, mas nos casos de violação do princípio da igualdade, deve-se utilizar a inconstitucionalidade por ação⁶⁸. Por

⁶³ cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.) et al. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 146 e segs. No mesmo sentido: CUNHA JÚNIOR, p. 311-312.

⁶⁴ cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 201.

⁶⁵ CANAS, Vitalino. Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional. 2 ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, p. 93.

⁶⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 2 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2005, Tomo VI, p. 66.

⁶⁷ MIRANDA. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV...Op. cit., p. 375-376.

⁶⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 2º ed. Coimbra: Coimbra editora, 2005, Tomo II, p. 522.

isso, Vitalino Canas afirma que não há como excluir a possibilidade de sentenças aditivas nas hipóteses de omissões relativas, ainda que utilizadas como último recurso⁶⁹.

Canotilho, como já referido, faz uma distinção e afirma que se a omissão relativa decorre de intenção deliberada do legislador, cabe controle de inconstitucionalidade por ação. De outro lado, se a omissão relativa decorre de incompleta apreciação dos fatos, o controle deve ser por instrumento de inconstitucionalidade por omissão⁷⁰. Em sentido contrário, Rui Medeiros afirma que o uso da figura da inconstitucionalidade por omissão representa um nítido enfraquecimento da normatividade do princípio da igualdade. Sem dúvida, trata-se de solução débil, por meio da qual cabe ao apenas verificar e declarar a omissão, não podendo nem pronunciar nem suprir a deficiência, muito menos substituir-se ao órgão legislativo, não alterando nada na ordem jurídica. Além disso, a ação de inconstitucionalidade por omissão seria uma importação deformada da técnica alemã de declaração de mera incompatibilidade com apelo ao legislador, sem qualquer efeito prático, que mais afeta do que corrige a violação do princípio da isonomia⁷¹.

Com efeito, entendemos, com Revório e Carlos Blanco, que as omissões relativas não podem ser equiparadas juridicamente a omissões absolutas e como tal não se encontram sujeitas à fiscalização de inconstitucionalidade por omissão. Na qualidade de lacunas axiológicas presentes numa normação positiva, as omissões relativas, implícitas ou explícitas, podem violar comissivamente direitos fundamentais, o que justifica a sua análise da constitucionalidade por ação⁷².

No Brasil, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, Gilmar Mendes defende a fungibilidade da ADI e da ADO⁷³. Com razão, Mendes critica decisões do STF que

⁶⁹ CANAS, op. cit., p. 48 e 95-96. Canas diz que são três razões deste entendimento: a) a declaração pura e simples da inconstitucionalidade provocaria um vácuo no ordenamento jurídico, deixando sem tratamento normativo uma situação da vida que até aí o tinha, ainda que desconforme com a Constituição; b) a ausência de tratamento jurídico é pernicioso para os interesses públicos ou privados atuais; c) não é credível que o legislador produza nova regulamentação num período de tempo razoavelmente curto.

⁷⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 1033.

⁷¹ MEDEIROS, Rui. A decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 513-514.

⁷² MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reevio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II. cit., p. 423. No mesmo sentido: REVORIO. El Control...Op. cit., p. 83-84. No mesmo sentido: BERNARDES. Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional...Op. cit.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. A Declaração de Inconstitucionalidade sem pronúncia de Nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de Controle abstrato da omissão. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/viewFile/49/26>. Acesso em: 10.08.2017, p. 20-24.

decidiram pela impossibilidade de conversão de ADI em ADO⁷⁴. Neste caso, mesmo nas omissões relativas violadoras da isonomia, a não conversão da ADO em ADI impossibilita de qualquer medida que não seja a mera ciência ao órgão omissor, tornando-se inócuo a tutela da igualdade. Nesta linha, concordamos com a crítica ao STF no sentido de que: a) o problema não decorre do pedido, pois em ambos há pedido de inconstitucionalidade; b) a omissão relativa, produto de uma conduta positiva, enseja o uso de ADI; c) embora a nulidade não seja apta a resolver o problema da omissão relativa, o cerne da questão está nas técnicas de decisão e não em instrumentos determinados⁷⁵. Ademais, apesar de o STF não aceitar esta conversão, na prática a superação das inconstitucionalidades decorrentes das omissões inconstitucionais relativas tem se consolidado no STF pelas vias do controle de constitucionalidade por ação⁷⁶.

Não por acaso, ao analisar as possibilidades decisórias, mesmo em sede de controle abstrato da omissão relativa, Clémerson Merlin Clève defende a fungibilidade da ADI e ADO, uma vez que poderia: a) declarar a inconstitucionalidade da cláusula de exclusão ou de todo o ato impugnado, em caso de exclusão arbitrária de benefício; b) declarar a inconstitucionalidade de todo ato impugnado, no caso de ônus imposto de modo discriminatório; c) fazer interpretação conforme à Constituição no caso de mera falha legislativa, que não configure discriminação arbitrária, para revelar conteúdo implícito, não havendo verdadeira omissão relativa; d) declarar a inconstitucionalidade da omissão parcial e dar mera ciência do poder omissor; e) declarar a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade⁷⁷.

Em segundo lugar, quanto ao parâmetro de controle, impõe observar que a Constituição não atribui ao legislador somente competências para regular certas matérias, mas também impõe proibições ou mandados para a realização de determinadas condutas⁷⁸. Com efeito, poderia se afirmar que violar uma proibição constitucional não é o mesmo que descumprir o que ela ordenou que se fizesse. Todavia, o mandado de proibição constitui uma

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdãos nesse sentido: ADI 986 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 10/02/1994, DJ 08-04-1994; e ADI 1458 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/1996, DJ 20-09-1996.

⁷⁵ MENDES. A Declaração de Inconstitucionalidade sem pronúncia de Nulidade...Op. cit., p. 20-24. No mesmo sentido, defendendo a cumulação de pedidos e a fungibilidade: CLÈVE, Clémerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: RT, 1995, p. 244-245.

⁷⁶ BERNARDES. Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional...Op. cit.

⁷⁷ Cf. CLÈVE, op. cit., p. 242-245.

⁷⁸ IBAGÓN, Mónica Liliana. Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia. In: GÓMEZ, Juan Vega; SOSA, Edgar Corzo (Coord.) et al. Instrumentos de tutela y justicia constitucional: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 312. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=344>>. Acesso em: 19.08. 2016.

imposição de uma omissão, do mesmo modo que a imposição de uma ação constitui proibição de uma omissão, de maneira que, embora a proibição também possa ser descrita como imposição, e vice-versa⁷⁹, há diferenças quanto ao tipo de prescrição normativa. Com efeito, não só é possível como é necessário identificar a conduta descrita pela norma⁸⁰.

Assim, traçada uma distinção entre a inconstitucionalidade por ação e por omissão, o conceito puro de omissão juridicamente relevante não se baseia apenas no descumprimento de quaisquer normas constitucionais, mas somente daquelas que imponham, previamente, obrigação certa e determinada atuação. Sem isso, não há parâmetro de controle. Nessa senda, se a fiscalização da constitucionalidade omissiva, em regra, opera no campo da implementação da aplicabilidade das normas constitucionais, exclui-se do parâmetro de controle de constitucionalidade das "puras" omissões constitucionais todas aquelas normas dotadas de autoaplicabilidade⁸¹ ou de "aplicabilidade direta"⁸².

Como dito, para Canotilho a mora quanto à implementação de "normas-fim ou normas-tarefa" abstratamente impositivas não dá ensejo ao surgimento de omissão jurídico-constitucional, mas somente preceitos constitucionais que estabelecem obrigações permanentes e concretas (como atualizar o salário mínimo, organizar serviços de segurança social, garantir ensino básico universal, obrigatório e gratuito). O não-atendimento dos fins e objetivos da constituição, embora possa igualmente ser considerado inconstitucional, não é juridicamente controlável. Nestes termos, a concretização de "normas-fim" ou "normas-tarefa" depende essencialmente da luta política e dos instrumentos democráticos⁸³.

Contudo, o problema do parâmetro das omissões relativas é distinto. As omissões relativas, além não haver a necessidade de prévia determinação de atuação normativa, são identificadas, geralmente, a partir de juízo valorativo fundado em preceitos autoaplicáveis. Portanto, sua avaliação é feita a partir da norma implícita que gera uma lesão objetiva à Constituição.

⁷⁹ Cf. BERNARDES. Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional... Op. cit.

⁸⁰ Cf. BERNARDES. Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional... Op. cit.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A Corte Constitucional não conheceu de ação de inconstitucionalidade por omissão por ter como parâmetro de controle dispositivo autoaplicável. Nesse sentido, por exemplo: ADI 297, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/1996, DJ 08-11-1996; ADI 480, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/1994, DJ 25-11-1994.

⁸² SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais... Op. cit., p. 47 e ss.

⁸³ CANOTILHO, op. cit., p. 967. Em sentido oposto: CLÈVE, op. cit., p. 218 e ss.

Com efeito, o parâmetro de controle de uma omissão relativa sempre será uma norma ligada ao princípio da isonomia. Não obstante, a classificação que separa as omissões relativas e as parciais não impede de igualmente enquadrá-las dentro do conceito de omissões indefinidas. Porém, somente as primeiras podem ser qualificadas como omissões definidas. É certo que ambas as situações pressuponham soluções contidas no próprio ordenamento constitucional. Mas a tipificação das omissões relativas definidas exige que o parâmetro de controle seja composto somente por normas constitucionais impositivas dotadas de aplicabilidade direta, pois só nesta hipótese é possível juridicamente extrair a existência de uma única solução constitucionalmente obrigatória⁸⁴.

Em terceiro lugar, no que tange ao objeto de controle, a análise depende de uma distinção que deve ser feita entre disposição e norma. Esta diferenciação constitui uma das maiores contribuições da fiscalização de constitucionalidade à teoria geral do direito e tem absoluta relevância para o desenvolvimento das técnicas de decisões em sede do controle de constitucionalidade⁸⁵.

Com efeito, conforme salienta Zagrebelsky, interpretar, em última análise, é compreender e atribuir sentido a determinado texto normativo, extraindo-se dois conceitos relacionados. De um lado, a disposição constitui-se a fórmula linguística emanada do trabalho de produção de direito⁸⁶. De outro, a norma é o conteúdo de sentido resultante da interpretação da disposição⁸⁷. Nestes termos, do ponto de vista interpretativo, as disposições formam o objeto e as normas o resultado da interpretação. Há entre a disposição e a norma uma relação de reciprocidade⁸⁸. Em regra, não pode haver norma sem que exista disposição que lhe dê suporte. Contudo, só há sentido na disposição após descoberta a norma respectiva. Se o texto é o limite da interpretação, a disposição funciona como marco inicial e como a limitação última para a obtenção da norma⁸⁹.

Entretanto, esta relação entre disposição e norma não é necessariamente biunívoca⁹⁰. Segundo Francisco Ballaguer Callejón, a falta de correspondência pode gerar, em tese, as

⁸⁴ Cf. BERNARDES. Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional...Op. cit.

⁸⁵ Cf. CERRI, Augusto. Corso de giustizia costituzionale. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 102.

⁸⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. La Giustizia Costituzionale. Bologna: Il Mulino, 1977, p. 146-148.

⁸⁷ Nesse sentido: MORAIS. Justiça Constitucional...op. cit., p. 324-325. Ver: GUASTINI, Riccardo. Teoria e dogmatica delle fonti. Milano: Giuffrè, 1998, p. 16.

⁸⁸ REVORIO, Francisco Javier Díaz. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 52.

⁸⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 1.143

⁹⁰ REVORIO, F. J. D. Las sentencias interpretativas...Op. cit., p. 37.

seguintes situações: a) norma sem disposição; b) disposição não-normativa; c) norma aplicável a partir de diversas disposições; ou d) pluralidade de normas extraídas de mesma disposição⁹¹.

Diferente de Portugal que previu expressamente que o controle de constitucionalidade incide sobre normas⁹², o constituinte brasileiro não se preocupou em identificar se o objeto do controle de constitucionalidade recai sobre o texto ou sobre a norma dos atos normativos impugnáveis⁹³. Por sua vez, a Lei n. 9.868/99 é contraditória, pois no inciso I do art. 3º se refere a "dispositivo" da lei ou ato normativo impugnado, enquanto no parágrafo único do art. 28 incorpora fórmulas decisórias cujo objeto do controle é a norma, a exemplo da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, o objeto do controle de constitucionalidade não pode recair exclusivamente no dispositivo textual, pois limitaria o uso de decisões intermediárias ou manipulativas e somente permitiria decisões típicas, declaratórias de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade (total ou parcial) da disposição impugnada. É preciso, pois, incorporar a ideia de que o controle incide sobre a norma. De outro lado, se pela técnica processual o pedido é a expressão do objeto do processo, não como há entender-se que o objeto do controle de constitucionalidade abstrato incida tão-só em normas, pois, do contrário, limitaria o órgão julgante sobre a norma extraída pelo autor da interpretação da disposição. Com efeito, pelo princípio do pedido, o tribunal ficaria adstrito à interpretação apresentada pelo requerente. Ademais, não fazendo a disposição parte do objeto do controle, também não faria parte do pedido e o âmbito de cognoscibilidade do controle judicial não abarcaria quaisquer outras interpretações que da disposição se pudessem extrair, sob pena de julgamento *extra* ou *ultra petita*⁹⁴.

⁹¹ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Fontes del derecho. Principios del ordenamiento constitucional. Madrid: Tecnos, 1991. t. 1, p. 111-112. Ver também: ALEXYS, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2014, p. 51-64. ZAGREBELSKY, op. cit. p. 146-148. MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 324-325. Ver: GUASTINI, op. cit., p. 16.

⁹² Cf. PORTUGAL. Art. 281, n. 1, "a", e art. 282, n. 1, ambos da Constituição da República Portuguesa.

⁹³ Cf. BRASIL. Constituição Federal, art. 97; inciso I, a e §2º do art. 102; bem como o §2º do art. 12

⁹⁴ BERNARDES, Juliano Taveira. Principios processuais do controle judicial abstrato da constitucionalidade dos atos comissivos: aspectos contemporâneos no direito brasileiro. Brasília, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, p. 288-292.

Por isso, no Brasil, é válido defender que o objeto do controle de constitucionalidade é um complexo normativo formado pela disposição impugnada e pela norma dela derivada⁹⁵. Isso não significa, contudo, que qualquer norma extraída de uma disposição forneça material idôneo para sustentar eventual declaração de inconstitucionalidade. Como adverte Zagrebelsky, é necessário que a norma seja ao menos plausível e não puramente hipotética ou fruto de artifício argumentativo ou mesmo de verdadeiro erro hermenêutico⁹⁶.

Nessa linha, a jurisprudência do STF desde muito tempo faz distinção entre disposição e norma, ao se referir a “sentidos interpretativos” em decisões que envolvem “interpretação conforme a constituição” e “declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto”⁹⁷.

No caso das omissões, inexistente disposição textual que sirva de objeto de controle, no caso das omissões formais. Nesta hipótese, há uma norma implícita decorrente da falta de disposição textual. Em outras palavras, a ausência de um texto ou disposição normativa gera uma norma implícita incompatível com a Constituição⁹⁸. Por isso que, como dito alhures, a omissão inconstitucional deve ser encarada como lesão objetiva da Constituição, ou seja, como uma omissão produto⁹⁹. Não há, pois, omissões ou lacunas no plano da norma, embora haja no plano do texto normativo¹⁰⁰.

De outro lado, no caso da omissão material, mesmo que a inconstitucionalidade derive da incompletude do texto normativo, ou seja, como existe disposição normativa, esta disposição é o objeto do controle de constitucionalidade¹⁰¹. Por tal razão, entendemos que o objeto da fiscalização de constitucionalidade das omissões materiais recai sobre: a) a norma explícita que exclui determinadas situações que mereceriam o mesmo tratamento normativo (omissões relativas expressas); ou b) a norma implícita que decorre da interpretação *a contrario sensu* do enunciado textual deficitário, “na parte em que não inclui” determinadas

⁹⁵ REVORIO. Las sentencias interpretativas...Op. cit., p. 48.

⁹⁶ Nesse sentido, ZAGREBELSKY, op. cit., p. 155. Nessa mesma linha: BERNARDES. Princípios... Op. cit., 286-288.

⁹⁷ Por todos, menciono: ADI 319 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/1993.

⁹⁸ Cf. REVORIO. D. Las sentencias interpretativas... Op. cit., p. 170-171

⁹⁹ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 387.

¹⁰⁰ REVORIO. El Control de Constitucionalidad... Op. cit., p. 83-84.

¹⁰¹ Nesse sentido, SATÈ, op. cit., p. 5. Nesse sentido, referindo-se às omissões “parciais”: REVORIO. Las sentencias interpretativas...Op. cit., p. 172.

providências ou situações que deveriam estar inseridas na disciplina normativa (omissões parciais e relativas implícitas)¹⁰².

2.4 Omissão relativa e sua incompatibilidade com o dogma do “legislador negativo”

Como visto, a omissão inconstitucional relativa, pelo fato de advir de uma conduta positiva do legislador, deve ser encarada como uma ofensa objetiva da constituição, tendo em vista que sua incompletude decorre de discriminação arbitrária em violação ao princípio da isonomia.

De toda sorte, não raras vezes, a inconstitucionalidade não recai sobre a norma explícita em si, mas sobre a norma implícita correspondente à conduta arbitrária e discriminatória do legislador. Por isso, a omissão relativa apresenta peculiaridades em sede do controle de constitucionalidade, seja na via concreta, seja na via abstrata, ao ponto de exigir do Tribunal Constitucional o uso de técnicas decisórias que, a princípio, não são compatíveis com o dogma do legislador negativo. Isso porque, em sede de omissão inconstitucional, não se declara a inconstitucionalidade de uma lacuna¹⁰³.

Sabe-se que a teoria do “legislador negativo” de Kelsen tem relação íntima e pressuposta com sua tese sobre a Jurisdição Constitucional, surgida do embate teórico com Carl Schmitt, que defendeu a Constituição como carta política e o presidente do *Reich* como Guardião da Constituição¹⁰⁴. Ela decorre, pois, do seu pensamento diametralmente ao de Triepel e de Schmitt quanto ao guardião da Constituição¹⁰⁵, na medida em que Kelsen parte da união entre Estado e Direito, os quais são criados pela Constituição.

¹⁰² cf. REVORIO. Las sentencias interpretativas...p. 171 e segs. Sobre as omissões relativas (implícitas), Revorio sustenta que ou se considera que é o ato normativo que exclui implicitamente o suposto não previsto, fazendo com que o problema se desloque para a inconstitucionalidade desse próprio ato, na "parte em que não prevê" o que constitucionalmente deveria prever; ou então se deve entender que não há tal norma implícita, razão por que não existe nenhum obstáculo normativo para realizar uma interpretação extensiva, analógica ou sistemática que permita aplicar ao suposto não previsto as consequências expressamente assinaladas no preceito questionado.

¹⁰³ MENDES. A Declaração de Inconstitucionalidade sem pronúncia de Nulidade...Op. cit., p. 8.

¹⁰⁴ SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 193-229.

¹⁰⁵ DIAS, Gabriel Nogueira. “Legislador Negativo” na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria *Reine Rechtslehre*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set., 2010, p. 91-116. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70669>

Em linhas gerais, para Kelsen, legislação e execução não são duas funções estatais coordenadas, mas duas etapas hierarquizadas e intermediárias do processo de criação do direito. Assim, a Constituição, a lei, o regulamento, o ato administrativo e a sentença são etapas típicas da formação da vontade coletiva no Estado moderno¹⁰⁶. Segundo o constitucionalista austríaco, seria impraticável que o parlamento exercesse o controle de constitucionalidade¹⁰⁷, tendo em vista que, por natureza, não poderia ser obrigado de modo eficaz a fazê-lo, não havendo, por isso, garantia do controle de regularidade. Além disso, seria “ingenuidade política” acreditar que o legislativo anularia uma lei votada por ele próprio. Um Poder Legislativo como livre criador do direito e não como um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição seria equivocado, uma vez que, embora em medida relativamente restrita, o Poder Legislativo é vinculado à Constituição. Por esta e outras razões, segundo Kelsen, o Guardião da Constituição deve ser um órgão diferente, terceiro ao processo legislativo, imparcial e independente, ou seja, a jurisdição ou tribunal constitucional¹⁰⁸.

De modo categórico, Kelsen afirma que a alegação de incompatibilidade da jurisdição constitucional com a soberania do legislador, é, nada mais, nada menos do que “dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão legislativo, de não se deixar limitar pelas normas da Constituição”¹⁰⁹, em patente contradição com o que dispõe o ordenamento jurídico. Nesse sentido, anular uma lei é estabelecer uma norma geral em sentido contrário, com o mesmo caráter de generalidade de sua elaboração, tratando-se de uma norma com sinal negativo, e, portanto, de função legislativa negativa¹¹⁰.

Diferente do caráter meramente político atribuído por Carl Schmitt, Hans Kelsen defende o significado jurídico e político da jurisdição constitucional. Do ponto de vista jurídico, uma Constituição em que falte a garantia da anulação de atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. Com efeito, uma Constituição em que leis ou atos inconstitucionais permanecem válidos, diante da impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade e de sua anulabilidade, equivale, do ponto de vista jurídico, “a um

ou em <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/GABRIELDIAS-Legislator-negativo.pdf>. Acesso em 13.11.2107.

¹⁰⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução: Alexandre Krug et alii. 3ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 125.

¹⁰⁷ Nesse ponto, Schmitt também concorda que o legislador não pode ser o guardião. Cf. SCHMITT, op. cit., p. 38.

¹⁰⁸ KELSEN, op. cit., p. 150.

¹⁰⁹ KELSEN, op. cit., p. 151.

¹¹⁰ KELSEN, op. cit., p. 151-152.

anseio sem força obrigatória”.¹¹¹ A função política da Constituição reside no estabelecimento de limites jurídicos ao exercício do poder, pois “Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados”¹¹². Neste ponto, Kelsen diz que é errôneo pensar que entre as funções jurisdicionais e funções políticas existiria uma contradição essencial e que particularmente a decisão de inconstitucionalidade de leis e a anulação de leis inconstitucionais seria mero *ato político*, polissêmico e essencialmente mal utilizado, ou seja, que não seria propriamente jurisdicional. Com efeito, a concepção de que somente o legislador exerce função política ao passo que o juiz apenas aplica o ordenamento jurídico criado pelo legislador é falsa porque pressupõe que o exercício do poder seja encerrado dentro do processo legislativo¹¹³.

Nesse sentido, o exercício pela Corte Constitucional da *guarda* da Constituição não significa a introdução de elementos políticos na função jurisdicional, mas sim a sua proteção frente a efêmeras tentativas de mudança. O exercício da jurisdição constitucional pela Corte Suprema não representa substituição às regras previamente definidas, mas sim proteção, materializada por meio do controle abstrato de normas, que, longe de se substituir ao legislador constitucional, assume uma função cassatória de modo a derrogar toda e qualquer norma que não se apresente em consonância com as regras previamente definidas na Constituição¹¹⁴.

A teoria do legislador negativo, no entanto, não ficou isenta de críticas. Nestes termos, três observações devem ser feitas quanto ao dogma proposto por Kelsen.

Em primeiro lugar, a teoria do “legislador negativo”, como pressuposto teórico do tema *Guardião da Constituição*, encerra “um movimento dedutivo quase que obrigatório para o jurista austríaco, visando ao menos três centrais pilares” da Teoria Pura do Direito, quais sejam: a pureza metodológica da ciência do direito, a Teoria Escalonada de Normas e sua Teoria sobre a Democracia¹¹⁵.

¹¹¹ KELSEN, op. cit., p. 179. Não por acaso, Kelsen defende que o Guardião da Constituição deva ser o Tribunal Constitucional, como um órgão estranho ao processo legislativo, dotado de técnica jurídica e de independência, pois “ninguém pode ser juiz em causa própria”.

¹¹² KELSEN, op. cit., p. 240.

¹¹³ KELSEN, op. cit., p. 250-251.

¹¹⁴ DIAS, op. cit., p. 91-116.

¹¹⁵ DIAS, op. cit., p. 91-116.

A pureza metodológica em Kelsen é uma garantia da objetividade de uma ciência do direito autônoma, isto é, uma pureza do conhecimento do direito¹¹⁶, dotada de objetividade e exatidão (ausência de valoração, liberdade ideológica etc.), com escopo de limitar a uma postura descritiva diante do objeto a ser conhecido, qual seja, as normas positivas do ordenamento jurídico. A ciência pura do direito estaria obrigada a nada mais do que apreender a norma jurídica e expor a sua estrutura¹¹⁷.

Na Teoria Pura do Direito de Kelsen, cada etapa da aplicação do direito comporta uma "face dupla": um ato "condicionado" e "condicionante". Condicionado porque e na medida em que depende da norma abstrata de nível imediatamente superior para o ato de aplicação produzir direito em outro nível de concretização jurídica. Assim, a criação do direito é, pois, condicionada ao preceito normativo mais abstrato e de nível hierárquico superior¹¹⁸. Nesta engrenagem, a única exceção na cadeia de atos jurídicos condicionados é a Constituição, que é "um nível de criação absoluta do direito", ou seja, o ápice da pirâmide normativa. Por óbvio, a Constituição não surge condicionada por outra norma. Porém, a função estática possibilita a dinâmica dos atos de criação do direito, os quais, sem essa lógica jurídica, consistiram em uma série desconexa. Com efeito, todo ato de aplicação do direito é também um ato condicionante, porque e na medida em que a norma jurídica promulgada condicionará a criação de outra norma, mais concreta e de nível inferior. Assim, a norma condicionada é também um ponto de partida para o surgimento da subsequente positivação do direito. Neste caso, a única exceção seria o ato de execução judicial, uma vez que não condiciona nenhuma outra norma¹¹⁹.

Aqui merece destaque a observação de Lenio Streck no sentido de que Kelsen é um positivista normativista, que, com grande injustiça, foi mal compreendido. Kelsen separou o texto da norma e atribuiu o grande problema do direito para o cerne da decisão.¹²⁰

¹¹⁶ Esta pureza não tem por objeto purificar o direito em si, pois o próprio Kelsen admite que noções religiosas, fatores psíquicos, ideologias, etc. influenciam e motivam o ato de vontade do legislador.

¹¹⁷ DIAS, op. cit., p. 91-116.

¹¹⁸ DIAS, op. cit., p. 91-116. Esse ato de criação do direito tem início na lei, cuja promulgação não pode ocorrer sem que o legislador cumpra as determinações da Constituição, passa pelo decreto e pelo ato administrativo, para a instauração dos quais o Executivo tem que satisfazer as condições de criação do direito estabelecidas essencialmente na lei, até chegar ao ato executivo, cuja criação jurídica depende, sobretudo, da sentença a ser executada

¹¹⁹ DIAS, op. cit., p. 91 e ss.

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ª ed. rev. atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 78-79.

Com efeito, dada a natureza dúplice de aplicação do direito em Kelsen, com sucessão de atos condicionantes e condicionados, com exceção da Constituição e dos últimos atos de execução judicial, o ordenamento jurídico é concebido como uma hierarquia organizada em vários patamares, de modo que, “nenhum nível normativo do sistema jurídico surge isolado, mas tipicamente como um complexo de três níveis”¹²¹. É neste cenário normativo que Kelsen defende o papel guardião da Corte Constitucional como legislador negativo, limitado à função derogatória ou meramente cassatória de normas inconstitucionais, pois pensar de modo contrário seria atribuir à Corte Constitucional não apenas a função de Guardião da Constituição, mas sim o papel de criador do direito, inclusive, em patamar acima das próprias normas constitucionais. Desta feita, a atribuição de função minimalista de legislador negativo à Corte Constitucional surge como decorrência lógica de uma consequente aplicação e apreensão do Direito a partir da Teoria da Estrutura Escalonada das Normas¹²².

Somado a isso, a teoria da Democracia de Kelsen¹²³ mantém íntima relação com os temas legislador negativo, jurisdição constitucional e guardião da constituição. Como a ideia de democracia de Kelsen é baseada na liberdade e na igualdade, a Constituição, ao estabelecer regras primárias a partir das quais as demais normas são criadas, é vista como criadora de certa legitimação pelo procedimento, que visa tutelar a liberdade dos indivíduos, sobretudo, contra a tentativa de dominação pela maioria. Assim, a função de legislador negativo não representa violação à ordem política democrática, mas sim uma espécie de fórmula funcional de proteção e de garantia da liberdade dos indivíduos, além de preservar a separação de poderes e garantir um balanceamento funcional do Estado. Neste caso, a função de legislador negativo é tentativa de despolitizar o tema e, ao mesmo tempo, garantir a liberdade dos indivíduos e o equilíbrio na divisão de poderes, independente da vontade da maioria¹²⁴.

Nestes moldes, não se nega a dimensão criativa da jurisdição constitucional, mas o controle de constitucionalidade deveria ficar vinculado à Constituição, para efeito de sua legitimidade, à luz da separação de poderes. De outro lado, o uso de princípios abertos como parâmetros de controle poderia transformá-lo em “legislador positivo”, atuando de modo eminentemente criativo, em usurpação da função legislativa.

¹²¹ DIAS, op. cit., p. 91-116.

¹²² DIAS, op. cit., p. 91-116. No mesmo sentido: BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. Revista Direito, Estado e Sociedade n° 44, p. 190, jan/jun. de 2014.

¹²³ KELSEN, Hans. A Democracia. Tradução: Ivone Castilho Benedetti et alii. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹²⁴ DIAS, op. cit., p. 91-116. No mesmo sentido: BRANDÃO, op. cit., p. 193.

Nesse sentido, “delineou um modelo de jurisdição constitucional ‘minimalista’, ao lado de uma Constituição basicamente procedimental”¹²⁵. Com efeito, a limitação da atuação da jurisdição constitucional se daria com emprego apenas de regras constitucionais precisas como parâmetros de controle. De outro lado, questionamentos com base em princípios abertos deveriam ser afastados pela Corte Constitucional, com o uso mecânico do princípio da separação de poderes e princípios decorrentes: “discricionariedade legislativa, presunção de constitucionalidade e doutrina da insindicabilidade judicial das questões políticas”¹²⁶.

No entanto, o conceito apresenta limitações que devem ser consideradas. A primeira, consistente no *déficit* processual, decorrente da inexistência de uma teoria da estrutura escalonada das normas de acordo com o critério de derrogação das normas, que ignora o vasto arsenal decisório à disposição da Corte Constitucional, que não se restringe à mera cassação de normas inconstitucionais. A segunda, consistente no *déficit* interpretativo, decorrente da falta de uma teoria da norma jurídica, que ignora o fato de que qualquer aplicação normativa implica em interpretação textual e atribuição prévia de significado¹²⁷. Por consequência, sem uma teoria da interpretação, “corre-se o risco de tornar o conceito funcional minimalista desenvolvido por Hans Kelsen de ‘legislador negativo’ uma verdadeira *quimera*”¹²⁸.

Assim, parece evidente que a teoria do “legislador negativo” enfrenta hoje problemas que não foram pensados ou ainda não existiam na época de sua elaboração, muito menos recebeu atualização por Kelsen¹²⁹. Aliás, há quem defenda que Kelsen nem teria condições de fazê-la, diante da hostilidade vivida na Europa, em meio a duas Guerras Mundiais¹³⁰. Atualmente, talvez esta problemática seja muito mais uma incompletude do que uma total inadequação do pensamento de Kelsen, diante de questões constitucionais mais modernas. Deveras, com surgimento do *estado-providência*¹³¹ e o advento do Estado Social e Democrático de Direito¹³², com imposição de tarefas estatais, especialmente no campo dos

¹²⁵ BRANDÃO, op. cit., p. 193.

¹²⁶ BRANDÃO, op. cit., p. 193.

¹²⁷ DIAS, op. cit., p. 91-116.

¹²⁸ DIAS, op. cit., p. 91-116.

¹²⁹ DIAS, op. cit., p. 91-116.

¹³⁰ Nesse sentido: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. In: Revista de Informação Legislativa, V. 43, n. 170, p. 111-141.

¹³¹ Cf. NUNES, António José Avelãs. O Estado capitalista. Mudar para permanecer igual a si próprio. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (org.). Constituição e o Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição. Coedição. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 53-57; e GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. Direitos Fundamentais Sociais. Releitura da uma Constituição Dirigente. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2010, p. 55-63.

¹³² Como marco teórico a respeito da formação histórica, caracterização e definição dos elementos essenciais do “Estado Liberal”, serão adotadas no presente trabalho as premissas definidas em BONAVIDES, Paulo. Do

direitos sociais¹³³, mudou-se por completo o contexto no qual se defendeu a tese do legislador negativo, desenvolvido no período entre guerras, marcado pelo liberalismo¹³⁴. Com o novo paradigma¹³⁵ de Estado Democrático ou Estado Social e Democrático, como aduzem Canotilho¹³⁶ e M.M. Cristina¹³⁷, a função da jurisdição constitucional se amplia para a tutela dos direitos sociais¹³⁸, ainda que esta tutela esteja sujeita ao princípio da reserva financeira do possível, sem prejuízo da advertência de que todos os direitos geram custos¹³⁹ e de que a reserva do possível, que não é princípio absoluto, não exclui a garantia constitucional de um “mínimo social”, garantia esta pautada no princípio da dignidade da pessoa humana e definida como uma “forma de liberdade”¹⁴⁰.

Em segundo lugar, nas lições de Kelsen, “O caráter político entre a legislação e a jurisdição tem apenas uma diferença quantitativa, e não qualitativa”. Com efeito, a ideia de que somente legislação seria política, ou seja, de que legislação seria “criação produtiva do direito”, enquanto que a jurisdição seria “mera aplicação reprodutiva” é absolutamente equivocada¹⁴¹.

Como dito, cada etapa de aplicação do direito comporta um ato “condicionado” e “condicionante”, de modo que, independente do órgão estatal, há um ato de aplicação e de criação do direito. Assim, na visão de Kelsen, não há diferença qualitativa entre o caráter político da legislação e da jurisdição, mas apenas diferença quantitativa¹⁴². E quando esta função é exercida por um tribunal constitucional, o caráter político assume um grau muito

Estado Liberal ao Estado Social. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 39-78. Conforme também as lições de CANOTILHO, op. cit., p. 335-337.

¹³³ QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos Fundamentais. Teoria Geral. 2ª edição. Coimbra, 2010, p. 199-200.

¹³⁴ TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 120.

¹³⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 339.

¹³⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 335-337.

¹³⁷ QUEIROZ, C. M. M. Direitos Fundamentais...Op. cit., p. 193.

¹³⁸ MENDES, op. cit., p. 524.

¹³⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights: why Liberty Depends on Taxes. W.W. Norton & Company: New York, 1999.

¹⁴⁰ QUEIROZ, op. cit., p. 186-193.

¹⁴¹ KELSEN, op. cit., p. 251. Kelsen defende que a função política não se esgota na lei, já que, no mínimo, esta continuidade se manifesta na aplicação do direito pelo executivo e também como o resultado de escolha da Constituição ou do legislador, presente na resolução de conflitos. De outro lado, em toda sentença há um elemento decisório, um exercício de poder. A jurisdição tem um caráter político e será mais amplo quanto mais amplo for o poder discricionário da lei.

¹⁴² KELSEN, op. cit., p. 251. “Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, *está lhe conferindo um poder de criação do direito*, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter “político” que possui – ainda que em maior medida – a legislação. **Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa**” (grifo nosso).

maior do que a função de outros tribunais¹⁴³. Igualmente, não há diferença qualitativa entre a lei e a sentença, mas distinção meramente quantitativa, uma vez que ambos são atos de produção e de aplicação do direito¹⁴⁴. A diferença é que, enquanto o legislador tem, em certa medida, discricionariedade para criar o programa normativo, o juiz constitucional, embora crie a norma do caso concreto, está limitado pelo programa normativo que incide sobre o âmbito normativo.

Do embate sobre o caráter e a legitimidade da jurisdição constitucional, principalmente em razão do perigo de transferência de poder do parlamento para outra instância externa, a proposta de Kelsen é de restrição do poder dos tribunais e do caráter político de sua função, com o fim de limitar ao máximo a margem de discricionariedade, bem como adotar a teoria do legislador negativo¹⁴⁵. Com efeito, a teoria do “legislador negativo” assume importante papel limitador da jurisdição constitucional, como vedação de postura ativa de legislador. Desta forma, esta função se restringe à “aplicação e somente em pequena medida criação do direito”¹⁴⁶.

Porém, do ponto de vista teórico, a diferença entre a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária está no fato de que, embora ambas sejam aplicadoras e produtoras do direito, a segunda produz apenas normas individuais, enquanto a primeira, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, não produz, mas elimina uma norma geral, “instituinto assim o *actus contrarius* correspondente à produção jurídica”. Por isso, parece inevitável afirmar, com Dimitri Dimoulis e de Soraya Lunardi, que a teoria do legislador negativo¹⁴⁷, embora baseada na divisão de função ativa e negativa de legislação, apresenta-se como autêntica autocontenção qualitativa¹⁴⁸, e não quantitativa como defende Kelsen.

¹⁴³ KELSEN, op. cit., p. 253.

¹⁴⁴ KELSEN, op. cit., p. 259. Para Schmitt, jurisdição deveria ser mero ato de subsunção. Logo, a jurisdição constitucional não seria não seria jurisdição, mas legislação. Cf. SCHMITT, op. cit., p. 71-88.

¹⁴⁵ KELSEN, op. cit., p. 262-263.

¹⁴⁶ KELSEN, op. cit., p. 151. A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que se concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição.

¹⁴⁷ KELSEN, op. cit., p. 263.

¹⁴⁸ Aqui serão utilizados, como referencial teórico, os conceitos de autocontenção qualitativa e quantitativa propostos por DIMOULIS e LUNARDI. Cf. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica de uma construção.

Nas lições de Dimitri Dimoulis e de Soraya Lunardi¹⁴⁹, dos conceitos de autocontenção judicial, “minimalismo judicial” ou “passivismo”¹⁵⁰ surgiram três principais argumentos da autocontenção judicial: a) argumento da competência limitada do Judiciário (controle de constitucionalidade limitado ao caso concreto e não para anular leis, cuja competência só caberia ao Legislativo)¹⁵¹; b) argumento de indeterminação constitucional e da abertura interpretativa (interpretação da Constituição é política, de forma que, como as normas constitucionais são vagas, há várias possibilidades de interpretações razoáveis, cuja tarefa não cabe ao Judiciário, a pretexto de estabelecer “verdadeiro significado” da Constituição, mas somente ao Legislativo, a quem cabe escolher a interpretação mais conveniente, conforme o interesse da Nação, com leis “prudentes” ou “razoáveis”); c) argumento de deferência (que parte da premissa de imprescindibilidade do controle judicial de constitucionalidade das leis, pois, do contrário, não haveria garantia de que o legislador efetivamente se submeteria à Constituição, mas atribui rigorosas limitações para competência: só pode declarar a inconstitucionalidade quando for “manifesta”, situada “além de qualquer razoável dúvida”, “evidente e clara”, “muito clara”, “inequívoca”, “inquestionável”)¹⁵².

O primeiro argumento envolveria uma limitação qualitativa, consistente na vedação do controle judicial em determinadas hipóteses. De outro lado, os dois últimos argumentos envolveriam uma limitação quantitativa, que se baseia em uma concepção *modesta* do papel do Judiciário que impede intervenções em matérias politicamente controvertidas, para não transformar a Corte em instância que permita aos derrotados da luta política anular a vitória da maioria, sem delimitar as hipóteses¹⁵³.

A autocontenção qualitativa tem a vantagem de definir o objeto e as demais condições de controle de constitucionalidade de maneira taxativa, oferecendo, em alguma medida,

Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 4, n. 15, jul./set. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 161-181.

¹⁴⁹ DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p. 161-181.

¹⁵⁰ Que surgiram nos Estados Unidos em 1893, em conferência proferida em na Univerdade de *Havard* por James Bradley Thayer, em exposição que versou sobre a “Origem e finalidade da doutrina americana do direito constitucional”, cuidando-se de trabalho mais influente no direito constitucional nos Estados Unidos. THAYER, James Bradley. The Origin ad Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Havard Law Review*, v., p. 129-156, 1893 apud DIMOULIS, LUNARDI, op. cit., p. 162-163.

¹⁵¹ LLORENTE, op. cit., p. 12-40.

¹⁵² DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p. 162-163. A doutrina da inconstitucionalidade manifesta ficou conhecida nos EUA como “regra do caso duvidoso” (*doubful case rule*) ou “regra de evidente erro” (*clear mistake rule*). Tais expressões indicam que somente em casos extremos o Judiciário pode anular leis, devendo tão somente fixar o “limite externo” que a Constituição impõe ao Legislativo. Assim, se houver dúvidas sobre a inconstitucionalidade ou não sendo decisão do legislador claramente equivocada, o Judiciário deve ter uma postura de deferência com dever de respeito ao Legislativo.

¹⁵³ DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p. 164.

clareza e certeza, como guias seguros e previsíveis para o julgador, cumprindo-se um requisito de segurança jurídica. Em verdade, a autocontenção qualitativa equivale a uma restrição de norma de competência¹⁵⁴. Porém, se de um lado, o critério de limitação é certo e seguro, de outro lado, concordamos que sua aplicação é bem duvidosa¹⁵⁵.

Nessa linha de Dimitri Dimoulis e de Soraya Lunardi, a abordagem qualitativa apresenta três problemas relevantes: a) o primeiro é a vagueza do termo que pode ensejar o risco de se estabelecer critérios pseudoqualitativos na utilização de termos vagos, a exemplo da doutrina das questões políticas¹⁵⁶; b) o segundo são as fontes de fixação, pois, enquanto as limitações qualitativas fixadas pela própria Constituição não geram preocupação, as limitações no plano infraconstitucional geram dúvidas sobre a sua constitucionalidade, sendo passível de discutir a restrição ou a extensão da competência do Judiciário, para além do constitucionalmente permitido, como violação da autonomia dos poderes¹⁵⁷; c) o terceiro é a ausência de fundamentação, de modo que é inconcebível que uma limitação seja aceita sem fundamentação jurídica satisfatória. Isso explicaria, por exemplo, a rejeição da teoria do ato político pela doutrina brasileira¹⁵⁸.

Parece claro, pois, que o legislador negativo constitui tentativa de autocontenção qualitativa da jurisdição constitucional. Do ponto de vista constitucional e da teoria do direito, seriam duas as suas finalidades. Uma de caráter descritivo, cujo escopo é explicar a natureza jurídica das declarações de inconstitucionalidade (“legislação negativa”), nos moldes de uma teoria da distinção material de funções (poderes) estatais. A outra de caráter normativo, direcionada ao juiz constitucional, no sentido de que não deve interferir em assuntos de

¹⁵⁴ DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p. 165.

¹⁵⁵ DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p. 167.

¹⁵⁶ DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p. 166. “Um exemplo oferece a autolimitação da justiça constitucional em questões políticas. A Suprema Corte dos EUA, desde o caso *Marbury vs. Madison*, considera que fogem do controle judicial tais questões. É a *political question doctrine* que, na atualidade, vigora nos EUA de maneira acentuada. A tentativa de distinguir a questão política da não política em uma controvérsia judicial deve permanecer sem sucesso, diante do caráter estruturalmente político de todo o direito. Além disso, mesmo que essa distinção se considere possível, sempre haverá termo vago e, por isso, surgirão discordâncias, de modo que a limitação não seria, na verdade, qualitativa, mas sim quantitativa”.

¹⁵⁷ O problema se torna maior quando as limitações são estipuladas pelos próprios juízes constitucionais, em operações de autocriação (formulação e aplicação de normas que não foram criadas pelo legislador) ou de heteroreferência atípica (aplicação de normas que regulamentam outros tipos de processos com uma justificativa analógica). Aqui questiona-se a legitimidade normogênica do juiz constitucional e surgem conflitos e incertezas que prejudicam a segurança jurídica. (ex. pertinência temática criada pelo STF).

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 167. No mesmo sentido, apontam: TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p 281-282; RAMOS, op. cit., p. 142-151; STF (MS 25.647).

legislação positiva¹⁵⁹. Com efeito, parece não haver dúvidas de que o “legislador negativo” constitui uma limitação qualitativa¹⁶⁰, ideia com a qual concordamos.

Apesar da teoria kelseniana ser endossada por grande parte da doutrina constitucional contemporânea, é inegável o debate sobre a limitação da justiça constitucional ao papel negativo. Há quem defenda, inclusive, que o tribunal constitucional deve exercer a função legislativa em sua plenitude,¹⁶¹ desde que, para tanto, haja fundamentação jurídica adequada.

Embora não seja possível rejeitar por completo o núcleo da teoria do legislador negativo e desprezar sua importância, com a bipartição estruturação entre legislação negativa e positiva, não são raras as críticas no sentido de que a limitação à atividade legislativa negativa constitui um “mito”¹⁶², já que, na prática, as Cortes Constitucionais têm decidido também como legisladores positivos. A expansão dos Poderes dos Tribunais Constitucionais nos últimos anos evidencia a não aplicação da teoria na prática, a exemplo do uso de sentenças interpretativas e manipulativas, apesar de as Cortes ainda se proclamarem como legisladores negativos¹⁶³.

Diante destas considerações, o controle de constitucionalidade não tem relação conceitual com a função legislativa, mas sim com o dever de fundamentação. Cabe ao judiciário determinar a extensão de suas competências “de maneira rigorosa, coerente e juridicamente fundamentada”, sem a necessidade de recorrer a um argumento de “aparência

¹⁵⁹ DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p.168.

¹⁶⁰ DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p.169.

¹⁶¹ Nesse sentido, os referidos autores citam: ERMACORA, Felix. Der Verfassungsgerichtshof. Graz: Styria,1956, p. 223; MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas. Revista Jurídica Virtual, v. 1, n. 1, 1999, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Ver_01/Teoria.htm; SWEET, Alec Stone. Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 136-137; CASAL, José Maria. Constitución y justicia constitucional. Caracas: Universidade Católica Andrés Bello, 2004, p. 195-196; ROSSEAU, Dominique. Droit du contentieux constitutionnel. Paris: Montcherestien, 2006, p. 79; BEHRENDT, Christian. Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Bruxelles: Bruylant, 2006, p. 419-420; MENDES et al. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1258-1259; RAMOS, Elival da Silva. Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010a, p. 320) apud DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p.169-170.

¹⁶² DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p.170-173.

¹⁶³ Nesse sentido, ver: SEGADO, Francisco Fernandez. La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de Justicia Constitucional. Direito Público. Porto Alegre, ano 1, n. 2, p. 55-82, out./ dez. 2003. LLÓRENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8. Núm. 22. Enero-Abril 1988, p. 23-24. ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidade de las leyes planteado em via incidental. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid. ISSN 0211-5743. Año 16, n. 48, 1996, p. 64. TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 120. REVÓRIO. El Control del Constitucionalid...Op. cit., p. 87-88. MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 247-248.

científica e qualitativa”, de caráter genérico, impreciso e não convincente. Ademais, os critérios quantitativos seriam mais úteis no sentido de demonstrar a necessidade de se aceitar a decisão do Poder que possui competência legislativa primária, diante das incertezas e do caráter subjetivo do juízo de ponderação, bem como da impossibilidade de fundamentar de modo satisfatório a inconstitucionalidade de uma norma¹⁶⁴.

2.5 O STF e a Teoria do Legislador Negativo

A decisão do Supremo Tribunal Federal que inaugurou expressamente a teoria do legislador negativo foi proferida no julgamento da Representação nº 1417¹⁶⁵, em 09/12/1987, cujo objeto era o pedido de inconstitucionalidade do §3º do art. 65 da LOMAN, introduzido pela LC 54/86, que transferiu para os Tribunais o poder de conceder benefícios salariais a juízes sem lei, em confronto com os arts. 57 e 200 da Constituição de 1969. Na decisão, além de consagrar a interpretação conforme como instrumento de controle e seus limites, o STF afirmou que deveria agir apenas como legislador negativo. Assim, não poderia agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Entendeu-se que se a única interpretação possível contrariar o sentido inequívoco conferido pelo Poder Legislativo¹⁶⁶, “não há espaço para interpretação conforme a Constituição, pois implicaria criação de norma jurídica”. Como resultado, o STF julgou procedente a representação e declarou a inconstitucionalidade do dispositivo¹⁶⁷.

A partir desta decisão, tornou-se comum encontrar nas decisões de controle de constitucionalidade de leis pelo Supremo Tribunal Federal a fundamentação no sentido de que “é vedado ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo”, sendo-lhe reservada a apenas a

¹⁶⁴ DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p.188. Nas palavras de Dimoulis e Lunardi: “... a doutrina da autocontenção convida o julgador a abster-se de sentenças de inconstitucionalidade sem plena justificativa jurídica e fática e que podem comprometer o equilíbrio institucional entre os Poderes estatais. Em paralelo, a limitação qualitativa do juiz constitucional não se dá com a aplicação da teoria do legislador negativo e sim mediante a clara e concreta determinação do âmbito de suas competências. O mesmo juiz satisfaz o imperativo de limitação quantitativa de suas intervenções ao fundamentar bem a decisão de inconstitucionalidade ou ao admitir a decisão do legislador em casos duvidosos”.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1417, de relatoria do Min. Moreira Alves, julgado pelo Tribunal Pleno em 09/12/1987.

¹⁶⁶ MENDES; COELHO; BRANCO; op. cit., p. 1251.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Outro que também fez referência ao legislador negativo: Rp 1451, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/1988.

função de legislador negativo¹⁶⁸. Esta fundamentação se encontra presente, inclusive, em sentenças de efeitos aditivos¹⁶⁹, cabendo perfeitamente a crítica no sentido de que o conceito pode ser utilizado como “ferraduras da sorte, que funcionam, ainda que não se acreditem nelas” e que o STF “diz o que faz, mas não faz o que diz”¹⁷⁰. E mais. No caso das sentenças aditivas a situação é ainda pior, pois o STF faz, mas insiste em negar o mecanismo decisório¹⁷¹.

No julgamento do RE 231.924¹⁷², publicado em 21.06.2011, o Ministro Ricardo Lewandowski consignou em seu voto que “jurisdizer não pode implicar legislar. Jurisdizer é dizer o direito que se contém na lei ou na Constituição. Jurisdizer não é juriscrir”, o que deixa evidente um uso sincrético de duas teorias inconciliáveis¹⁷³, com a combinação do positivismo exegeticó com o positivismo normativista de Kelsen¹⁷⁴.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: ADI nº 595MC na RTJ n. 138/84; Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello; Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo (g.o.). No mesmo sentido, e de modo apenas exemplificativo, v. (de 1988 até hoje): RE nº 493234 AgR, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 27.11.2007, DJe, n. 165, Divulg 18.12.2007, Public 19.12.2007, DJ, 19 dez. 2007, p. 00047 Ement Vol0230404, p. 00739, LEXSTF v. 30, n. 353, 2008, p. 252255; AI nº 360461 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJe, 055, Divulg 27.03.2008, Public 28.03.2008, Ement Vol0231206, p. 01077; ADI nº 1755, Relator: Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 15.10.1998, DJ, 18 maio 2001, p. 00431, Ement Vol0203103, p. 00500, RTJ Vol0017702, p. 00657; ADI nº 1822, Relator: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 26.06.1998, DJ, 10 dez. 1999, p. 00003, Ement Vol0197501, p. 00068, RTJ Vol00172/02, p. 00425; HC nº 76543, Relator: Min. Sydney Sanches, Primeira Turma, julgado em 03.03.1998, DJ, 17 abr. 1998, p. 00006, Ement Vol0190603, p. 00494; RE nº 196590, Relator: Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 16.04.1996, DJ, 14 nov. 1996, p. 44492, Ement Vol0185011, p. 02101; ADI nº 696, Relator: Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 20.09.1995, DJ, 20 out. 1995, p. 35254, Ement Vol0180501, p. 00050; RE nº 181138, Relator: Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 06.09.1994, DJ, 12 maio 1995, p. 13019, Ement Vol0178607, p. 01496; AI nº 151855 AgR, Relator: Min. Paulo Brossard, Segunda Turma, julgado em 24.05.1994, DJ, 02 dez 1994, p. 33205, Ement Vol0176903, p. 00518; ADI nº 1063 MC, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 18.05.1994, DJ, 27 abr. 2001, p. 00057, Ement Vol0202801, p. 00083, RTJ Vol01781, p. 00022; ADI nº 896 MC, Relator: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 03.11.1993, DJ, 16 fev. 1996, p. 02997, Ement Vol0181601, p. 00006; ADI nº 779 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 08.10.1992, DJ, 11 mar. 1994, p. 04095, Ement Vol0173601, p. 00104; ADI nº 267 MC, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25.10.1990, DJ, 19 maio 1995, p. 13990, Ement Vol0178701, p. 00182; e RP nº 1451, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 25.05.1988, DJ, 24 jun. 1988, p. 16113, Ement Vol0150701, p. 00064, RTJ Vol0012703, p. 00789.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [Rcl 20864 AgR](#), Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento em 15.12.2015, DJe de 16.2.2016.

¹⁷⁰ DIAS, op. cit., p. 91-116.

¹⁷¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas. Os casos das Cortes Constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. Revista de Processo. Ano 30. Vol. 246. Agosto/2015. ISSN 0100-1981, p. 419-424.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 231924, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2011, DJe-118 DIVULG 20-06-2011 PUBLIC 21-06-2011.

¹⁷³ BRANDÃO, op. cit., p. 190.

¹⁷⁴ Sobre a má compreensão do positivismo normativista de Kelsen, ver: STRECK. *Hermenêutica Jurídica e(em) Crise...* Op. cit., p. 78-79.

Isso demonstra uma possível utilização de um conceito sem fundamentação adequada. Há argumentos consignados em algumas decisões do STF, pautados na tese do legislador negativo, ou seja, de “aplicar a Constituição, não atuando criativamente em qualquer medida” que não encontram fundamento em Kelsen¹⁷⁵, mesmo porque o mestre austríaco já reconhecia a atividade criativa da aplicação do direito pelo Judiciário¹⁷⁶.

Talvez até em razão das incongruências argumentativas, o Min. Gilmar Mendes tentou romper com o conceito de legislador negativo no voto proferido no julgamento da ADI 2240, no qual designou de “vetusto dogma kelseniano”, em razão da incapacidade de resolver todos os problemas relacionados à inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, com necessária relativização do modelo para “adoção cada vez maior de técnicas diferenciadas de decisão no controle de constitucionalidade”¹⁷⁷.

Nesse sentido, não são raras as vozes na doutrina que pregam a superação do modelo Kelseniano de legislador negativo, a ponto de haver certa convergência no entendimento de que a anulação de uma lei pode provocar danos maiores do que a permanência de uma inconstitucionalidade¹⁷⁸. Como já salientado, na busca de evitar o agravamento do estado de inconstitucionalidade e solucionar problemas relacionados com as omissões relativas, os Tribunais Constitucionais europeus passaram a consagrar alternativas à declaração retroativa ou com nulidade da lei, como modulação temporal dos efeitos, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, inconstitucionalidade com apelo ao legislador¹⁷⁹ ou, ainda, sentenças intermediárias, manipulativas aditivas ou substitutivas¹⁸⁰. Basta pensar no exemplo emblemático da lei do salário mínimo fixada, cuja omissão parcial decorre da fixação de valor insuficiente. Certamente, a declaração de nulidade não se apresenta como a melhor solução¹⁸¹.

Ademais, com o fim de preservar o direito contra a descontinuidade e buscar o equilíbrio entre o princípio da constitucionalidade e da segurança jurídica, possibilitou-se a modulação da eficácia temporal das decisões de inconstitucionalidade, determinando o

¹⁷⁵ BRANDÃO, ob. cit., p. 191-195.

¹⁷⁶ STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(em) Crise...*, op. cit. p. 78 e ss.

¹⁷⁷ Cf. Informativo 467, ADI 2240/BA, voto-vista do Min. Gilmar Mendes.

¹⁷⁸ Cf. NOBRE JÚNIOR, op. cit., p. 111-141, abr./jun. 2006, p. 111-141; DIAS, op. cit.; DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p.188; BRANDÃO, op. cit., p. 189-220; TAVARES, op. cit., p. 117-130.

¹⁷⁹ TAVARES, *A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo”* ...Op. cit., p. 122-123.

¹⁸⁰ Cf. MENDES; COELHO; BRANCO; op. cit., p. 1244-1269

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1996 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/1999. Nesse sentido, ver: MENDES; COELHO; BRANCO; op. cit., p. 1202-1203.

destino de leis já aprovadas, algo, que por si, já indicaria a possível superação de uma atuação tipicamente negativa¹⁸².

Embora muitas objeções pautadas na tese do legislador negativo se dirijam contra as sentenças manipulativas aditivas, parece inegável que a modulação de efeitos também assume caráter acentuadamente político. Há quem defenda que esta situação coloca o Tribunal Constitucional quase no papel de legislador, pois estaria a inovar o direito para o futuro¹⁸³. É fato que tese de jurisdição constitucional de Kelsen, em grande parte, foi adotada por diversos países do mundo, inclusive o Brasil. Porém, muitos dos seus conceitos não foram incorporados, a exemplo da natureza constitutiva e dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Talvez, tenha faltado a Kelsen tempo necessário para adaptar sua teoria ao novo contexto e aos novos problemas da jurisdição constitucional¹⁸⁴.

Somado a isso, no modelo de Kelsen, a anulação de uma lei não acarreta de forma alguma o restabelecimento do estado de direito anterior à sua entrada em vigor. Isto é dizer, da declaração de inconstitucionalidade (anulação) resulta um vazio jurídico¹⁸⁵. Embora não negue de início o efeito repristinatório tácito, Kelsen reconhece ser ideal autorizar o Tribunal Constitucional a se manifestar expressamente sobre leis revogadas por leis inconstitucionais¹⁸⁶. No Brasil, o efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade é pacificamente aceito pelo STF, até mesmo em razão da tese de nulidade com efeitos *ex tunc* aqui adotada¹⁸⁷.

¹⁸² GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. La constitución como norma y el tribunal constitucional. Madrid: Civitas, 1983, p. 181.

¹⁸³ TAVARES. A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” ...Op. cit., p. 121.

¹⁸⁴ DIAS, op. cit., p. 91-116.

¹⁸⁵ KELSEN, op. cit., p. 171.

¹⁸⁶ KELSEN, op. cit., p. 172-178.

¹⁸⁷ A título de exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 602277 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015). Também a título de exemplo: (RE 956210 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 30/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016); (RE 884698 AgR-ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 08/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-192 DIVULG 24-09-2015 PUBLIC 25-09-2015); (AI 677191 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-06 PP-01355 RTJ VOL-00214-01 PP-00577 LEXSTF v. 32, n. 379, 2010, p. 80-84); (ADI 3660, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2008, DJe-083 DIVULG 08-05-2008 PUBLIC 09-05-2008 EMENT VOL-02318-01 PP-00045 RTJ VOL-00205-02 PP-00686 LEXSTF v. 30, n. 355, 2008, p. 102-127); (ADI 3148, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2006, DJe-112 DIVULG 27-09-2007 PUBLIC 28-09-2007 DJ 28-09-2007 PP-00026 EMENT VOL-02291-02 PP-00249 RTJ VOL-00202-03 PP-01048.

Naturalmente, como a anulação da lei inconstitucional pode criar um vazio normativo indesejável, este pode ser evitado por meio da restauração da lei anterior, revogada pela lei inconstitucional. Como esta restauração não vem isolada e sim decorre da decisão de declaração de inconstitucionalidade, com permissão constitucional para a reconstituição de leis anteriores, não é correto considerá-la como mera atividade de legislador negativo. Nesse sentido, uma autorização para uma lei reviver outra lei superada só poderia admitir-se a partir de pressupostos constitucionais firmes e expressos. “Nenhuma legislação pode fazê-lo sem violar o postulado da segurança jurídica”¹⁸⁸. Essa decisão constitucional, portanto, em realidade, não apresenta patamar legal, e sim constitucional. Nesta senda, efeito repristinatório da declaração de nulidade da lei difere da revogação de lei com efeitos repristinatório, pois lei atual não pode reviver lei anterior revogada para atingir fatos pretéritos. Com efeito, “Só uma decisão constitucional pode fazê-lo”¹⁸⁹.

Por isso, é possível defender que a teoria do “legislador negativo” deve ser revisitada e evoluir em razão do surgimento de Constituições sociais e intervencionistas, como é o caso do Brasil, bem como em função da criação e consolidação de instituições, institutos e técnicas incompatíveis com uma vocação para (ou configuração de) legislador negativo¹⁹⁰. A superação constitui necessidade decorrente da evolução ocorrida na realidade da Justiça Constitucional. De outro lado, a manutenção de uma teoria de separação rigorosa de poderes apenas mascara a realidade e torna a teoria do legislador negativo desajustada e incompleta, diante da impossibilidade de oferecer respostas adequadas às dificuldades emergentes do modelo¹⁹¹.

Nesta linha, como observa José Ribas Vieira, é inegável que a consolidação da teoria constitucional alemã, diferente dos Estados Unidos, foi resultado do caminho aberto por Hans Kelsen no seu projeto de Tribunal Constitucional para a Constituição austríaca de 1920. Contudo, apesar de adotar o modelo de Kelsen de Tribunal Constitucional houve um afastamento deste modelo, desde o início com a Lei Fundamental de 1949, de modo que o Tribunal Constitucional Federal Alemão não se limitou a uma mera função de legislador negativo¹⁹². Do mesmo modo, este afastamento ocorreu na Itália, em relação às omissões

¹⁸⁸ TAVARES, A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” ...Op. cit., p. 126-128.

¹⁸⁹ TAVARES, A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” ...Op. cit., p. 128.

¹⁹⁰ TAVARES, A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” ...Op. cit., p. 117-130.

¹⁹¹ TAVARES, A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” ...Op. cit., p. 119

¹⁹² VIEIRA, José Ribas. Redefinindo a jurisdição constitucional e a sociedade de risco. Revista Verba Juris – ano 1, n. 1, jan./dez. 2002, 201-202.

inconstitucionais, para as quais a Corte Italiana modulou conteúdo e efeitos das suas sentenças dando origem às chamadas sentenças manipulativas aditivas e substitutivas¹⁹³.

No Brasil, igualmente, o surgimento de novas regras em conexão ao controle de constitucionalidade, em reforço da atividade criativa do Supremo Tribunal Federal, parece contribuir para o afastamento das ideias originais de Kelsen, a exemplo de: a) desvalor-regra de nulidade da lei inconstitucional e conseqüente repristinação de normas revogadas por outras normas inconstitucionais, revigorando uma norma por decisão do juiz constitucional (art. 10, §2º, da Lei n. 9.868/99); b) modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo para atribuir efeito *ex nunc* ou *pro futuro*, para além da modulação temporal, abre espaço para manipulação do conteúdo e dos efeitos da decisão (art. 27 da Lei n. 9.868/99 e art. 11 da Lei n. 9882/99); c) possibilidade de edição de súmula vinculante (art. 103-A, CF, e Lei n. 11.417/06); d) criação jurisprudencial de normas de cunho geral ou individual para suprir omissões legislativas, por meio de sentenças aditivas ou substitutivas em sede de mandado de injunção (MI nº 670, nº 708 e nº 712); e) decisões pelo juiz constitucional com força jurídica inferior à revogação de normas, quando, no controle incidental, impede-se a aplicação de um dispositivo no caso concreto, não eliminando-o do ordenamento jurídico (controle difuso de constitucionalidade); f) autocriação de regras processuais para o controle de constitucionalidade (pertinência temática); g) sentenças interpretativas e formulação de apelos ao legislador¹⁹⁴; h) positivação de sentenças aditivas pela Lei n. 13.300/16 no ordenamento jurídico brasileiro (art. 8º, §1º e art. 9º, §§1º e 2º)¹⁹⁵.

A ineficiência da tese do “legislador negativo” fica evidente no caso das omissões relativas. Diante da complexidade da solução a ser encontrada e da possibilidade de agravar o quadro de inconstitucionalidade, parece inevitável o entendimento de que o paradigma kelseniano não é apto a solucionar inconstitucionalidade desta natureza, pois foi criado para outros propósitos. Reitere-se que este modelo não foi pensado para controlar as omissões do legislador, pois tem por objeto o controle da lei e não a ausência total ou parcial da lei¹⁹⁶.

¹⁹³ CASTRO, Bernardo de. As sentenças intermédias na ordem constitucional nacional: análise de sua legitimidade à luz do princípio da separação de poderes. Coimbra: Almedina, 2016, p. 91.

¹⁹⁴ DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p.172-173. Nesse sentido, recente julgado: MI 943, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2013.

¹⁹⁵ Não por acaso, defendeu-se que a nova lei de Mandado de Injunção abriu as portas para as sentenças aditivas: “É imprescindível que a Corte evolua seu entendimento e assumo de forma nítida e transparente esse seu papel criativo”. Nesse sentido: MALUF, André Luiz. A Lei do Mandado de Injunção abre as sentenças aditivas. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-25/andre-maluf-lei-mandado-injuncao-abre-portas-sentencas-aditivas>. Acesso em: 19.08.2016

¹⁹⁶ REVORIO. El control...Op. cit., p. 82.

Além disso, considerando o contexto em que a teoria foi criada, em ambiente hostil e adverso, não haveria como Kelsen sequer cogitar de qualquer atividade criativa da Corte Constitucional, no máximo, apresentar sua alternativa de legislador negativo¹⁹⁷.

Com a ampliação da jurisdição constitucional para a tutela dos direitos sociais, as Cortes Constitucionais passaram a dar a última palavra não apenas em sede do controle da ação inconstitucional, mas também avançar no controle das omissões inconstitucionais, com a evolução do modelo Kelseniano de legislador negativo, como observa Francisco Fernández Segado¹⁹⁸. Evidente que, em sede de perspectiva negativa dos direitos fundamentais, o método de exclusão do ato normativo inconstitucional pela nulidade (técnica do legislador negativo proposto por Kelsen¹⁹⁹) é mais aceitável e facilmente aplicável. O grande problema surge nas omissões inconstitucionais, diante da perspectiva positiva dos direitos fundamentais, que exige um agir estatal. Não há como anular ou declarar a nulidade de uma lacuna. Neste caso, a teoria da nulidade não aparece tão fácil de ser aplicada e aceita e, por isso, não raramente, são apresentadas objeções quanto à legitimidade da atuação do Tribunal Constitucional e à violação da separação de poderes.

Portanto, o dogma do “legislador negativo” há muito não satisfaz às necessidades e exigências da moderna teoria do controle de constitucionalidade, pós-segunda guerra mundial. Não se nega a importância para a construção da tese da jurisdição constitucional. É preciso, porém, efetivar uma leitura evolutiva do conceito, com o fim de colmatar omissões e insuficiências normativas. Nesse sentido, ainda que se defenda a utilização da teoria do “legislador negativo” como um limite mínimo de ordem qualitativa, não há mais espaço para considerá-lo com caráter absoluto, como proposto originalmente, o que, por lógica, afeta a própria noção de autocontenção qualitativa.

Nesse sentido, cabe ao judiciário determinar a extensão de suas competências de forma rígida, coerente e fundamentada, sem a necessidade de recorrer à aparente tese científica de legislador negativo, que se mostra genérica, imprecisa e não convincente. Somado a isso, o imperativo de limitação quantitativa das intervenções da jurisdição constitucional deve se dar por meio da fundamentação da decisão de inconstitucionalidade ou

¹⁹⁷ Cf. NOBRE JÚNIOR, op. cit., p. 125.

¹⁹⁸ SEGADO, La obsolescência...Op. cit.

¹⁹⁹ KELSEN, ob. cit., p. 262-263.

da aceitação da decisão do legislador em casos duvidosos, nos quais existam desacordos morais razoáveis e de difícil superação²⁰⁰.

Agregado a isso, em razão da complexidade que envolve a omissão inconstitucional, surge a necessidade de um diálogo institucional²⁰¹, contudo, sem a desconsideração da força normativa da Constituição e da exigência constitucional de última palavra pelo Poder Judiciário, essencialmente no controle de constitucionalidade, em função até mesmo do princípio da inafastabilidade²⁰². Neste caso, não apenas na Europa em países como Alemanha, Itália, Portugal e Espanha²⁰³, mas também no Brasil, por meio da jurisprudência e da legislação ordinária²⁰⁴, estas novas técnicas surgem como alternativas, a exemplo de apelo ao legislador, ciência da mora e fixação de prazo²⁰⁵, declaração de nulidade parcial sem redução de texto²⁰⁶, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade²⁰⁷, interpretação conforme à Constituição²⁰⁸, situação constitucional imperfeita ou lei ainda constitucional²⁰⁹, de modulação de efeitos *ex nunc ou pro futuro*²¹⁰, e até mesmo de colmatação da lacuna por meio de sentenças manipulativas aditivas²¹¹.

Portanto, a teoria do legislador negativo não foi pensada para solucionar o problema da omissão inconstitucional²¹². A mera declaração de inconstitucionalidade pode não ser

²⁰⁰ DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p.188.

²⁰¹ Sobre diálogo institucional este trabalho tem como referencial teórico a seguinte obra: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Diálogo institucional e controle de constitucionalidade. Debate entre o STF e o Congresso Nacional. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 217-251. Ver também: MENDES, Gilmar Ferreira. O Apelo ao Legislador – Appellentscheidung – na práxis da Corte Constitucional Alemã. Revista de informação legislativa: v. 29, n. 114 (abr./jun. 1992). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/175956>. Acesso em 11.12.2017, p. 473-502. A título de exemplo, é interessante observar que este diálogo institucional foi utilizado pelo Supremo no julgamento do Mandado de Injunção de nº MI 943, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2013.

²⁰² Art. 5º, XXXV, CF.

²⁰³ REVORIO. El Control... Op. cit., p. 81-130.

²⁰⁴ BRASIL. Lei n. 9.868/99, Lei n. 9.882/99, Lei n. 12.063/09 e Lei n. 13.300/2016.

²⁰⁵ BRASIL. ADI 3682, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007)

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2866, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010).

²⁰⁷ O exemplo emblemático é o salário mínimo, de modo que, apesar da omissão inconstitucional em razão do valor insuficiente, a declaração de nulidade agravaria o direito fundamental previsto na constituição. Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1996 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/1999.

²⁰⁸ Cf. MENDES; COELHO; BRANCO; op. cit., p. 1250-1255.

²⁰⁹ Cf. MENDES; COELHO; BRANCO; op. cit., p. 1257-1258. Nesse sentido: RE 135328, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/1994). Assim também: (RE 147776, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 19/05/1998.

²¹⁰ MENDES. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 188 e seguintes.

²¹¹ RE 567985, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013). Nesse sentido: BAZÁN, ob. cit., p. 167-173; CASTRO, ob. cit., p. 47-140; REVORIO. El control... Op. cit., p. 81-130.

²¹² REVORIO. El control... Op. cit., p. 82 e ss.

suficiente para tutelar o princípio da isonomia e outros valores Constitucionais. Não se trata apenas de defender a extensão de benefícios arbitrários, mas analisar a complexidade que envolve as omissões relativas. Por isso, desde algum tempo no Brasil a doutrina²¹³ reconhece a necessidade de adoção de técnicas decisórias que vão muito além das simples decisões de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade²¹⁴. A estas decisões se convencionou denominar sentenças intermediárias, por ficarem no meio termo entre as típicas decisões em sede do controle de constitucionalidade, ou manipulativas, em razão da nítida modulação de efeitos e de conteúdo. É o que abordaremos em seguida.

²¹³ Por todos, menciono: CLÈVE, op. cit., p 242-245; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 257-321.

²¹⁴ Cf. SEGADO. *La obsolescencia de la bipolaridade...* Op. cit.

3 AS SENTENÇAS INTERMEDIÁRIAS: ALTERNATIVAS DECISÓRIAS PARA AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS RELATIVAS

A omissão inconstitucional relativa, além de constituir uma lesão objetiva da Constituição, exigiu das Cortes Constitucionais a busca de alternativas decisórias, diante da insuficiência do modelo tradicional de controle para resolver o problema da violação do princípio da isonomia. Neste capítulo será feita uma abordagem sobre as sentenças intermediárias ou manipulativas em sentido amplo em sede de direito comparado, como alternativas decisórias para o problema dos benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia.

3.1 Considerações gerais: fundamentos, linha evolutiva e insuficiência do regime de nulidade com efeitos absolutos

A construção doutrinária do Tribunal Constitucional com função legislativa em sentido negativo mostrou-se inapta para solucionar o problema das omissões inconstitucionais desde o seu início²¹⁵. Embora, em certas situações, a tese deixava claro que os Tribunais atuam como legisladores, esta criatividade não se situaria nos processos de compreensão da norma, mas na sua aplicação nos casos concretos²¹⁶.

Deveras, este modelo tentou conciliar, na prática, a experiência de uma institucionalização de uma instância de racionalidade que servisse ao mesmo tempo como “contra-poder” (função contramajoritária), reduzindo com isso o domínio da vontade política, e como “legislador negativo”, isto é, uma instância parlamentar que temperasse paixões, um legislador que atuasse através da forma e de métodos da função judicial. Essa função tinha

²¹⁵ MORAIS. *Justiça Constitucional*...Op. cit., p. 278-279.

²¹⁶ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 132-133. Porém, conforme defendemos, embora Kelsen defenda a inexistência de distinção qualitativa entre as funções legislativa, executiva e judicial, de modo que há em todas elas processo de criação jurídica, ou seja, todas são processos de aplicação e de criação do direito em níveis distintos, a teoria do legislador negativo se apresenta muito mais como uma limitação qualitativa, que nem sempre é apta a resolver problemas atuais de jurisdição constitucional, em especial, o caso da omissão relativa.

como pressuposto uma Constituição “técnica” e “estritamente preceptiva”, privada de valores, no quadro de um sistema parlamentar em que não existia funções neutras²¹⁷.

Na origem do legislador negativo, imperava o positivismo jurídico e a ideia de supremacia do parlamento. Esta alternativa conciliatória de limitação do poder político do legislador não foi pensada para as omissões legislativas, sendo, pois, inadequada para este fim, pois não há como anular o que não existe²¹⁸. Em verdade, naquela época Kelsen não tinha condições de prever todas as nuances do desenvolvimento a ser alcançado pela jurisdição constitucional e o inevitável carácter normativo de suas decisões. Havia forte hostilidade na Europa contra a implantação da jurisdição constitucional, mesmo como legislador negativo²¹⁹, tanto que o modelo austríaco de controle de constitucionalidade foi abolido nos anos 30 pelo regime ditatorial vigente naquele momento e somente reestabelecido em 1945, após o término da segunda Guerra Mundial²²⁰, período conhecido como cemitério de Constituições escritas²²¹.

Por consequência, alguns países da Europa, mais do que instituir este modelo de controle judicial das leis, buscaram um esforço do papel dos Tribunais Constitucionais de controle de constitucionalidade como forma de se proteger contra os horrores da ditadura e a consequente violação de direitos humanos fundamentais por legisladores à disposição de regimes opressores²²².

Em razão deste contexto e desta experiência traumática, na Alemanha o modelo que se reafirmou foi o do carácter intrinsecamente jurisdicional e não *paralegislativo* do Tribunal Constitucional. Optou-se por um sistema de controle de constitucionalidade centrado não numa defesa formal do ordenamento constitucional, mas numa garantia efetiva e substancial do Estado Democrático de Direito, com especial relevo para a tutela dos direitos fundamentais²²³. Esta preocupação influenciou na mudança paradigmática do desvalor-regra de anulabilidade para o regime de nulidade, alteração esta que foi encarada como necessária para uma proteção efetiva de direitos e liberdades, duramente conquistados e flagrantemente

²¹⁷ QUEIROZ, C. Interpretação Constitucional e Poder Judicial...Op. cit., p. 132-133.

²¹⁸ REVORIO. El Control...Op. cit., p. 81-82.

²¹⁹ NOBRE JÚNIOR, op. cit., p. 125.

²²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. El <<formidable problema>> del control judicial y La Contribución del Analisis Comparado. In Revista de Estudios Políticos. Nº 13, 1980, p. 76.

²²¹ QUEIROZ, C. Interpretação Constitucional e Poder Judicial...Op. cit., p. 12.

²²² CAPPELLETTI, op. cit., p. 76.

²²³ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 247.

violados²²⁴. Nesse sentido, a consequência imediata desta linha de pensamento constitucional foi a consagração expressa da nulidade *ipso jure* como sanção das normas julgadas inconstitucionais, representando, com as devidas diferenças, uma aproximação relativa à radicalidade do modelo americano originário que estima a norma inconstitucional como “nula e írrita”²²⁵.

Neste cenário pós-Segunda Guerra Mundial, o regime de anulabilidade figurava insuficiente para a tutela efetiva dos direitos fundamentais, evoluindo-se para o modelo de nulidade, aumentando-se o alcance dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade. Assim, a norma incompatível com a Constituição é nula. Os efeitos da decisão são *ex tunc*, retroagindo até o momento em que colide com a Constituição, tendo a decisão de inconstitucionalidade não uma natureza constitutiva, como defendeu Kelsen, mas sim, uma natureza declarativa, com força obrigatória geral²²⁶. Este modelo de fiscalização abstrata de matriz alemã foi adotado por outros sistemas²²⁷, a exemplo do Italiano de 1947, do espanhol de 1978, do português de 1976 (revisão constitucional de 1982) e do brasileiro de 1988²²⁸.

Todavia, com a mudança paradigmática, não demorou muito para se perceber que a nulidade inerente à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral se apresentou, em certos casos, extremamente seca e rígida e, por isso, não raras vezes, colocava em risco outros princípios constitucionais relevantes²²⁹. Se de um lado o regime de anulabilidade era incapaz de tutelar de modo eficiente direitos fundamentais, de outro, a rigidez absoluta do regime de nulidade também colocava em risco outros bens, valores e princípios igualmente constitucionais. Surge então a necessidade prática de adotar alternativas decisórias entre as sentenças de procedência e as sentenças de improcedência da ação de inconstitucionalidade, com relevantes lacunas quanto à salvaguarda de importantes princípios constitucionais, como segurança jurídica, proporcionalidade, igualdade e conservação de atos normativos produzidos pelo legislador democrático²³⁰.

No plano prático, o surgimento de novas técnicas decisórias, com destaque inicial para Alemanha e Itália, e posterior adoção por países como Espanha, Portugal, ainda que em parte,

²²⁴ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 248.

²²⁵ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 248.

²²⁶ CASTRO, op. cit., p. 61.

²²⁷ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 278-279.

²²⁸ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 248.

²²⁹ CASTRO, op. cit., p. 61.

²³⁰ MORAIS, Justiça Constitucional...Op. cit., p. 248.

colocaram em questão o dogma do legislador negativo e deixaram evidente que o modelo proposto por Kelsen não foi pensado para omissões inconstitucionais. É inegável que as Cortes Constitucionais destes países, ao analisar estas situações, foram além das simples declarações de inconstitucionalidade ou de não inconstitucionalidade (constitucionalidade). Somando-se a isso, para além da intangibilidade da coisa julgada²³¹, o fato é que em diversas situações se exigia uma certa estabilidade das relações jurídicas consolidadas, à luz do princípio da segurança jurídica, considerado pilar fundamental do Estado de Direito, situações estas que, em tese, poderiam ser desconstruídas pelos efeitos retroativos da declaração de nulidade²³².

No plano teórico, a partir da clara separação entre texto normativo e norma, abriu-se inevitável espaço hermenêutico para a prolação das chamadas sentenças interpretativas, que alteram o sentido normativo preservando o texto, com relativo caráter criativo²³³. Com a consolidação do entendimento de que norma não se confunde com texto, mas é o resultado do processo hermenêutico, passou-se a primar por um raciocínio direcionado à avaliação do alcance e sentidos do preceito afetado pela inconstitucionalidade, dando surgimento a decisões denominadas de interpretativas e manipulativas²³⁴.

Ademais, o princípio do aproveitamento dos atos, associado às exigências de proporcionalidade, levou os Tribunais a procurarem se utilizar um programa interpretativo de recorte criativo, destinado a salvar a disposição normativa impugnada e a reduzir o espectro de inconstitucionalidade verificada, a normas de caráter ideal extraídas por via hermenêutica do enunciado textual sindicado. Com efeito, seja em menor grau, por meio da interpretação conforme, seja por meio do juízo de inconstitucionalidade parcial qualitativa, restou mitigada a rigidez dicotômica das decisões puras de rejeição e de acolhimento, para assegurar possível obra normativa do legislador²³⁵.

²³¹ CANOTILHO, op. cit., p. 1015. Cabe lembrar que o princípio da intangibilidade do caso julgado comporta exceções, conforme ensina J. J. Gomes Canotilho: “Nas hipóteses de casos julgados em matérias de ilícito penal, ilícito disciplinar e ilícito de mera ordenação social”, devendo-se, nestes casos, aplicar “*tratamento mais favorável* aos indivíduos que foram sujeitos a *medidas sancionatórias* penais, disciplinares ou contra-ordenacionais”.

²³² MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., 249.

²³³ Cf. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 148. Nesse sentido: MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 324-325. GUASTINI, op. cit., p. 16. REVORIO. Las sentencias interpretativas...Op. cit., p. 52. CALLEJÓN, op. cit., p. 111-112. LLÓRENTE, op. cit. p. 38 e ss.

²³⁴ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 387. SEGADO. La obsolescencia de la bipolaridade...Op. cit.

²³⁵ Ver: MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 249. REVORIO. Las sentencias interpretativas...Op. cit., p. 52. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 146 e ss.

Por questão lógica, declaração de nulidade com efeitos absolutos eliminaria desnecessariamente uma disposição normativa, mesmo se pudesse subsistir no ordenamento associada a um sentido normativo razoável e não inconstitucional. Ademais, em certas situações de inconstitucionalidades que tinham que ser reparadas, sem necessidade de intervenção de um legislador lento e incerto, o Tribunal Constitucional foi muito além da figura do legislador negativo²³⁶.

Com o fim de buscar respostas para solucionar o problema das omissões relativas inconstitucionais e de lacunas geradas pelas próprias decisões de inconstitucionalidade, para além das decisões interpretativas, nasceram as sentenças com efeitos aditivos. Nesse viés, surgiu também a necessidade de modelação constitutiva dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade,²³⁷ bem como decisões em tese mais respeitosas ao legislador, a exemplo decisão de lei ainda constitucional ou situação inconstitucional deslizando.

3.2 Categorias de decisões no controle de constitucionalidade

Este trabalho não tem por objeto estudar todas as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, mas apenas buscar uma resposta para a problemática da exclusão ou extensão de benefícios incompatíveis com o princípio da igualdade. Porém, antes de tudo, mister se faz fazer uma breve leitura sobre as categorias de decisões que podem ser proferidas no controle de constitucionalidade, como instrumentos ou técnicas de decisão postos à disposição da jurisdição constitucional.

Em linhas gerais, com base no direito comparado, é possível dividir as decisões no controle de constitucionalidade em três categorias²³⁸. A primeira e a segunda constituem duas faces da mesma moeda e, respectivamente, consistem em decisões de simples acolhimento (procedência) e decisões de simples rejeição do pedido de inconstitucionalidade

²³⁶ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 263. LLÓRENTE. La jurisdicción...Op. cit., p. 30-39. REVORIO. El Control de Constitucionalidad...Op. cit., p. 99-103. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 156.

²³⁷ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 249. REVORIO. El Control de Constitucionalidad...Op. cit., p. 85-103.

²³⁸ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 238-441. No mesmo sentido: REVORIO. El Control...Op. cit., p. 83 e ss. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 156 e ss.

(improcedência)²³⁹. A terceira, por sua vez, consiste em decisões que figuram no meio termo entre as decisões de procedência ou de improcedência, sendo denominadas pela doutrina de decisões intermédias²⁴⁰, modificativas²⁴¹, manipulativas²⁴² ou interpretativas²⁴³.

As sentenças de declaração de inconstitucionalidade são consideradas de natureza simples por implicar a eliminação de uma norma inconstitucional, bem como a supressão retroativa de todos os efeitos por ela produzidos, preservados os casos julgados. São também chamadas de sentenças do tipo extremo, em função da rigidez de seus efeitos sancionatórios²⁴⁴. Desta sentença surgem efeitos típicos, tais como nulidade, força obrigatória geral, vinculação de todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, efeitos ripristinatórios, efeitos jurídico-materiais (força de caso julgado material) e jurídico-processuais (coisa julgada formal)²⁴⁵.

De outro lado, as sentenças que declaram a constitucionalidade (ou a não inconstitucionalidade) também possuem natureza simples, pois são decisões por meio das quais o Tribunal Constitucional julga improcedente a ação de inconstitucionalidade²⁴⁶ ou julga procedente a ação direta de constitucionalidade.

Aqui é interessante observar que, diferente de países como Portugal, onde as decisões de rejeição não geram efeitos *erga omnes* e vinculantes²⁴⁷, no Brasil há previsão expressa no §2º do art. 102 da Constituição da República (incluído pela EC n. 3/93, e com redação atual dada pela EC nº 45/2004), no sentido de que tanto as decisões de inconstitucionalidade quanto as decisões de constitucionalidade geram efeitos vinculantes relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública, direta e indireta, federal, estadual ou municipal. O dispositivo Constitucional foi concretizado pela Lei n. 9.868/99.

²³⁹ CASTRO, op. cit., p. 49-62.

²⁴⁰ Nesse sentido: REVORIO. El Control...Op. cit., p. 85 e ss.; AMARAL, Maria Lúcia. As decisões intermédias na jurisprudência constitucional portuguesa [Em linha]. Lisboa: Colóquio Luso-Italiano de Direito Constitucional, 5 e 6 de maio de 2009. Acesso em 20.02.2018. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/414-362.pdf>. Acesso em: 10.11.2017. No mesmo sentido: CANOTILHO, op. cit., p. 1018.

²⁴¹ MEDEIROS, op. cit. p. 289-528.

²⁴² MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 238-141.

²⁴³ Ver: LLÓRENTE, op. cit., p. 33 e ss; e REVORIO. Las Sentencias Interpretativas...Op. cit., p. 119 e ss.

²⁴⁴ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 238-239. Em Portugal há hipótese que mitiga os efeitos retroativos destas sentenças é denominada inconstitucionalidade superveniente, pois, neste caso, a decisão declaratória de nulidade com efeitos retroativos opera "*ope constitutione*".

²⁴⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 1009.

²⁴⁶ CASTRO, op. cit. p. 47 e ss.

²⁴⁷ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 245.

3.3 Terminologia: sentença intermediárias ou manipulativas em sentido amplo

Costuma-se definir sentenças manipulativas como aquelas decisões que resultam na transformação do significado da lei, sem necessariamente alterar o texto normativo²⁴⁸. Porém, existem inúmeras classificações que tornam o termo sentenças manipulativas polissêmico²⁴⁹.

Não há, pois, unanimidade quanto à terminologia²⁵⁰. Para Crisafulli e Zagrebelsky, por exemplo, as sentenças interpretativas de acolhimento ensejam sentenças manipulativas²⁵¹, quando modificam o conteúdo originário da norma. Em razão disso, Canotilho chega a dizer que todas as sentenças deveriam ser incluídas neste grupo, pois o ordenamento abre a possibilidade de exprimir “poderes tendencialmente normativos”²⁵².

De outro lado, Carlos Blanco diz que decisões intermédias são sinônimas de decisões manipulativas e assim, em sentido amplo, define como “decisões jurisdicionais que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento”. Este denominador conceitual comum abrangeria as sentenças restritivas de efeitos temporais, as sentenças interpretativas condicionais e as decisões de efeitos aditivos²⁵³. Rui Medeiros, por

²⁴⁸ CAMPOS, op. cit., p. 410.

²⁴⁹ Cf. MEDEIROS, op. cit., p. 457.

²⁵⁰ Algumas terminologias: a) *decisões manipulativas* como resultado das decisões interpretativas podem gerar a confusão entre uma interpretação conforme ou uma declaração de nulidade parcial sem redução de texto e uma sentença aditiva propriamente dita (CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. V II. L'ordinamento Costituzionale Italiano. Le fonti normative. La Corte Costituzionale. Quinta Edizione. Padova: CEDAM, 1984, p. 402 e ss; e ZAGREBELSKY, op. cit., p. 156 e ss; e outras classificações similares: ROMBOLI, op. cit., p. 64 e ss; BELLOCCI, M; GIOVANNETTI, T. *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte Costituzionale*. Roma: Corte Costituzionale, 2010. Acesso em: 11.12.2107. Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20219_Tipologia_decisioni.pdf, p. 21; D'ATENA, Antonio Di. *Interpretazioni Adeguatrici, Diritto Vivente e Sentenze Interpretative della Corte Costituzionale*. Acesso em: 18.04.2018. Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/06_11_09_DAtena.pdf; b) o termo *decisões aditivas* como sinônimo de decisões manipulativas ou modificativas, gênero de todas as demais decisões atípicas, conforme Jorge Miranda, pode também gerar confusão terminológica em prejuízo à autonomia das decisões aditivas (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 2º ed. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 85-86); c) semelhante confusão, *mutatis mutandis*, para a expressão *decisões normativas* (SILVESTRE, Gaetano. *Le sentenze normative della Corte Costituzionale*. In: *Giur. Cost.*, 1981, p. 1684 e ss apud MEDEIROS, op. cit., p. 457); ou d) *decisões integrativas* que podem gerar confusão entre sentenças aditivas e as decisões de mera concretização de conceitos constitucionais abertos ou indeterminados ou mera aplicação da analogia no âmbito legal (PICARDI, Nicola. *Le Senteze “integrative” della Corte Costituzionale*. In. *Scritti in onore di Costantino Mortati*. Roma, IV, 1977, p. 600-601 e p. 627-628, apud MEDEIROS, op. cit., p. 457).

²⁵¹ CRISAFULLI, op. cit., p. 402 e ss. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 156 e ss.

²⁵² CANOTILHO, op. cit., p. 1017.

²⁵³ MORAIS. *Justiça Constitucional*...Op. cit., p. 240-241. Nesse conceito, seriam decisões manipulativas: sentenças interpretativas de rejeição (interpretação conforme a Constituição) e de acolhimento (declaração de nulidade parcial sem redução de texto); modulação temporal de efeitos; sentenças apelativas (lei ainda

sua vez, prefere utilizar da terminologia decisões modificativas²⁵⁴ como gênero. Apesar de parte da doutrina excluir as decisões redutivas²⁵⁵ da classificação das sentenças manipulativas²⁵⁶, parece mais adequado, para a compreensão do tema, a classificação proposta pela doutrina italiana²⁵⁷ e portuguesa²⁵⁸ que, sem qualquer tom pejorativo do termo, classifica as sentenças manipulativas como: sentenças interpretativas de acolhimento parcial qualitativa ou redutivas²⁵⁹; sentenças aditivas; e sentenças substitutivas. No Brasil a terminologia decisão manipulativa, que engloba a sentenças aditiva e substitutiva²⁶⁰, é amplamente conhecida e consolidada na doutrina nacional²⁶¹ e no Supremo Tribunal Federal²⁶².

constitucional e declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade); e as sentenças aditivas e substitutivas.

²⁵⁴ MEDEIROS, ob. cit., p. 457.

²⁵⁵ Nesse sentido: MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo VI. Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 2º ed. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 66. Para Jorge Miranda as decisões *reductivas* não formam categoria autônoma, nem se reconduzem a decisões limitativas, pois o que é limitado é o objeto do juízo (não a norma *in totum*, mas um seu segmento) e não a inconstitucionalidade em si mesma. Em sentido contrário: MORAIS, Justiça Constitucional...op. cit., p. 354. Para Rui Medeiros, sentenças redutivas são decisões de inconstitucionalidade parcial qualitativa (sem redução de texto). Cf. MEDEIROS, op. cit., p. 298, 318 e 437.

²⁵⁶ Embora Rui Medeiros afirme que as decisões redutivas (inconstitucionalidade parcial qualitativa) também são sempre causa de um novo desenho para o tratamento normativo, de modo que, pelo resultado, se aproximam das decisões manipulativas, aponta que há uma distinção no plano normativo, já que as decisões modificativas se caracterizam pelo seu alcance inovador: elas, ao contrário das decisões redutivas, alteram ou reduzem uma lei em vigor para, por essa via, extrair do texto legal assim modificado uma nova norma. Ver: CANOTILHO, op. cit., p. 1017 e ss; e também: BRUST, Leo. Controle de Constitucionalidade: A Tipologia das Decisões do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 509;

²⁵⁷ Nesse sentido: ZAGREBELSKY, op. cit., p. 156 e ss e 296. No mesmo sentido: VEGA, A. M. de la. La sentencia constitucional en Italia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 219-223. Para Vega, as sentenças manipulativas podem ser: manipulativas redutivas (qualitativas ou quantitativas); manipulativas aditivas; e manipulativas substitutivas.

²⁵⁸ Nesse sentido: MORAIS, Justiça Constitucional...Op. cit., p. 355. No mesmo sentido: CANAS, op. cit., p. 81. Com a ressalva de que Vitalino Canas denomina de sentenças atípicas e não sentenças manipulativas. CANOTILHO, op. cit., p. 1018.

²⁵⁹ Segundo ZAGREBELSKY, não é possível confiar totalmente no modo como a decisão é formulada, a exemplo da declaração de inconstitucionalidade parcial, sentença meramente redutiva, que tem formalmente uma natureza negativa. A diferença entre decisões negativas e inovadoras ou positivas é muitas vezes verificada por critérios puramente políticos. A eliminação de uma parte normativa de uma disposição elaborada pelo legislador como um todo incindível pode mudar o sentido político da decisão de inconstitucionalidade, porquanto constituída em termo somente negativo, aparece em verdade como uma decisão substancialmente paralegislativa, sobrepondo-se à vontade legislativa inseparável. Cf. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 156. Ver também: BELLOCCI, M. e GIOVANNETTI, op. cit., p. 36-76; D'ATENA, op. cit. E ainda: LLÓRENTE, op. cit., p. 10-40; e REVORIO. El Control...Op. cit., p. 82-129.

²⁶⁰ REVORIO El Control...Op. cit., p. 98 e ss.

²⁶¹ Nesse sentido: CAMPOS, op. cit., p. 403-427. BRUST, Leo. Controle de Constitucionalidade...Op. cit., p. 172. BRUST, Leo. A Interpretação Conforme a Constituição e as Sentenças Manipulativas. In: Revista Direito GV, São Paulo, 5(2), jul-dez, 2009, p. 507-526. MEYER, Emilio Peluso Neder. Decisão e Jurisdição Constitucional: Crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 276 e ss. MENDES; COELHO; BRANCO; op. cit., p. 1213-1221. CHAVES, André Luiz Maluf Chaves; PEREIRA, Thiago Rodrigues. Sentenças aditivas no direito italiano e sua viabilidade na jurisdição constitucional brasileira. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, nº. 2, jul./dez. 2014. ISSN 1982, 4564, p. 167-191. SOUZA, Luiz Henrique

Deveras, a denominação sentença intermediária é uma terminologia que explica bem o conjunto de decisões nas quais o Poder Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, relativiza o binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade²⁶³. Deduz-se da própria nomenclatura que as sentenças intermediárias se caracterizam por ficar no meio termo entre as sentenças de procedência ou de improcedência²⁶⁴. Como terceira categoria autônoma, consistem em “decisões jurisdicionais que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento”²⁶⁵.

Por sua vez, a designação de sentenças interpretativas é muito utilizada pelas doutrinas espanhola²⁶⁶ e italiana²⁶⁷. As sentenças interpretativas seriam um pronunciamento sobre a norma, não sobre o texto normativo em si, mediante o uso de métodos habituais de interpretação²⁶⁸. Porém, a denominação de sentenças interpretativas como gênero se mostra insuficiente e inadequada para abarcar todas as decisões jurisdicionais que não se reconduzem às sentenças simples de acolhimento (procedência) ou rejeição do pedido de inconstitucionalidade²⁶⁹. Há decisões intermediárias que não são necessariamente interpretativas, a exemplo da sentença aditiva demolitória, como se verá a seguir.

A terminologia sentença manipulativa²⁷⁰ é utilizada como gênero por Carlos Blanco de Moraes, que também denomina de sentença intermédia, como expressões sinônimas, para designar esta terceira categoria de sentenças. Esta definição, contudo, é criticada por haver “um certo desacerto sobre a qualificação destas”²⁷¹, já que as sentenças manipulativas seriam espécies de sentenças interpretativas e, à luz da doutrina italiana²⁷², teriam como subtipos a

Boselli de. As sentenças aditivas na jurisdição constitucional. In: Revista Jurídica ESMP-SP, V3, 2013, p. 99-117. ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos: por uma conformação constitucionalmente adequada. In: Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. V5, nº 2, dezembro-2011, 21-49. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 1011-1023. RAMOS, Elival da Silva. Mandado de Injunção e Separação de Poderes. In: Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação/organizadores Gilmar Ferreira Mendes [et al]. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 230-253.

²⁶² Julgados do STF: Mandados de Injunção nºs 608/DF, 670/ES e 712/PA.

²⁶³ Nesse sentido: 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 (Coord.). Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 159-194.

²⁶⁴ REVORIO. El Control...Op. cit., p. 85.

²⁶⁵ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 240.

²⁶⁶ Nesse sentido: LLÓRENTE, op. cit., p. 33 e ss; REVORIO. Las Sentencias Interpretativas...p. 119 e ss;

²⁶⁷ CRISAFULLI, op. cit., p. 358 e ss.

²⁶⁸ CASTRO, op. cit., p. 63.

²⁶⁹ CASTRO, op. cit., p. 63.

²⁷⁰ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 238-341.

²⁷¹ CASTRO, op. cit. p. 62.

²⁷² Ver ZAGREBELSKY, op. cit., p. 156 e ss; e CRISAFULLI, op. cit., p. 402-407.

sentença aditiva (por meio da qual se adiciona um *quid* normativo) e a sentença substitutiva (por meio da qual se faz a substituição de um segmento ideal da norma, considerado inconstitucional, por outro compatível com a Constituição).

As críticas também apontam que a modulação temporal não se estriba nestas duas situações e o conceito de sentenças manipulativas seria suficientemente amplo para enquadrar todas as realidades²⁷³ e que a designação de sentenças manipulativas possui um teor pejorativo, que pode passar a ideia de que a atuação do Tribunal Constitucional é inadmissível, por afetar o princípio da separação de poderes. Somando-se a isso, não representaria de modo eficaz o caráter intermédio (mas não assimétrico) destas decisões, não podendo ser reputadas como simples acolhimento ou rejeição²⁷⁴. Por isso, esta corrente defende que o termo adequado é o de sentenças intermédias, pois constitui fórmula abrangente, simples e suficientemente objetiva, capaz de enquadrar todas aquelas sentenças que visam subtrair-se à rigidez da alternativa rejeição/acolhimento, típica de sistemas de controlo da constitucionalidade de perfil negativo²⁷⁵.

As críticas, porém, não apresentam fundamentos sólidos e se mostram, no mínimo, contraditórias. Primeiro, Carlos Blanco parte de um conceito de “modelação do sentido ou dos efeitos da norma”²⁷⁶ para definir as sentenças manipulativas em sentido amplo, de modo que esta designação inclui não somente sentenças interpretativas, como sentenças aditivas, substitutivas e de modelação temporal de efeitos. Segundo, ao mesmo tempo que se diz que o conceito de Carlos Blanco não engloba as decisões de modulação temporal, reconhece que a terminologia é ampla, argumentos estes apresentam uma contradição em si. Por fim, dizer que a terminologia sentença manipulativa tem caráter pejorativo, a pretexto de excluir a terminologia do terceiro gênero, não é argumento sustentável, pois, do contrário, as sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias também não seriam admissíveis, apesar de estarem incluídas como subtipo de sentença manipulativa em sentido estrito. E, conforme se

²⁷³ CASTRO, op. cit., p. 62.

²⁷⁴ URBANO, Maria Benedita. Sentenças Intermédias: para além de Kelsen, mas ainda aquém de uma nova teoria da separação de poderes. In CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; e LOUREIRO, João Carlos. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Volume II. Constituição e Estado: Entre a Teoria e a Dogmática. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 694 apud CASTRO, op. cit., p. 66.

²⁷⁵ URBANO, op. cit., p. 694.

²⁷⁶ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 240.

reconhece²⁷⁷, as sentenças aditivas “*a rime obligate*” são admissíveis e aceitas por boa parte da doutrina.

Diante das críticas, entretanto, é preciso deixar bem claro que as sentenças manipulativas em sentido amplo, sinônimas de sentenças intermediárias ou intermédias, distinguem-se das sentenças manipulativas em sentido estrito, que possuem uma componente de reconstrução normativa para colmatar lacuna ou substituir a norma originária. Neste segundo grupo se enquadram as sentenças aditivas e substitutivas.

3.4 Conceito de sentenças intermediárias ou manipulativas em sentido amplo

A partir das considerações acima, o conceito das sentenças intermediárias ou manipulativas em sentido amplo envolve três pressupostos conceituais: pressuposto teleológico; pressuposto topográfico; e pressuposto transformador²⁷⁸. No plano teleológico, buscam temperar ou modular, à luz do princípio da segurança jurídica e de outros princípios constitucionais, os efeitos absolutos das declarações de inconstitucionalidade. No plano topográfico, embora de modo assimétrico, são decisões que se situam entre as simples de inconstitucionalidade (declaração de nulidade da norma) e as decisões de constitucionalidade. Por fim, no plano transformador, modelam o conteúdo e a produtividade dos efeitos da norma julgada inconstitucional dentro de certos limites²⁷⁹.

A partir destes três elementos, Carlos Blanco conceitua como “decisões jurisdicionais que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento”, dando ênfase aos efeitos, ou seja, ao aspecto transformador dos efeitos, sem se referir aos

²⁷⁷ CASTRO, op. cit., p. 140-141.

²⁷⁸ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 242.

²⁷⁹ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 242-243. As sentenças manipulativas de acolhimento, embora impliquem, sempre, a eliminação de uma norma inconstitucional, preservam o domínio normativo inerente à disposição julgada inconstitucional. Esta preservação pode se referir aos efeitos normativos produzidos no passado (restrição temporal da eficácia sancionatória da decisão de inconstitucionalidade); como preservam o texto inerente à disposição sindicada contando que soldado a um sentido normativo compatível com a Constituição (decisões interpretativas de acolhimento); como, ainda, preservam um enunciado normativo objeto de uma operação reconstrutiva determinada pela sentença (algumas sentenças de efeitos aditivos).

elementos teleológico e topográficos. Nesta mesma linha, Canotilho traça uma definição a partir da restrição dos efeitos, mas nada diz sobre os demais aspectos²⁸⁰.

Em uma segunda definição, Maria Lúcia Amaral conceitua sentenças intermédias como decisões que “não são nem sentenças puras de rejeição [do pedido de inconstitucionalidade], nem sentenças puras de acolhimento [do pedido]”²⁸¹. Nesse mesmo sentido, segundo Revorio as sentenças intermédias “não são meramente de procedência ou de improcedência simples”²⁸². Em ambos os casos, os nobres doutrinadores destacam apenas o elemento posicional.

Por sua vez, Maria Benedita Urbano, conceitua sentenças intermédias como aquelas que ficam no meio termo entre declarar ou não a norma inconstitucional, e nos casos de acolhimento, ficam entre “rejeitar a norma inconstitucional e expulsá-la do ordenamento jurídico e não a considerar inconstitucional e mantê-la”²⁸³, definição que destaca o aspecto topológico e os efeitos, mas omite o elemento teleológico, consistente na tutela de segurança jurídica e proteção de legítimas expectativas.

Em um conceito mais completo, que abrange as três características, Bernardo de Castro define as sentenças intermédias como decisões judiciais que, com base no princípio da segurança jurídica, “visam moderar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sendo por isso, um <<tertium genus>> entre as sentenças simples de acolhimento e de rejeição” produzindo efeitos transformadores, ainda que indiretamente²⁸⁴.

Nosso conceito, além de tentar abarcar os três pressupostos ou elementos conceituais apontados pela doutrina, considera o disposto na Constituição Federal de 1988 e na Lei n. 9.868/99, que regulamenta as ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade. Assim, diante destas premissas, entendemos que as sentenças intermediárias ou manipulativas em sentido amplo são decisões que, com base no princípio da segurança jurídica ou em excepcional interesse social de valor constitucional²⁸⁵, buscam modelar os sentidos

²⁸⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 1018.

²⁸¹ AMARAL, op. cit.

²⁸² REVORIO. El control...Op. cit., p. 85.

²⁸³ URBANO, op. cit., p. 77.

²⁸⁴ CASTRO, op. cit., p. 70.

²⁸⁵ Aqui cabe registrar, com Carlos Blanco, que o mero interesse político social não é capaz de autorizar a limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sendo necessário, para tanto, que haja ponderação de bens, princípios ou valores constitucionalmente protegidos, de modo que a escolha de um não deve implicar o

normativos ou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, constituindo-se uma terceira categoria situada entre a declaração de inconstitucionalidade e a declaração de constitucionalidade, com aptidão para, de forma direta ou indireta, produzir efeitos transformadores sobre a norma questionada em sede de controle de constitucionalidade.

3.5 Tipologia das sentenças intermediárias ou manipulativas em sentido amplo

Como visto, o denominador comum que caracteriza as sentenças intermediárias ou manipulativas em sentido amplo é a modulação de sentidos e efeitos normativos. Este denominador comum caracteriza os vários subtipos e “abrange as sentenças restritivas de efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, as sentenças interpretativas condicionais e, ainda, as decisões de efeitos aditivos”²⁸⁶, que aqui denominaremos de manipulativas em sentido estrito.

Para Blanco, as sentenças intermédias se dividem em: a) manipulativa simples (restringe ou difere o âmbito temporal ou circunstancial dos efeitos sancionatórios de uma decisão de acolhimento); b) manipulativa interpretativa (que, a partir de operação interpretativa, gera dois tipos de decisão, sendo uma primeira de rejeição, por meio de interpretação conforme, outra de acolhimento, que é a declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa); c) manipulativa de perfil aditivo (dentro das quais se enquadram as sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos; sentenças aditivas em sentido estrito; sentenças aditivas de princípio (em sentido amplo); e sentenças substitutivas²⁸⁷; e d) decisões intermédias de componente apelativa (julgamento de inconstitucionalidade sem sanção de nulidade e decisões de constitucionalidade provisória)²⁸⁸.

Canotilho também enumera as sentenças intermédias como sendo: a) simples declaração de incompatibilidade da norma com a constituição sem as consequências jurídicas de nulidade; b) declaração de “norma ainda constitucional, mas em trânsito para a inconstitucionalidade”; c) dissociação temporal entre a declaração de inconstitucionalidade e

completo sacrifício outro, dentro de uma lógica de “*razoabilidade, possibilidade e probabilidade*” e preservação do conteúdo essencial de cada um. Nesse sentido: MORAIS. *Justiça Constitucional...* Op. cit., p. 292

²⁸⁶ MORAIS. *Justiça Constitucional...* Op. cit., p. 240-241.

²⁸⁷ MORAIS. *Justiça Constitucional...* Op. cit., p. 262.

²⁸⁸ MORAIS. *Justiça Constitucional...* Op. cit., p. 252.

a sua publicação; d) declaração de inconstitucionalidade com efeito acumulativo (aditivo) ou substitutivo²⁸⁹.

Na mesma linha, são tipos de sentenças intermédias: sentenças interpretativas; sentenças de mera incompatibilidade; sentenças apelativas; sentenças que modulam efeitos temporais; e sentenças manipulativas, que se dividem em aditivas e substitutivas²⁹⁰.

Revorio, por sua vez, divide as sentenças intermédias em dois grupos: a) remédios unilaterais, os quais pressupõe uma reparação imediata pelo Tribunal Constitucional. Aqui estariam as sentenças interpretativas e, dentro destas, segundo o doutrinador espanhol, as manipulativas, especialmente as aditivas; b) remédios bilaterais, os quais pressupõem a necessidade de colaboração do Tribunal Constitucional e do legislador (além de tribunais ordinários em algumas situações). Neste segundo grupo estariam a declaração de mera incompatibilidade ou inconstitucionalidade sem nulidade; as sentenças de apelação; as que declaram que a lei, todavia, não é inconstitucional; as que atrasam os efeitos da sentença no tempo até a intervenção do legislador; e também as sentenças aditivas de princípio ou sentenças de delegação²⁹¹.

Romboli, com base na tipologia das sentenças no ordenamento italiano, destaca as sentenças interpretativas de acolhimento, colocando as sentenças manipulativas aditivas e substitutivas dentro destas, bem como discorre sobre as novas sentenças utilizadas pela Corte Italiana, como importação do modelo alemão, como sendo declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, sentenças aditivas de princípio e sentenças de delegação ao parlamento²⁹². Também em análise das decisões da Corte Italiana, Gustavo Zagrebelsky trata das sentenças interpretativas de acolhimento e de rejeição, das sentenças aditivas e substitutivas e da modulação de efeitos²⁹³.

Neste trabalho, será adotada como referência a classificação proposta por Carlos Blanco, por ser a mais completa, com a pequena distinção de que as sentenças manipulativas em sentido amplo, sinônimas das sentenças intermediárias, englobam os diversos tipos de decisões que, de algum modo, modelam efeitos e conteúdo, enquanto que as sentenças

²⁸⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 1018-1020.

²⁹⁰ CASTRO, op. cit. p., 70.

²⁹¹ REVORIO. El Control... Ob. cit., p. 86.

²⁹² ROMBOLI, op. cit., p. 64-76.

²⁹³ ZAGREBELSKY, op. cit., p. 145-190.

manipulativas em sentido estrito, por terem uma componente reconstrutiva, restringem-se às sentenças aditivas e substitutivas, conforme se convencionou na doutrina italiana²⁹⁴.

3.5.1 Sentenças Interpretativas

Nas lições de Gustavo Zagrebelsky, para entender as sentenças interpretativas, em primeiro lugar, é necessário identificar que a fórmula da lei possui duas realidades distintas. Por um lado, é disposição legislativa, consistente na fórmula linguística textual. Por outro, a norma constitui o resultado da interpretação. Com efeito, de uma única disposição podem derivar diversas normas, cuja característica comum é a separação entre o texto normativo e a norma. Assim, a eliminação de uma norma não implica necessariamente a da disposição²⁹⁵. Bem por isso, Rui Medeiros destaca que “A primazia da Constituição tem, como hoje é pacificamente reconhecido, um duplo significado: é regra de colisão e vale como critério de interpretação ou como instrumento hermenêutico”²⁹⁶.

Não se ignora que todas as sentenças são inegavelmente interpretativas, por implicarem sempre operações hermenêuticas dos preceitos indicados como objeto de controle ou do próprio parâmetro de controle²⁹⁷. Com efeito, em sentido amplo, todas as sentenças são, em tese, interpretativas, na medida em que resulta imprescindível que a jurisdição constitucional realize uma operação hermenêutica, tanto do preceito impugnado como da Lei Fundamental que opera como parâmetro do juízo. Entretanto, o conceito de sentenças interpretativas que aqui em análise vai mais além, pois envolve decisões nas quais o juízo de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de determinada norma está condicionado à adoção ou à exclusão de uma determinada interpretação²⁹⁸.

Por isso, para entender as sentenças interpretativas, primeiramente, é preciso partir da premissa de que a disposição legislativa ou enunciado do texto não se confunde com norma,

²⁹⁴ ROMBOLI, op. cit., p. 64 e ss. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 156 e ss. CRISAFULLI, op. cit., p. 402 e ss.

²⁹⁵ ZAGREBELSKY, op. cit., p. 147-148.

²⁹⁶ MEDEIROS, op. cit., p. 289.

²⁹⁷ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 322.

²⁹⁸ CASTRO, op. cit., p. 71.

que é o resultado da interpretação. Assim, a eliminação de uma norma não implica necessariamente a da disposição²⁹⁹.

Como dito, em termos conceituais, as sentenças interpretativas são decisões, seja no sentido de constitucionalidade, seja no da inconstitucionalidade, que se encontram condicionadas à adoção ou à exclusão de uma determinada interpretação, incidindo o juízo de inconstitucionalidade não sobre um preceito, mas sobre um segmento ideal nele contido, com o fim de depurar os sentidos inconstitucionais, provendo-se à manutenção do preceito na ordem jurídica³⁰⁰.

Por consequência, as sentenças interpretativas são aquelas que emitem um pronunciamento não sobre o enunciado da lei, mas sobre uma norma que se pode deduzir mediante emprego dos métodos habituais (às vezes não habituais) de interpretação. A principal característica desta sentença, conforme Llorente é que o emprego da técnica rompe a conexão inconstitucionalidade e nulidade, pois é possível declarar que uma lei não é contrária à Constituição, após se verificar a existência de outras interpretações com ela incompatíveis³⁰¹.

Carlos Blanco qualifica as sentenças interpretativas como sendo condicionais, isto é, a decisão de compatibilidade ou não com a Constituição “se encontra condicionada a adoção ou a exclusão de uma determinada interpretação”³⁰². Assim, as sentenças interpretativas condicionais são subjacentes a uma “dualidade virtual de juízos sobre a questão constitucional”, diante de uma a disposição normativa que admite uma “pluralidade de sentidos normativos com caráter alternativo”, decifráveis pela via interpretativa³⁰³.

Em Portugal, a doutrina majoritária e a jurisprudência entendem que somente a declaração de inconstitucionalidade da norma possui força obrigatória geral, com efeito vinculante³⁰⁴. Isto porque, segundo Canotilho, a Constituição portuguesa³⁰⁵ prevê

²⁹⁹ Nesse sentido: ZAGREBELSKY, op. cit., p. 147-148. CALLEJÓN, op. cit., p. 111-112.

³⁰⁰ CASTRO, op. cit., p. 71.

³⁰¹ LLORENTE, ob. cit., p. 30 e ss.

³⁰² MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 323. A natureza intermediária das sentenças interpretativas reside na “transformação do significado de uma disposição normativa decorrente do sentido interpretativo” conferido pelo Tribunal Constitucional, para efeito de julgar inconstitucional ou não. Porém, segundo Carlos Blanco, em Portugal, esta natureza está mais ligada as decisões interpretativas de acolhimento, que, por se tratar de um juízo de inconstitucionalidade, produzem efeitos *erga omnes*”.

³⁰³ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 323.

³⁰⁴ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 347-349.

³⁰⁵ PORUGAL. Art. 282, n.ºs. 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa.

expressamente os efeitos das sentenças de acolhimento, mas não há preceito sobre as decisões de rejeição³⁰⁶.

Na Itália, cuja Constituição igualmente disciplina apenas os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, a controvérsia sobre direito vivente e da guerra das Cortes levaram o Tribunal Constitucional a proferir decisões de dupla pronúncia, com certo abandono de sentenças interpretativas de rejeição e a firmar entendimento, semelhante a Portugal, no sentido de que as decisões interpretativas de rejeição somente vinculam o juiz *a quo*, não possuindo força obrigatória geral³⁰⁷.

No Brasil, porém, em razão de previsão expressa na Constituição Federal e na Lei n. 9.868/99, além da existência de uma ação direta de constitucionalidade, há o debate sobre os inegáveis efeitos expansivos dos motivos determinantes,³⁰⁸ algo similar ao que ocorre na Espanha e na Alemanha³⁰⁹. De fato, diante dos efeitos vinculantes da decisão de constitucionalidade, é possível considerar a existência sentença interpretativa de rejeição com efeitos aditivos no nosso ordenamento jurídico³¹⁰.

Dito isto, cabe, com Carlos Blanco, classificar as sentenças interpretativas em dois tipos de decisões: a) interpretação conforme à Constituição; b) inconstitucionalidade parcial qualitativa (sem redução de texto)³¹¹.

É preciso se ter em mente que estas duas variantes das sentenças interpretativas constituem faces da mesma moeda. Como ponto em comum, em ambos os casos as operações interpretativas, próprias do controle de constitucionalidade, pressupõem a não aplicação de um sentido inconstitucional de uma norma. A distinção reside no fato de que a interpretação conforme equivale, a título principal, a um pronunciamento de rejeição (compatibilidade com a Constituição), enquanto que a inconstitucionalidade parcial qualitativa constitui uma decisão

³⁰⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 1022-1024. Sobre a o surgimento das sentenças manipulativas na Itália, ver: CAMPOS, op. cit., p. 404-414.

³⁰⁷ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 345. No mesmo sentido: LLORENTE, op. cit., p. 31.

³⁰⁸ Nesse sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 135-136. Cabe constar que no julgamento da RCL 4.335, a maioria dos Ministros do STF recusou a tese de abstrativização do controle difuso.

³⁰⁹ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 344; MENDES. Jurisdição... Op. cit., ob. cit. p. 307-310. LLORENTE, op. cit., p. 31. No mesmo sentido, REVORIO. El control... Op. cit. p. 96.

³¹⁰ Cf. MEDEIROS, op. cit., p. 490. Basta pensar nos efeitos aditivos decorrentes das decisões que reconheceram a união homoafetiva. Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011; e ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011.

³¹¹ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 324.

de inconstitucionalidade (declara a inconstitucionalidade da norma, se interpretada em determinado sentido)³¹².

Além disso, a interpretação conforme a Constituição e a inconstitucionalidade parcial qualitativa apresentam outros atributos comuns: a) são, em regra, decisões condicionais, pois a declaração ou não de inconstitucionalidade da norma depende de operações interpretativas; b) tem por objeto enunciados normativos “divisíveis”, que comportam uma pluralidade de significados; c) separam o enunciado da norma, uma vez que enquanto o texto se mantém incólume, o juízo de inconstitucionalidade incide sobre normas configuradas interpretativamente em sentido ideal, a partir do referido enunciado; d) determinam, direta ou indiretamente, quais as interpretações válidas e inválidas de um determinado preceito³¹³.

O terceiro tipo denominada de decisão interpretativa mista, consistente na junção das duas espécies de decisões interpretativas, não é aceita pela doutrina, carecendo de autonomia, por inviabilizar a atividade hermenêutica da jurisdição ordinária³¹⁴. Este terceiro tipo, não admitido pela doutrina majoritária, levou a jurisprudência do STF, em suas primeiras decisões interpretativas, a confundir a interpretação conforme à Constituição com a declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa, com base no art. 28 da Lei 9.868/99³¹⁵. Recentemente, contudo, o STF reconheceu a autonomia de cada uma delas³¹⁶.

3.5.1.1 Sentença interpretativa de rejeição: interpretação conforme à Constituição

Como assinalado, as sentenças interpretativas podem dar ensejo a dois tipos de decisões: uma de compatibilidade normativa, que se traduz em interpretação conforme à Constituição; a outra, de incompatibilidade normativa, que se traduz em uma declaração de inconstitucionalidade qualitativa (sem redução de texto).

³¹² MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 324.

³¹³ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 324-325.

³¹⁴ Nesse sentido: CASTRO, op. cit., p. 83; MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 325. REVÓRIO. El Control... Op. cit., p. 98-103. Em sentido contrário, admitindo três tipos de decisões interpretativas: CANAS, op. cit., p. 85-86 e 183 e ss.

³¹⁵ Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 524-526. Ver também: MENDES, Gilmar Ferreira. In: MARTINS, Ivo Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 348.

³¹⁶ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 325.

No presente caso, a sentença interpretativa de rejeição (improcedência) constitui decisão por meio da qual a jurisdição constitucional declara que a lei não é contrária à constituição, depois de ter descartado outras interpretações inconstitucionais da lei³¹⁷. Em verdade, a decisão de constitucionalidade está condicionada a certa e determinada interpretação³¹⁸.

Há países nos quais estas sentenças carecem de força obrigatória geral e de efeitos vinculantes, pelo fato de suas Constituições não disciplinarem de modo expresso os efeitos de uma decisão que rejeita o pedido de inconstitucionalidade³¹⁹. As críticas apontadas pela doutrina sobre os efeitos vinculantes de uma decisão de rejeição são no sentido de que conferir força obrigatória a um argumento interpretativo seria atribuir à Corte Constitucional o poder de legislador constitucional, já que transformaria uma lei em superlei, tendo em conta que em Portugal a decisão da Corte Constitucional também vincula o legislador³²⁰, bem como prejudicaria os jurisdicionados, que ficariam impedidos de questionar uma decisão errônea do Tribunal Constitucional. De toda forma, mesmo sem força vinculante, a decisão teria duas funções importantes de precedente argumentativo e força persuasiva³²¹.

Em regra, no modelo europeu de controle de constitucionalidade, enquanto a anulação da lei não se produz, o juiz ordinário segue sujeito somente à lei, que interpreta com liberdade. Esta liberdade somente é diminuída quando a Corte Constitucional profere decisão de anulação/nulidade, ou seja, faz juízo de inconstitucionalidade. Talvez pela lógica

³¹⁷ LLORRENTE, op. cit., p. 30.

³¹⁸ MORAIS. Justiça Constitucional...p. cit., p. 365. CASTRO, op. cit., p. 82-85. REVORIO. El Control...op. cit., p. 99-103. ROMBOLI, op. cit., p. 64 e ss. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 186 e ss. CRISAFULLI, op. cit., p. 396-401.

³¹⁹ LLORENTE, op. cit., p. 31. Segundo Llorente, a razão pela qual não se atribuiu a eficácia *erga omnes* para decisões de constitucionalidade tem a ver com a lógica de legislador negativo de Kelsen, na medida em que essa força geral da decisão só existiria na hipótese de "anulação" da lei, no exercício pelo Tribunal Constitucional da função de legislador negativo. Com efeito, a eficácia *erga omnes* é atribuída tradicionalmente e exclusivamente às sentenças anulatórias. Além disso, a *ratio decidendi* operaria, por exigência lógica, frente ao legislador³¹⁹, com proibição de aprovar uma lei idêntica somente quando tiver sido anulada, já que as sentenças de constitucionalidade não possuem eficácia vinculante. Em Portugal e Itália não se aceita uma decisão de constitucionalidade com efeitos *erga omnes*, diferente do que ocorre na Alemanha e no Brasil, de modo que a decisão de rejeição não vincula, a não ser a vinculação juiz *a quo* no controle concreto. Ademais, não há vinculação dos motivos determinantes, não havendo coisa julgada material neste tipo de decisão.

³²⁰ Sobre a vinculação do legislador, CANOTILHO, op. cit., p. 1010. Para Canotilho, "A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral significa a vinculação do próprio legislador à decisão do TC: ele não pode reeditar normas julgadas inconstitucionais pelo TC. Também lhe está vedado vir neutralizar ou contrariar a declaração de inconstitucionalidade (ou de legalidade) através da convalidação retroactiva, por acto legislativo...O legislador não pode constitucionalizar, através de lei, o que é inconstitucional e como tal foi declarado pelo TC" (ob. cit. p. 1010-1011). Nossa crítica é no sentido de que esta decisão não impediria o legislador de revogar, reformar ou complementar a lei.

³²¹ MORAIS. Justiça Constitucional.... Op. cit., p. 344-350.

Kelseniana de legislador negativo, com exceção da Alemanha e da Espanha³²², a *ratio decidendi* não possui efeitos vinculantes. Contudo, alerta Llorente que a eficácia persuasiva das decisões e fundamentos, fez com que as Cortes de Cassação seguissem decisões das Cortes Constitucionais, a exemplo da Alemanha e da Espanha. Esta prática na Alemanha levou o Tribunal Constitucional Federal a atribuir força vinculante também aos motivos constantes na sentença³²³, e algo semelhante na Espanha.

De toda sorte, a sentença interpretativa de rejeição se traduz por meio de uma interpretação conforme à Constituição. Por isso, antes de tudo, para entender a natureza desta decisão, é preciso distinguir três sentidos do que seja uma interpretação conforme ao ordenamento constitucional. Primeiro, em sentido aberto e abrangente, consiste em atividade feita não somente pelo Poder Judiciário, como também, em momento prévio a este, por todas as forças pluralistas públicas³²⁴. Segundo, em sentido amplo, trata-se da interpretação efetivada por todos os órgãos do Poder Judiciário, atores limitados a cabo da tarefa hermenêutica dos tribunais, atendendo às competências constitucionalmente consagradas³²⁵. Fundamentalmente, em sentido amplo, a interpretação conforme constitui um princípio que busca assegurar a constitucionalidade da interpretação³²⁶, ou seja, “interpretação *secundum constitutionem*”³²⁷. Terceiro, a interpretação conforme em sentido estrito se insere no processo de controle de constitucionalidade, como método à disposição da jurisdição constitucional³²⁸ para fiscalização das normas, que é o que interessa neste trabalho.

³²² MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 365. REVORIO. El Control... op. cit., p. 99-103.

³²³ LLORENTE, op. cit., p. 32-33.

³²⁴ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002, p. 19-23.

³²⁵ QUEIROZ, Cristina M. M. O princípio da interpretação conforme à Constituição. Questões e perspectivas. In RFDUP, Ano VII, 2010, p. 315. No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 6ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 174.

³²⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 1226.

³²⁷ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 326. Ver MEDEIROS, op. cit., p. 290. Neste ponto, segundo Rui Medeiros, “a interpretação conforme à Constituição em sentido amplo também não significa apenas que entre duas interpretações possíveis da mesma norma se há de necessariamente optar por aquela que a torna compatível com a Constituição”. Com efeito, “O recurso à interpretação conforme à Constituição também se justifica nos casos em que nenhuma das interpretações possíveis da lei conduz à sua inconstitucionalidade”. Não por acaso, fala-se em interpretação orientada para a Constituição. “O apelo à Constituição serve aqui para escolher aquela interpretação que melhor corresponde às decisões do legislador constitucional e traduz-se num argumento sistemático referido à totalidade do sistema jurídico, ou à própria unidade da ordem jurídica, através de uma certa combinação da intencionalidade normativa daqueles dois níveis, adquirindo assim o sentido geral e típico de uma combinação de fontes, providas de diversos níveis da ordem jurídica, para uma função interpretativa unitária e sistematicamente integrante.” (p. 290).

³²⁸ “A jurisdição constitucional consiste na entrega ao Poder Judiciário da missão de solucionar conflitos de interesses qualificados por regras constitucionais, seja num *processo concreto de partes*, segundo método difuso,

Por fim, há ainda quem defenda que, mais do que um princípio especial conexo com a fiscalização da constitucionalidade das normas, a interpretação conforme constitui um princípio básico de aplicação da lei em geral³²⁹, o que não exclui, todavia, a sua análise na perspectiva estrita do controle de constitucionalidade.

a) Autonomia da interpretação conforme à Constituição

A interpretação conforme à Constituição, como técnica decisória no processo de controle de constitucionalidade, tem relevância e autonomia como espécie de decisão interpretativa, diante de vários elementos interpretativos que não permitem um sentido unívoco dentre vários significados da norma denominada de plurissignificativa³³⁰. Há, contudo, quem defenda que a interpretação conforme à Constituição se equipara a uma declaração de nulidade sem redução de texto³³¹, entendimento este com o qual não coadunamos. E mesmo aqueles que reconhecem a autonomia da interpretação conforme à Constituição como mecanismo de controle de constitucionalidade, e não somente como mero preceito hermenêutico, fazem confusão conceitual decorrente das sentenças interpretativas que, inevitavelmente, englobam juízos interpretativos sobre a inconstitucionalidade ou não de determinada interpretação³³².

seja num *processo objetivo*, de acordo com o método concentrado”. SILVA, José Afonso da. Teoria do Conhecimento Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 877.

³²⁹ Nesse sentido, MEDEIROS, op. cit., p. 289-290. É interessante registrar que para Rui Medeiros, o significado da Constituição, como instrumento hermenêutico, não se esgota na ideia de interpretação em sentido estrito das leis em conformidade com a constituição, mas na necessidade de ter em consideração as normas constitucionais na própria aplicação da lei ao caso concreto (conceitos indeterminados, cláusulas gerais). Em sentido amplo, a interpretação conforme à Constituição pode operar também no nível do desenvolvimento autônomo do direito. No que toca à analogia, esta se funda no conceito axiológico-normativamente do princípio da igualdade, constituindo um instrumento de realização da igualdade perante a lei.

³³⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 1226.

³³¹ MENDES. Jurisdição Constitucional...Op. cit., p. 293-295. Neste entendimento, na interpretação conforme à Constituição deveria ser considerada não a preservação da norma, mas o caráter cassatório da decisão, de modo que as decisões teriam resultados equivalentes. O argumento central dessa posição para a análise dos efeitos vinculantes é que a adstrição dos efeitos da coisa julgada apenas aos princípios da ‘decisão de rejeição’ representa um reconhecimento de que a interpretação conforme à Constituição não cumpre seus objetivos, “uma vez que não impediria a aplicação da norma segundo a interpretação censurada”. De outro lado, se objeto da decisão que faz coisa julgada é restrito à constatação de que a norma, em certa interpretação, é constitucional, eventual referência aos fundamentos da decisão na parte dispositiva seria mera advertência com vistas a evitar possível aplicação inconstitucional da lei.

³³² BARROSO, op. cit., p. 189. Segundo Luís Roberto Barroso, a interpretação conforme à Constituição “não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal”. A crítica que se faz é justamente que este conceito é

Esta confusão decorre do fato de que, embora a interpretação conforme se convole em um juízo de constitucionalidade, paralelamente, há no conteúdo da sentença um juízo oculto de inconstitucionalidade, relativo a interpretações proibidas, explícita ou implicitamente, que constam na motivação da decisão. Apesar de estar na sombra da decisão de compatibilidade, estes juízos interpretativos de inconstitucionalidade podem produzir efeitos condicionantes ou orientadores³³³.

Nesse espeque, Zagrebelsky aponta que isto pode ser facilmente compreendido quando nos fundamentos das sentenças interpretativas de rejeição se visualizam duas afirmações: “che la norma *a* trata dal testo *x* è conforme alla costituzione; che la norma *b* trata dallo stesso testo, viceversa, le è contraria”³³⁴. A sentença de rejeição, que aqui se traduz em interpretação conforme, deixa a análise das interpretações inconstitucionais na sombra³³⁵, justamente porque o comando decisório se refere à interpretação compatível com a Constituição. Além disso, na Itália, como também em Portugal³³⁶, como os sentidos interpretativos inconstitucionais apenas constam da fundamentação, “non hanno efficacia vincolante *erga omnes*”³³⁷.

Na Itália, em função da Guerra de Cortes³³⁸, do braço de ferro da jurisdição ordinária e do conceito de direito vivente³³⁹, surgiu a necessidade por parte do Tribunal Constitucional italiano de uma segunda decisão sobre a mesma questão, denominada de “dupla pronúncia”³⁴⁰, de modo que, quando os juízes discordassem da interpretação conferida pela

o oposto do que se pretende com a interpretação conforme, que na verdade é espécie de decisão cuja disposição declara a constitucionalidade de determinada interpretação, constituindo-se uma decisão interpretativa de rejeição.

³³³ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 327-328.

³³⁴ ZAGREBELSKY, op. cit., p. 186.

³³⁵ ZABREBELSKY, op. cit., p. 186-187.

³³⁶ Nesse sentido: REVORIO. El Control...Op. cit., p. 100; e MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 327-328.

³³⁷ ZAGREBELSKY, op. cit., p. 187. Cabe lembrar que nestes dois países as Constituições tratam apenas dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, o que ensejou a consolidação do entendimento de que a decisão de não inconstitucionalidade não produz força geral obrigatória e nem efeitos vinculantes.

³³⁸ Nesse sentido: MENDES. Jurisdição Constitucional...Op. cit., p. 294; MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 344-345; REVORIO. El control...Op. cit., p. 101 e ss; ROMBOLI, op. cit. p. 64 e ss; ZABREBELSKY, op. cit., p. 187 e ss. Estas circunstâncias que embasaram a recusa da jurisdição ordinária em seguir decisões interpretativas impositivas da Corte Constitucional italiana, bem como questionaram a sua legitimidade.

³³⁹ O conceito de Direito vivente envolve o entendimento de que as interpretações feitas pelos juízes incorporam o sentido do texto normativo, como norma jurídica. Estas interpretações constituem, pois, sentidos normativos. Assim, quando o juiz não se atém à interpretação contida em uma decisão da Corte de improcedência, a Corte não procede mais uma interpretação distinta do juiz *a quo*, mas sim, considerada que esta interpretação se incorporou ao texto normativo, e, por consequência, declara este sentido inconstitucional. Nesse sentido: ROMBOLI, ob. cit. p. 64. Ver também: MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 345.

³⁴⁰ ZABREBELSKY, op. cit., p. 187.

Corte, às quais se entendesse não haver efeitos vinculantes, a Corte seria novamente provocada para se pronunciar sobre o tema, com a diferença de que esta segunda decisão não teria como objeto principal as interpretações constitucionais, mas sim uma declaração de interpretações inconstitucionais, constituindo-se típica declaração de nulidade sem redução de texto ou inconstitucionalidade parcial qualitativa³⁴¹.

Sobretudo, quanto à imposição de uma solução hermenêutica única, a Corte Constitucional profere sentença condicional pautada por efeitos persuasivos, na medida em que não julga a inconstitucionalidade da norma, mas apenas se ela for interpretada de uma determinada forma e não de outra ou outras³⁴². O Tribunal Constitucional faz interpretação conforme para dizer que a norma é válida se for interpretada em um sentido único, de modo que os demais são inconstitucionais. Porém, a decisão é de rejeição, ou seja, não se declara a invalidade de sentidos inconstitucionais que estão na fundamentação. A Corte deixa a advertência de que se for aplicada nesses sentidos, o Tribunal Constitucional fulminará o sentido normativo inconstitucional. Este é o processo de dupla pronúncia³⁴³.

Por tais razões, fica evidente que uma decisão interpretativa de acolhimento (declara a inconstitucionalidade de um sentido normativo) não pode ser equiparada a uma decisão interpretativa de rejeição (entende pela constitucionalidade de um ou de vários sentidos normativos). Por isso, a tese da identidade entre a decisão interpretativa e a anulação parcial qualitativa de uma lei não merece acolhimento. Mesmo quando a interpretação conforme tem vestes corretivas, não se legitima que este recurso seja utilizado como verdadeira decisão jurídica *contra legem* (embora *secundum ius*). A decisão interpretativa de rejeição não se traduz numa decisão de inconstitucionalidade (ainda que parcial), limitando-se a afastar os sentidos resultantes da adoção de um determinado processo de interpretação da lei³⁴⁴.

Nesse sentido, a interpretação conforme e a declaração de nulidade sem redução de texto são decisões distintas e autônomas. De um lado, na interpretação conforme vale, a título principal, o efeito de uma decisão de rejeição, cujo comando decisório é a declaração de

³⁴¹ ZAGREBELSKY, op. cit., p. 186-190.

³⁴² MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 245.

³⁴³ LLORENTE, op. cit., p. 33. É interessante também mencionar que, ao contrário da Itália, onde houve resistência da jurisdição ordinária e, em especial, da Corte de Cassação italiana, que esta eficácia persuasiva dos fundamentos fez com que as Cortes de Cassação seguissem as decisões das Cortes Constitucionais na Alemanha e na Espanha. Esta evolução prática levou à força vinculante dos motivos determinantes da sentença por parte dos Tribunais Constitucionais nestes dois países, embora sempre houvesse resistência teórica dessa atribuição vinculante às razões.

³⁴⁴ MEDEIROS, op. cit., p. 317-318.

constitucionalidade de um preceito. De outro, a inconstitucionalidade parcial qualitativa (sem redução de texto) constitui uma espécie de decisão de inconstitucionalidade, por meio da qual se declara a inconstitucionalidade da norma, se interpretada em determinado sentido³⁴⁵.

Portanto, quanto à sua natureza, em sentido estrito, a interpretação conforme além de configurar método de fiscalização de constitucionalidade das normas³⁴⁶, que se traduz em uma alternativa à declaração de inconstitucionalidade, fundamenta o conteúdo de uma sentença de rejeição que contém um juízo condicional de constitucionalidade em relação a uma disposição normativa³⁴⁷. Por isso, mais do que um instrumento de metodologia jurídica³⁴⁸, a interpretação conforme constitui espécie de decisão interpretativa de rejeição³⁴⁹.

b) Fundamentos

Reconhecida a autonomia, o segundo passo é analisar seus fundamentos. Nas lições de José Afonso da Silva, o princípio de que todas as leis e atos do Poder Público devem ser interpretados conforme a Constituição deriva do princípio da constitucionalidade³⁵⁰. Além disso, sua origem do princípio da interpretação conforme está atrelada ao processo de controle de constitucionalidade, a partir da regra de coerência do ordenamento jurídico que sustenta a ideia de que milita em favor das leis a presunção de que forma elaboradas na forma prevista na Constituição e de que seu conteúdo conforma com os regras e princípios constitucionais³⁵¹.

Para Gilmar Mendes, declaração de interpretações compatíveis com a Constituição decorre de sua flexibilidade que permite a renúncia ao formalismo jurídico em nome da ideia de justiça material e de segurança jurídica³⁵². Além disso, sua admissibilidade tem por fundamento o princípio da unidade da ordem jurídica, na presunção de constitucionalidade

³⁴⁵ MORAIS. *Justiça Constitucional*...Op. cit., p. 324.

³⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 530.

³⁴⁷ MORAIS. *Justiça Constitucional*...Op. cit., p. 324.

³⁴⁸ CASTRO, op. cit., p. 74-77.

³⁴⁹ Nesse sentido: MENDES. *Jurisdição Constitucional*... Op. cit., p. 295. No mesmo sentido: MORAIS. *Justiça Constitucional*...Op. cit., p.327; BARROSO, op. cit., p. 189.

³⁵⁰ Cf. SILVA, op. cit., p. 883. “Nosso sistema jurídico é informado pelo princípio da constitucionalidade, que exprime a ideia de que o Estado se funda na legitimidade de uma constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincula todos os Poderes e atos deles provenientes”.

³⁵¹ SILVA. *Teoria do Conhecimento Constitucional*...Op. cit., p. 883.

³⁵² MENDES. *Jurisdição Constitucional*...Op. cit., p. 287.

das leis, no princípio da conservação das normas e na supremacia do legislador em concretizar a constituição³⁵³. Luís Roberto Barroso defende que princípio da interpretação conforme à Constituição “se reconduz, mais primitivamente, à independência e harmonia de poderes³⁵⁴. Carlos Blanco de Moraes entende que a interpretação conforme à Constituição tem sua justificação embasada em um conjunto de princípios, tais como o critério da unidade da ordem jurídica, da segurança jurídica, da conservação dos atos normativos, da presunção de constitucionalidade das normas e da proporcionalidade³⁵⁵.

De fato, o princípio da unidade da ordem jurídica, corolário da unidade sistemática, repudia a subsistência de algum ou alguns sentidos normativos que afrontem a Constituição, de modo que cabe à Justiça Constitucional reduzir o espectro das soluções interpretativas possíveis, de forma a lateralizar por via direta ou indireta, os significados inconstitucionais. Além disso, por conta do efeito irradiante da Constituição³⁵⁶, a leitura de todas as normas do ordenamento jurídico deve ser feita à luz dos princípios e regras constitucionais, das normas preceptivas abertas e das normas programáticas da Constituição. Por isso que, em razão da supremacia e da força normativa da Constituição³⁵⁷, defende-se a correção interpretativa do conteúdo das normas, através do apelo à Constituição³⁵⁸.

No que tange à segurança jurídica, sem dúvida que, em razão do “horror ao vazio” normativo, decorrente de lacunas criadas pelos efeitos “*ex tunc*” das decisões de inconstitucionalidade, conjugado ao receio de repristinação de normas obsoletas, que os Tribunais Constitucionais da Europa procederam a uma interpretação destinada a manter a disposição normativa no ordenamento jurídico³⁵⁹. Todavia, é preciso ressaltar o perigo que a interpretação conforme à Constituição pode ensejar. A pretexto de preservar a segurança jurídica, manter uma disposição normativa com alteração radical do sentido da norma, com significado pouco verossímil e sem consenso na comunidade jurídica, constitui fator de incerteza do Direito. Por isso, não devem ser admitidas interpretações conforme *contra legem*, ou seja, contra o sentido expresso e inequívoco do texto. Este fenômeno disjuntivo entre os

³⁵³ MENDES, Jurisdição Constitucional...Op. cit., p. 289.

³⁵⁴ BARROSO, op. cit., p. 192.

³⁵⁵ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 328.

³⁵⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 1226.

³⁵⁷ HESSE, Konrad. Temas de Direito Constitucional. A Força Normativa da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁵⁸ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 329-330.

³⁵⁹ REVORIO. El Control de Constitucionalidad...Op. cit., p. 82-122.

enunciados legais e os conteúdos normativos representam violações à segurança jurídica e ao princípio da separação de poderes³⁶⁰.

Quanto ao princípio da conservação dos atos normativos, o máximo aproveitamento dos atos jurídicos tem em conta uma lógica de economia processual, no sentido de manter disposições em vigor sempre que seja possível preservá-las por via interpretativa, de modo a evitar a instabilidade de regimes jurídicos e, assim, evitar a ocorrência de lacunas não preenchidas tempestivamente pelo legislador. Além disso, evita a afetação de relações jurídicas que, embora inválidas, se encontram estabilizadas³⁶¹.

Por sua vez, o princípio da presunção de constitucionalidade das normas, originário do constitucionalismo americano, pressupõe o respeito da vontade do legislador democrático pela jurisdição constitucional. Assim, em caso de dúvida sobre a validade de uma norma, deve-se presumir que o legislador democrático pretendeu uma solução concordante com a Lei Fundamental³⁶². Mas aqui não se pode deixar de mencionar que há posicionamento crítico em relação ao princípio de presunção de constitucionalidade, pois, em verdade, seria uma tese que muito próxima ao originalismo norte americano³⁶³, já que seria o mesmo que afirmar que os tribunais devem interpretar a lei de acordo com a intenção do legislador³⁶⁴. Com efeito, a lei não é tida como válida porque sua constitucionalidade foi examinada por comissões técnicas do Parlamento ou porque se deva presumir que o legislador sempre busca agir de acordo com a Constituição, mas sim porque a lei, enquanto não declarada inconstitucional, é lei para todos os efeitos. “A lei, enquanto não declarada inoperante, não se presume válida: ela é válida, eficaz e obrigatória”³⁶⁵.

³⁶⁰ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 330-331. Nas palavras de Carlos Blanco: “Será, pois, preferível, uma sentença de acolhimento simples que elimine do ordenamento jurídico a disposição e a norma e crie, eventualmente, uma lacuna temporária (recorrendo-se, eventualmente à postergação da publicação do aresto para matizar os efeitos do vazio jurídico), do que fazer subsistir por via interpretativa uma disposição com um sentido “contra legem” e “contra legislatorem”.

³⁶¹ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 331-332.

³⁶² MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 333.

³⁶³ Cf. SILVA. Teoria do Conhecimento Constitucional...Op. cit., p. 871-879. Sobre originalismo, ver: ESTEVES, João Lemes. O originalismo e as mutações informais: notas sinópticas. In Mutações Constitucionais. Coord. Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Blanco de Moraes. São Paulo: Saraiva, 2016 (Série IDP: Linha direito comparado), p. 257-262. ELY, Jonh Hart. Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 3-14. Neste mesmo sentido: CANOTILHO, op. cit., p. 1195.

³⁶⁴ Cf. BITTENCOURT, Lúcio. O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 73. No mesmo sentido: SILVA. Teoria do Conhecimento Constitucional...Op. cit., p. 880.

³⁶⁵ BITTENCOURT, op. cit., p. 96.

Deverás, há uma certa dificuldade da presunção de constitucionalidade de justificar o controle de constitucionalidade em relação a normas pré-constitucionais, pois não explica o fundamento aplicativo da interpretação conforme com a Constituição quando se tem por objeto normas de direito ordinário anterior à presente ordem constitucional³⁶⁶. Por isso, há quem defenda que este princípio teria sido substituído pelo princípio da conservação das normas, que, por sua vez, também seria suficiente para, por si só, justificar a interpretação conforme³⁶⁷.

Somando-se a isso, embora seja entendimento minoritário, há também quem defenda que exista, de outro lado, uma presunção de inconstitucionalidade de leis que limitem direitos fundamentais. Isto porque os direitos fundamentais são regidos pelo princípio da máxima efetividade³⁶⁸, de modo que sua força expansiva prevaleceria sobre a presunção de constitucionalidade de lei limitativa³⁶⁹. Por consequência desta preponderância da máxima efetividade, o que haveria seria a presunção de inconstitucionalidade como técnica a ser utilizada pelos Tribunais Constitucionais no sentido de proteger direitos fundamentais, através da inversão do ônus da prova, cabendo ao elaborador da norma demonstrar a inequívoca constitucionalidade e a imprescindibilidade da limitação³⁷⁰.

Por fim, é inegável que o princípio da proporcionalidade deve fundamentar a prolação de interpretação conforme a Constituição, na medida em que a decisão interpretativa de rejeição exige uma ponderação de bens e valores constitucionais. Exige-se, pois, uma justificação importante, pois o sistema repudia sanções de intensidade repressiva com caráter desnecessário ou exorbitante. Isto é dizer, a declaração de nulidade, inerente a uma decisão de inconstitucionalidade, pode se apresentar excessiva quando os efeitos “*ex tunc*” importarem danos mais graves à Constituição e seus princípios estruturantes do que a norma julgada inconstitucional ou quando o efeito da inconstitucionalidade puder ser obtido por outro meio

³⁶⁶ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 333. No mesmo sentido: MEDEIROS, op. cit., p. 440.

³⁶⁷ CASTRO, op. cit., p. 76

³⁶⁸ Sobre o conceito de máxima efetividade, ver: CANOTILHO, op. cit., p. 1224 e ss.

³⁶⁹ Nesse sentido: GARCÍA, Enrique Alonso. La Interpretación de la Constitución. Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 367 apud SILVA, op. cit., p. 882.

³⁷⁰ MEDEIROS, op. cit. p. 290. Não por acaso se defende a chamada interpretação orientada para a Constituição, no sentido de que a interpretação conforme não serve exclusivamente para expurgar sentidos da norma inconstitucional de determinado preceito, mas também para determinar, dentre várias interpretações conformes à Constituição, aquela que melhor corresponda com a Constituição. O curioso é que foi justamente a tese da interpretação orientada para a Constituição que gerou a “Guerra de Cortes” na Itália.

menos gravoso, através de técnicas que não geram lacunas ou prejuízos para os cidadãos e para os poderes públicos³⁷¹.

Por isso, é possível afirmar, com Rui Medeiros, que o respeito pelo legislador, ínsito no princípio da separação de poderes, e a segurança jurídica não consentem decisões de inconstitucionalidade excessivas. Na dúvida, não se deve declarar a inconstitucionalidade da lei, seja total ou parcial. Portanto, não há dúvidas de que em sede de interpretação conforme à Constituição deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade³⁷².

c) Requisitos, limites e funções

O princípio da interpretação conforme à Constituição exige que uma lei não deve ser declarada nula quando possa ser interpretada em consonância com a Constituição³⁷³. Segundo Hesse, essa consonância somente tem lugar quando “um conteúdo ambíguo ou indeterminado da lei se torna preciso graças ao conteúdo da Constituição”³⁷⁴. Além disso, a interpretação conforme não é possível contra “texto e sentido” ou contra “finalidade legislativa”, sendo que esta não se reduz à vontade subjetiva do legislador, mas sim trata-se de “tentativa de manter ao máximo o que ele pretendeu”³⁷⁵.

Assim, é preferível que uma sentença elimine do ordenamento jurídico a disposição e a norma e, em razão disso, crie uma lacuna temporária, a “fazer subsistir por via interpretativa uma disposição com um sentido ‘*contra legem*’ e ‘*contra legislatorem*’”³⁷⁶. Nesse sentido, a interpretação conforme deve coincidir em parte com a “observância da ordem objetiva de valores” e tem suas raízes fincadas no princípio da unidade do ordenamento jurídico. Ademais, a primazia do legislador na concretização da constituição constitui um limite jurídico-funcional, que a vontade e a conduta do legislador democrático goza de presunção de constitucionalidade. Assim, o legislador deve ser a primeira linha de conformação jurídica das relações sociais, sendo vedado ao Tribunal Constitucional discutir esta primazia, sob pena de

³⁷¹ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 334.

³⁷² MEDEIROS, op. cit., p. 440.

³⁷³ HESSE, Konrad. A Interpretação Constitucional. Tradução: Inocêncio Mártires Coelho. In Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 118.

³⁷⁴ HESSE. A Interpretação Constitucional... Op. cit., p. 119.

³⁷⁵ HESSE. A Interpretação Constitucional... Op. cit., p. 119.

³⁷⁶ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 330-331.

deslocamento das funções constitucionais. Com efeito, esta primazia pode restar anulada quando o Tribunal Constitucional confere, através da interpretação conforme, um conteúdo totalmente distinto do fora atribuído originalmente, em típica interferência das funções do legislador, pois, neste caso, é o próprio Tribunal que conforma positivamente o direito, enquanto que na declaração de nulidade a nova conformação continua com o legislador³⁷⁷.

Por isso, diante destes limites jurídico-funcionais, quatro requisitos mínimos são apresentados para que a interpretação conforme à Constituição se produza validamente, sem violação do princípio da separação de poderes. Em primeiro lugar, o enunciado a ser interpretado deve ter um caráter plurissignificativo, materialmente divisível em dois ou mais sentidos com caráter alternativo³⁷⁸. Em segundo lugar, sem prejuízo do entendimento de que a operação hermenêutica enseja uma alta taxa de criatividade normativa³⁷⁹, é preciso respeitar minimamente a letra da lei, de modo que desta operação não resulte uma interpretação “*contra legem*”, sob pena de usurpação das funções legislativas. A interpretação conforme à Constituição não pode se reduzir “a um pretexto canonizado para o Tribunal Constitucional poder distorcer o texto, ou retorcer o espírito da lei, de forma a fazer com que a disposição impugnada diga aquilo que não diz”³⁸⁰. Em terceiro lugar, é preciso preservar a vontade objetiva do legislador e o espírito da norma. Sem dúvida, as sentenças interpretativas são aquelas que mais relativizam a vontade subjetiva do legislador³⁸¹ e, por vezes, também a vontade objetiva. Em verdade, ao afastarem um sentido inconstitucional do preceito, a jurisdição constitucional acaba por determinar, de algum modo, o seu conteúdo³⁸². O intérprete não pode ir tão longe que possa perder de vista, em termos essenciais, o fim

³⁷⁷ HESSE. A Interpretação Constitucional... p. 119-120.

³⁷⁸ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 335.

³⁷⁹ LLÓRENTE, op. cit., p. 39.

³⁸⁰ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 336.

³⁸¹ ver: MEDEIROS, op. cit., p. 311-312. Para Rui Medeiros, a polémica disputa acerca da vontade do legislador, teoria subjetiva ou objetiva, perdeu sua rigidez inicial, já que atualmente tem se adotado um predomínio de teorias mistas, gradualistas. De todo modo, tanto em uma posição subjetivista, eclética ou objetiva moderada, aquilo que o legislador quis claramente e como querido o declarou deve ser tomado como conteúdo da sua regulamentação. Ver também: MENDES. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 229-236.

³⁸² MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 336. Ao citar Lenio Streck (livro de hermenêutica, p. 312), Blanco diz não adotar posição minoritária no sentido de que, nem a letra da lei, nem a vontade do legislador, valeriam decisivamente em face da vontade criadora e atualista do intérprete jurisdicional, diz ele que a interpretação conforme, para deixar incólume o enunciado do texto, relativiza ou sacrifica parcialmente o fim que o legislador procurou emprestar à disposição impugnada.

contemplado pelo autor da norma. Por isso diz que é “inadmissível que o Tribunal Constitucional subverta de forma clara e inequívoca, a vontade presumida do legislador”³⁸³.

Por fim, a interpretação conforme se justifica por razões de necessidade prática. Diante da dúvida decorrente da pluralidade de significados, deve a jurisdição constitucional optar por realizar uma operação interpretativa conforme com a Constituição e evitar o recurso a uma decisão de inconstitucionalidade. Para tanto, o Tribunal constitucional deve analisar a necessidade prática, com escopo de avaliar previamente a praticidade de uma sentença interpretativa de rejeição, pelas exigências de proporcionalidade, imperativo de conservação de atos, para justificá-la³⁸⁴.

Cumpridos os requisitos, a interpretação conforme à Constituição pode desempenhar as funções de: a) apoio ou de confirmação de um sentido da norma já sugerido pelos restantes elementos de interpretação; b) escolha entre várias soluções que não se mostrem incompatíveis com a letra da lei, servindo para excluir um sentido possível e para optar por um outro igualmente compatível com a letra da lei; c) correção dos sentidos possíveis; d) revisão da lei através da atribuição à Constituição de um peso decisivo, determinante e superior aos demais elementos tradicionais de interpretação³⁸⁵.

De toda forma, a ideia que se extrai é a de que a declaração nulidade de ato normativo deve ser solução de último recurso. Mas a indagação que também decorre desta ideia é se isso é compatível com a nulidade, desvalor-regra adotado pela Constituição brasileira³⁸⁶. Não há como se pregar um cânone abstrato de último recurso, diante do princípio da constitucionalidade e da supremacia da constituição³⁸⁷, sem que haja concretamente uma

³⁸³ MORAIS. *Justiça Constitucional...* Op. cit., p. 337. Carlos Blanco defende Nesse sentido, defende que a necessidade de interpretação conforme não é uma prioridade absoluta, ao ponto de se permitir a transformação de conteúdo que negue o princípio de primazia do legislador na concretização da Constituição: “Será, quiçá, mais grave para o legislador que o Tribunal usurpe a função de legislar e crie uma norma através da manipulação derogatória de um enunciado normativo, de forma a assegurar a sua harmonia com a Constituição, do que aceitar que o mesmo órgão jurisdicional reprima a norma com uma declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa, ou mesmo com uma inconstitucionalidade total”.

³⁸⁴ MORAIS. *Justiça Constitucional...* Op. cit., p. 338.

³⁸⁵ MEDEIROS, op. cit., p. 300-301.

³⁸⁶ “Assim, a declaração de nulidade de um acto normativo deve constituir uma solução de último recurso, atento o perfil destrutivo e incerto dos efeitos sancionatórios “ex tunc” que dela emanam, pelo que uma norma não deve ser julgada nula enquanto não puder ser interpretada, de uma forma verossímil, em harmonia com a Constituição”. MORAIS, *Justiça Constitucional...* Op. cit., p. 338

³⁸⁷ Cf. SILVA. *Teoria do Conhecimento Constitucional...* Op. cit., p. 883. “Nosso sistema jurídico é informado pelo princípio da constitucionalidade, que exprime a ideia de que o Estado se funda na legitimidade de uma constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincula todos os Poderes e atos deles provenientes”.

fundamentação adequada, necessária e proporcional que justifique a interpretação conforme. Haveria uma contradição intrínseca na assertiva de que a preferência indicativa da interpretação conforme não retira a liberdade do juiz constitucional optar entre decisão interpretativa de acolhimento ou de rejeição, ou que esteja constrangido a apenas declarar a inconstitucionalidade quando esteja absolutamente seguro da invalidade³⁸⁸.

Nesse sentido, Carlos Blanco, embora não concorde com a tese italiana do direito vivente³⁸⁹, considera que, salvo no caso de inconstitucionalidade, o juiz intérprete deve escolher ou admitir, dentro do possível, soluções interpretativas conformes com a Constituição que se louvem em jurisprudência consolidada ou, pelo menos, já assumida pela jurisdição comum. De outro lado, defende a necessidade de prudência do Tribunal Constitucional na escolha do método condicionante, sem prejuízo de preferência indicativa da interpretação conforme, sobre a decisão de inconstitucionalidade, ao contrário de Rui Medeiros, que defende uma preferência por decisões interpretativas de acolhimento³⁹⁰.

³⁸⁸ MORAIS, Justiça Constitucional... Op. cit., p. 338-339.

³⁸⁹ Rui Medeiros, diferente de Blanco, concorda com a teoria do direito vivente, e diz que a preferência, no âmbito da fiscalização abstrata, é no sentido de decisão de inconstitucionalidade. Não se pode ignorar a teoria do *diritto vivente*. Esta terminologia não seja muito adequada, pois o ideal seria chamar de direito aplicado, significa, na Itália, fórmula que representa uma, senão uma uniformidade absoluta, mas uma orientação consolidada na interpretação da lei, especialmente, nos tribunais superiores. Nesse sentido, ver MEDEIROS, op. cit., p. 406.

³⁹⁰ Argumentos favoráveis à preferência por decisões interpretativas de acolhimento a) o n. 3 do art. 282 da CRP não é aplicável a sentenças interpretativas de rejeição, o que indica uma preferência geral para sentenças interpretativas de acolhimento; b) a decisão interpretativa de rejeição tem um conteúdo ambíguo, desadequado à garantia efetiva da Constituição, em perturbação à segurança jurídica; c) finalissimamente, o ordenamento português é direcionado a expurgar normas inconstitucionais, tanto que não há sentenças de constitucionalidade; d) O Tribunal Constitucional não teria competência qualificada em matéria de interpretação da lei ordinária, não podendo impedir outros tribunais de realizar operação hermenêutica. MEDEIROS, op. cit., p. 404 e ss. De outro lado, em síntese, Carlos Blanco rebate a preferência por decisões interpretativas de acolhimento (declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa) nos seguintes termos: i) o argumento do n. 3 do art. 282 é inservível, pois não se pode retirar dele a preferência de inconstitucionalidades parciais qualitativas sobre interpretações conforme; ii) a alegada ambiguidade também está presente na decisão de acolhimento, pois nos dois tipos de sentenças há sempre uma multiplicidade de soluções interpretativas que rodeiam uma disposição normativa de conteúdo polissêmico e divisível; iii) não há como se retirar do ordenamento uma orientação rígida ou fixa para expurgação de normas inconstitucionais. O fato de não prever sentenças de constitucionalidade não constitui fundamento. É que as decisões de constitucionalidade constituem probabilidade de decisão tão legítima como a dos juízos de acolhimento, simples ou interpretativos, nada tendo a ver com a lógica do regime das pronúncias no sentido da constitucionalidade, com efeito erga omnes, tal como Alemanha e Brasil. Segundo Blanco, muito pelo contrário, a lógica da ordem jurídica e os princípios de conservação, respeito pela vontade do legislador e proporcionalidade, sustentam que qualquer decisão de invalidade (mesmo parcial qualitativa) constitui, sempre, uma *solução de último recurso*, devendo antes optar-se, sempre que possível, por uma interpretação que salve a disposição, abrindo caminho para que seja interpretada validamente. Assim, diz sobre uma *subsidiariedade tendencial* da decisão de inconstitucionalidade parcial qualitativa em relação à interpretação conforme, de modo que só se aplica a primeira se a segunda não for a mais eficaz e adequada para o caso; iv) o fato de o Tribunal Constitucional não poder obstar, no caso de optar pela interpretação conforme, que os demais tribunais façam outras interpretações não significa que o mais alto Tribunal esteja precludido de interpretar o direito ordinário. Segundo Blanco, em sede de controle concreto, a Constituição e a jurisprudência seguem exatamente o contrário.

De toda sorte, valem as observações de Rui Medeiros no sentido de que não há como negar que a interpretação é única e os diversos meios empregados se combinam e se controlam reciprocamente³⁹¹. Como o elemento sistemático-teleológico sempre tem capacidade de transcender o sentido inequívoco da lei e permitir uma interpretação conforme à Constituição, é necessário respeitar os limites desta técnica. Do contrário, nunca haveria leis inconstitucionais, já que a conversão da *ratio legis* aos compromissos e ao espírito do sistema político-normativo constitucional, junto à possibilidade de ultrapassar sentidos literais possíveis, afastaria em sede interpretativa o problema das leis inconstitucionais. Com efeito, os limites da interpretação conforme têm de decorrer da interpretação da lei como tal³⁹². A interpretação conforme à Constituição não pode contrariar a letra e a intenção claramente reconhecível do legislador, ou seja, a intenção subjacente à tendência geral da lei ou às opções fundamentais nela consagradas. Em outras palavras, uma interpretação conforme à Constituição não pode subverter, de forma clara e inequívoca, os propósitos expressamente manifestados pelo legislador³⁹³.

No que tange ao preenchimento de lacunas por meio de conformidade com a Constituição, os limites à integração em conformidade com a Constituição “também se situam a montante, não menos importante do que o preenchimento de lacunas”. Com efeito, para Rui Medeiros, seja por meio de uma decisão integrativa de conteúdo aditivo (alargamento do âmbito de aplicação da lei por meio de analogia) ou uma decisão propriamente modificativa (hipótese em que o preceito legal, expressa ou tacitamente, afasta o âmbito de aplicação a certas categorias de pessoas em igual situação), que conduzem ao alargamento da norma, enquanto no processo de integração de lacunas o resultado alcançado se enquadra no desenvolvimento do direito *praeter legem*, a extensão do âmbito de aplicação da lei operada pela decisão modificativa contraria a solução inicialmente acolhida pelo legislador e, como tal, resulta de um desenvolvimento *contra legem*³⁹⁴. Neste segundo caso, não há espaço para

Em verdade, segundo Blanco, o Tribunal Constitucional não está vinculado às soluções interpretativas dos demais Tribunais, tendo competência para interpretar com autonomia a norma objeto de controle, contanto que para seja fundamental para aferir sua conformidade com a Constituição. Blanco, em Portugal, em sede de controle abstrato, a interpretação conforme tem valor secundário, justamente porque lá não existe vinculação das decisões de constitucionalidade, diferente do Brasil. Cf. MORAIS, Justiça Constitucional... Op. cit., p. 340-342.

³⁹¹ MEDEIROS, op. cit., p. 307-310.

³⁹² MEDEIROS, op. cit., p. 307-310.

³⁹³ MEDEIROS, op. cit., p. 311-312. Rui Medeiros afirma que esta polêmica disputa acerca da vontade do legislador, teoria subjetiva ou objetiva, perdeu sua rigidez inicial, já que atualmente tem se adotado um predomínio de teorias mistas, gradualistas. De todo modo, tanto em uma posição subjetivista, eclética ou objetiva moderada, aquilo que o legislador quis claramente e como querido o declarou deve ser tomado como conteúdo da sua regulamentação.

³⁹⁴ MEDEIROS, op. cit., p. 315-316.

interpretação conforme à Constituição, razão pela qual a lei deve ser reconhecida como inconstitucional em razão de uma omissão relativa.

Por fim, no que se refere à função corretiva da interpretação sobre a lei, esta não deve servir para corrigir erros jurídico-políticos do legislador ou contrariar o teor e o sentido da lei. Nesse espeque, o princípio que exclui a interpretação conforme *contra legem* impede que o aplicador da lei contrarie a sua letra e o seu sentido, mesmo que o seu objetivo seja uma concordância com a Constituição, já que não pode contrariar a posição tomada pelo legislador, sua intenção e o fim perseguido³⁹⁵. Trata-se de uma hipótese que também exige uma declaração de inconstitucionalidade.

3.5.1.2 Sentenças interpretativas de rejeição com efeitos aditivos

Uma variante que pode surgir das sentenças interpretativas de rejeição e que merecem destaque são as denominadas sentenças aditivas de rejeição, por meio das quais, a partir do reconhecimento uma omissão inconstitucional, não se declara a inconstitucionalidade da norma, mas determina que a norma somente deve ser interpretada em conformidade com a Constituição de determinada forma, que, por sua vez, implica a “junção” de um “segmento normativo ideal” ao texto do preceito sancionado³⁹⁶. Em outras palavras, a sentença aditiva de rejeição decorre de uma operação de interpretação conforme à Constituição, diante de uma omissão da norma, por meio da qual se atribui única interpretação válida, consistente na adição de um segmento normativo ideal ao texto do preceito impugnado.

Denominadas por Carlos Blanco como “sentença manipulativa em sentido impróprio”³⁹⁷, trata-se de uma subespécie de operação de interpretação conforme com a Constituição associada a um efeito aditivo. Talvez o entendimento do referido autor decorra do fato de que em Portugal as decisões de rejeição não geram efeitos vinculantes, e, por isso, somente a decisão de acolhimento enseja uma sentença aditiva. No Brasil, entretanto, diante

³⁹⁵ MEDEIROS, op. cit., p. 316. “A correção da lei significa apenas correção da letra da lei, não podendo ser realizada quando os sentidos literais correspondentes à intenção do legislador ou quando o resultado que se pretende alcançar não se harmonize com a teleologia imanente à lei”.

³⁹⁶ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 246.

³⁹⁷ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 246.

de precedentes do STF³⁹⁸, a exemplo da decisão sobre as uniões homoafetivas³⁹⁹, aliado ao fato de que as declarações de constitucionalidade geram efeitos vinculantes (art. 102, §2º, CF), é possível defender a existência de sentenças interpretativas de rejeição com efeitos aditivos.

3.5.1.3 Sentenças interpretativas de acolhimento parcial (inconstitucionalidade parcial qualitativa)

A decisão de inconstitucionalidade parcial tanto pode atingir uma parte correspondente a uma das disposições do preceito ou mesmo só a um período ou frase do respectivo texto (inconstitucionalidade parcial horizontal ou quantitativa), como também pode afetar uma certa dimensão do seu conteúdo dispositivo (uma norma que se extrai dele), denominada de inconstitucionalidade parcial vertical ou qualitativa⁴⁰⁰. Assim, no primeiro caso, o texto é objeto do efeito ablativo (declaração de inconstitucionalidade com redução de texto). No segundo caso, a eliminação incide sobre sentidos normativos ideais, preservando-se o texto (inconstitucionalidade parcial sem redução de texto)⁴⁰¹.

A sentença de inconstitucionalidade parcial qualitativa representa o outro lado da moeda das sentenças interpretativas. Ou seja, trata-se de uma espécie de decisão de acolhimento que implica, sem ablação formal do texto de uma disposição, na eliminação de um dos significados normativos que dela emanam, preservando a potencial validade de outro ou de outros sentidos normativos. Neste processo, assim como na interpretação conforme, existe a intenção de conservar atos jurídicos, porém, neste caso, procede-se à eliminação de um segmento normativo ideal que emerge da disposição. Porém, cabe ainda distingui-la em sentidos próprio ou impróprio do conceito. Neste aspecto, se há sentidos alternativos, a sentença é de inconstitucionalidade parcial qualitativa em sentido próprio (há exclusão de sentido alternativo). Se não há sentidos alternativos, mas sim cumulativos, a sentença é de inconstitucionalidade parcial qualitativa em sentido impróprio. O sentido impróprio decorre

³⁹⁸ A título de exemplo: no julgamento do parágrafo único do art. 14 do CPC/1973 pelo STF (ADI 2652) houve uma verdadeira sentença substitutiva sem redução de texto. Nesse sentido: BRUST, op. cit., p. 180-181.

³⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011; e ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011.

⁴⁰⁰ MEDEIROS, op. cit., p. 434-356.

⁴⁰¹ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 356-357.

do fato do caráter similar à declaração de inconstitucionalidade parcial quantitativa, embora não haja redução do texto (há redução de sentidos cumulativos)⁴⁰².

Tais decisões se enquadram ainda na categoria de sentenças redutivas⁴⁰³, uma vez que restringem o conteúdo normativo, real ou hipotético, extraído de uma determinada disposição, com eliminação de uma norma inconstitucional nela contida. Com efeito, o que a declaração de nulidade faz é reduzir o conteúdo normativo possível, sem, contudo, alterar o texto⁴⁰⁴.

Entretanto, este efeito redutivo pode, paradoxalmente, restringir ou ampliar o âmbito de previsão da norma que subsiste agregada ao enunciado normativo. Serão redutivas em sentido estrito se, ao eliminarem um dos sentidos normativos ideais, diminuïrem os pressupostos de fato que determinam a sua aplicação, que ficarão circunscritos ao sentido normativo remanescente. Disso podem resultar também a denominada sentença redutiva com efeitos aditivos se, ao removerem um segmento normativo ideal de uma disposição, cujo conteúdo tinha natureza excepcional ou restritiva em relação a outra regra de conteúdo mais geral, aumentando-se automaticamente o âmbito de aplicação desta última regra⁴⁰⁵.

Mas há um caráter condicional nestas decisões de inconstitucionalidade parcial qualitativa que se refere à existência de sentidos interpretativos alternativos e diversos, dentre os quais o Tribunal Constitucional faz uma escolha, eliminando de uma disposição sentidos inconstitucionais⁴⁰⁶.

Finalisticamente, assim como sentenças interpretativas de rejeição, busca-se eliminar sentidos inconstitucionais. No plano principiológico, corrobora o princípio da constitucionalidade que guia a operação interpretativa, bem como atende ao princípio da conservação dos atos, associado ao princípio da proporcionalidade e atributo de redutibilidade do regime de nulidade, os quais justificam que o enunciado normativo se mantenha intocado e que se proceda, apenas, a extração cirúrgica de uma norma ideal com conteúdo inválido, de forma que a disposição continue a subsistir com significado compatível com a Constituição⁴⁰⁷.

⁴⁰² MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 353-354.

⁴⁰³ MEDEIROS, op. cit., p. 437.

⁴⁰⁴ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 354.

⁴⁰⁵ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 355.

⁴⁰⁶ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 355.

⁴⁰⁷ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 358.

Mais uma vez aqui há a divergência sobre a característica subsidiária da decisão de inconstitucionalidade parcial qualitativa e do caráter preferencial da interpretação conforme à Constituição, havendo quem defenda que a decisão de inconstitucionalidade tem preferência sobre a interpretação conforme à Constituição⁴⁰⁸. Concordamos, entretanto, com a ideia de que a decisão de inconstitucionalidade parcial qualitativa é subsidiária à interpretação conforme, à luz dos princípios do aproveitamento dos atos jurídicos e da proporcionalidade⁴⁰⁹.

Importa frisar que há situações que não permitem a edição de inconstitucionalidade parcial qualitativa, devendo a justiça constitucional proferir uma decisão de inconstitucionalidade simples. Isso ocorre quando o efeito redutivo é absoluto ou quase absoluto, de modo a não deixar espaço para que o texto do enunciado possa ser objeto de qualquer interpretação útil ou verossímil em conformidade com a Constituição. Estaríamos neste caso diante da chamada sentença neutralizante de um preceito⁴¹⁰.

Quanto aos efeitos, por se tratar de uma a decisão de inconstitucionalidade, há consenso no sentido de que a parte dispositiva gera efeitos *erga omnes*⁴¹¹. No entanto, há divergência quanto aos efeitos vinculantes dos motivos determinantes - *ratio decidendi*. Para Canotilho, a força obrigatória geral é sintetizada pelas ideias de vinculação geral e força de lei derivadas do direito germânico. Assim, pela vinculação geral, as sentenças do Tribunal Constitucional declaratórias de inconstitucionalidade vinculam todos os órgãos constitucionais, todos os tribunais e todas as autoridades administrativas, mas apenas quanto à

⁴⁰⁸ MEDEIROS, op. cit., p. 400 e 404-406. Para Rui Medeiros os princípios de presunção de constitucionalidade e de conservação de atos não podem ser superiores ao próprio princípio da constitucionalidade, cuja consequência é a nulidade da norma inconstitucional. Para ele, a decisão de inconstitucionalidade (ainda que inconstitucionalidade parcial qualitativa) tem preferência sobre a interpretação conforme. Porém, o próprio Rui Medeiros reconhece que, na dúvida, não se deve declarar a inconstitucionalidade da lei, seja total ou parcial. Portanto, aplica o princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das normas, de modo que há certa contradição em defender uma preferência da decisão de inconstitucionalidade.

⁴⁰⁹ Cf. MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 360.

⁴¹⁰ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 358-360. Talvez por isso, para o referido mestre Português, a decisão de inconstitucionalidade parcial qualitativa somente deve ser proferida quando presentes os seguintes requisitos: i) o sentido inconstitucional corresponder àquele que é predominantemente aceito por toda a comunidade jurídica; ii) o sentido ou sentidos normativos que resultariam de uma interpretação conforme sejam inverossímeis, ostensivamente desrespeitosos da letra da lei ou da vontade do legislador, de significado com pouca utilidade ou consenso jurídico e, ainda, desconforme com orientações jurisprudenciais comuns; iii) a sentença interpretativa de acolhimento seja proferida no contexto de "*dupla pronúncia*", em situação que os demais tribunais e operadores não respeitam o *conteúdo persuasivo* de uma decisão de rejeição; iv) haja risco de a decisão interpretativa de rejeição deixar de subsistir, em quadro de ambiguidade e incerteza, bem como de que permanece o significado inconstitucional como fator manifesto de incerteza e perturbação; v) outra razão séria e atendível ao interesse público que exija a irradiação do sentido normativo inconstitucional de certa disposição; vi) que a decisão seja proferida na sequência de uma repetição de julgado em sede de controle concreto, de várias decisões parciais qualitativas.

⁴¹¹ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 360.

parte dispositiva e não quanto aos seus fundamentos determinantes – *ratio decidendi*. Pela força de lei, as sentenças têm valor normativo (como as leis) para todos, pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, juridicamente afetados pela norma declarada inconstitucional⁴¹².

Desta feita, a inconstitucionalidade parcial qualitativa afeta uma norma ideal julgada inválida que não poderá ser mais aplicada, razão pela qual é uma decisão de inconstitucionalidade condicionada a tal interpretação. Como se trata de uma decisão interpretativa sem redução de texto, este tipo de decisão de inconstitucionalidade assume caráter condicional relativamente quanto à *ratio decidendi*, de modo que só à luz desse fundamento interpretativo que sustenta a decisão se pode determinar o conteúdo da mesma sentença quando esta declara a inconstitucionalidade parcial qualitativa de um preceito. Por isso, a *ratio decidendi* deve ter necessariamente efeitos *erga omnes*, em sede de controle abstrato⁴¹³.

3.5.2 Sentenças apelativas

Parte da doutrina entende que as sentenças apelativas são decisões intermediárias de rejeição, por meio das quais a Corte Constitucional considera que a lei é ainda constitucional e faz apelo ao legislador com o fim de evitar o caos político-constitucional (situação constitucional imperfeita)⁴¹⁴. Contudo, é interessante observar que o apelo também se faz presente nas sentenças de mera incompatibilidade⁴¹⁵. Por isso, este trabalho considera que a característica principal da sentença apelativa é o chamado ao legislador para que a correção de uma situação inconstitucional. Nestes moldes, o termo sentença apelativa aqui é gênero⁴¹⁶ que engloba duas espécies de decisões: a) sentença de mera incompatibilidade (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade); b) sentenças de trânsito para a

⁴¹² CANOTILHO, op. cit., p. 1009.

⁴¹³ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 361.

⁴¹⁴ MENDES. O Apelo ao Legislador... Op. cit., p. 473-502. BELLOCCI, M; GIOVANNETTI, op. cit. p. 21; D'ATENA, op. cit.

⁴¹⁵ Cf. REVORIO. El control... Op. cit., p. 90-95.

⁴¹⁶ Nesse sentido: MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 252 e 270-272. REVORIO. El control... Op. cit., p. 90-95. BAZÁN, op. cit., p. 202.

inconstitucionalidade (constitucionalidade provisória, situação constitucional imperfeita ou lei ainda inconstitucional)⁴¹⁷.

3.5.2.1 Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade

Esta técnica decisória surgiu inicialmente pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e depois foi expressamente reconhecida pelo legislador com alteração da Lei do Tribunal Constitucional⁴¹⁸. A partir de 1969, a Corte alemã passou a abster-se, com frequência, de pronunciar a nulidade de uma lei, até que em 1970⁴¹⁹ houve incorporação legislativa desta modalidade decisória na Lei do Tribunal Constitucional. Com base nesta lei, o Tribunal Constitucional alemão pode declarar a lei: a) compatível com a Lei Fundamental; b) incompatível; ou c) nula. Com isso, na Alemanha, a declaração de nulidade não é consequência necessária de uma lei incompatível com a Constituição, embora esta seja a regra⁴²⁰. Esta decisão reconhece a inconstitucionalidade da lei, porém não declara nula. Seu surgimento está ligado a casos em que a superação da invalidade se apresenta mais adequada ao próprio legislador, diante das várias opções constitucionalmente válidas⁴²¹.

Há quem defenda que este tipo de decisão é na verdade uma incorporação da fórmula austríaca de diferimento no tempo dos efeitos da declaração de nulidade para que o legislador possa tomar providências, em razão de ausência de previsão constitucional e legal na Alemanha para a modulação temporal de efeitos⁴²². Já na Áustria a solução foi prevista na própria Constituição e tem relação de congruência com a fórmula do legislador negativo, cujas decisões são constitutivas e *ex nunc*⁴²³.

⁴¹⁷ CASTRO, op. cit., p. 91. MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 270-274.

⁴¹⁸ Cf. MENDES. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 252. Ver: Lei do Tribunal Constitucional Alemão (Lei do Tribunal Constitucional Federal). Tradução: Luiz Afonso Heck. Revista de informação legislativa, v. 32, n. 127, p. 241-258, jul./set. 1995.

⁴¹⁹ MENDES. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 267.

⁴²⁰ REVORIO. El Control...Op. cit., p. 91-93.

⁴²¹ LLORENTE, op. cit., p. 36.

⁴²² LLORENTE, op. cit., p. 36. O curioso é que Rui Medeiros defende o mesmo, mas no sentido de que em Portugal a modulação de efeitos é uma importação das decisões apelativas alemãs. Nesse sentido: MEDEIROS, op. cit., p. 512 e ss.

⁴²³ LLORENTE, op. cit., p. 37. Com razão, Llorente aponta que é difícil justificar a decisão de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade em um sistema cuja decisão tem natureza declaratória e eficácia *ex nunc*.

Esta decisão revela, pois, um efeito subtrativo e apelativo⁴²⁴. Além de reconhecer a inconstitucionalidade, embora não pronuncie a nulidade, estas decisões, não raras vezes, vêm acompanhadas de apelo ao legislador, com fixação de prazo para a correção da situação inconstitucional. Este prazo, geralmente, quando fixado, é o mesmo tempo em que ficam suspensos os processos em curso afetados pela questão constitucional. Decorrido o prazo, sem que o legislador supra a omissão, a lei inconstitucional, suspensa ou que estava sendo aplicada provisoriamente, torna-se nula e, portanto, não poderá ser aplicada⁴²⁵. A razão de ser da subsistência da norma inconstitucional é evitar vazios ou lacunas derivadas da decisão, que podem gerar situações ainda mais lesivas à Constituição. Ao mesmo tempo, concede-se prazo para o legislador reparar o quadro de inconstitucionalidade, registrando-se, até certo ponto, um conteúdo apelativo implícito⁴²⁶.

Diferente da Itália, onde a Corte Constitucional sentiu a necessidade de proferir decisões aditivas pelas circunstâncias que exigiram uma atuação mais ativa⁴²⁷, na Alemanha o *Bundesverfassungsgericht* optou por não pronunciar a nulidade da norma. Nesses casos, sob a alegação de que o legislador disporia de diferentes possibilidades para afastar a ofensa ao princípio da isonomia e a cassação acabaria por suprimir o próprio fundamento em que se assenta a pretensão do impetrante⁴²⁸. Assim, estas decisões foram utilizadas como remédio alternativo para omissões inconstitucionais relativas⁴²⁹, por meio da exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia⁴³⁰. Deveras, a declaração de nulidade se mostrou

⁴²⁴ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 269-270.

⁴²⁵ REVORIO. El Control... Op. cit., p. 94.

⁴²⁶ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 270.

⁴²⁷ Ver: CAMPOS, op. cit., p. 404 e ss; e MEDEIROS, op. cit. p. 477.

⁴²⁸ MENDES. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade... Op. cit., p. 7.

⁴²⁹ REVORIO. El control... Op. cit., p. 91. Para Revorio, exemplos paradigmáticos são as decisões sobre a Lei do Imposto de Renda que favorecia alguns e excluía outros; e sobre as regras e critérios de admissão em Universidade. Ver: MENDES. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 277. Os casos emblemáticos mencionados por Gilmar Mendes são: a) decisão sobre o pagamento de vencimentos aos funcionários públicos, no qual se verificou que a imperfeição da legislação deveria ser corrigida pelo próprio legislador, na medida em que a nulidade retiraria o próprio fundamento legal para a Administração proceder ao pagamento dos vencimentos (BVerfGE 8, 1; 32, 199; 44, 249; 56, 146); b) decisão sobre a Lei universitária de 18 de julho de 1972, do Estado de Hamburgo, por meio da qual a Corte entendeu que a declaração de nulidade da lei ensejaria ausência de norma que disciplinasse o sistema de admissão nas Universidades, de modo que criaria uma situação ainda mais distante da pretendida pela Constituição (BVerfGE 33, 303; 35, 79); c) Decisão sobre o subsídio dos parlamentares, por meio da qual o Tribunal declarou que os privilégios tributários outorgados aos parlamentares estaduais eram inconstitucionais, mas absteve-se de declarar a nulidade, pois a supressão da base jurídica que assegura o status dos parlamentares estava atrelada à independência deles e dependia da percepção de subsídios (BVerfGE 40, 296).

⁴³⁰ MENDES. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 270.

inapta a resolver o problema da omissão normativa relativa, na medida em que não se pode declarar a nulidade de uma lacuna⁴³¹.

Assim, as decisões do Tribunal Federal com base nesta técnica restaram caracterizadas da seguinte forma: a) em regra, suspende a lei incompatível com a Constituição, já que a lei inconstitucional não pode ser aplicada pelos demais Tribunais e autoridades administrativas, havendo uma proibição de aplicação decorrente da decisão de inconstitucionalidade; b) os processos nos quais a referida lei deveria ser aplicada (inclusive o procedimento *a quo*) ficam suspensos, até que o legislador supra a inconstitucionalidade com uma nova regulação legislativa; c) em outros casos, o Tribunal Alemão assinala prazo para uma nova regulação legislativa, porém indica que a norma declarada inconstitucional continua a ser aplicada durante o prazo assinalado⁴³².

As primeiras decisões do Tribunal alemão permitiram a aplicação provisória da lei⁴³³ que teve a sua inconstitucionalidade reconhecida, sem pronúncia de nulidade⁴³⁴. Este entendimento parecia lógico, na medida em que, apesar da inconstitucionalidade, a lei não é declarada nula. Porém, em julgamento envolvendo a nacionalidade dos filhos provenientes dos chamados "*casamentos mistos*", a Corte Constitucional alemã equiparou a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade à declaração de nulidade. Com isso, a lei simplesmente inconstitucional, sem declaração de nulidade, não mais pode ser aplicada. Uma exceção a esse princípio somente seria admissível se da não-aplicação pudesse resultar *vácuo jurídico* intolerável para a ordem constitucional⁴³⁵ ou uma situação ainda mais inconstitucional⁴³⁶.

⁴³¹ MENDES. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 271 e 274. Para Gilmar Mendes, com exceção dos casos de exigência constitucional inequívoca, a lesão ao princípio da isonomia pode ser afastada de diversas maneiras: pela supressão do próprio benefício; pela inclusão dos grupos eventualmente discriminados ou até mediante a edição de uma nova regra, que condicione a outorga de benefícios à observância de determinados requisitos decorrentes do princípio da igualdade. Assim, poderia ser objeto da declaração de nulidade, em sentido técnico, tanto a disposição que outorga o benefício, como eventual cláusula de exclusão, desde que estabelecida expressamente por uma norma. No mesmo sentido: MENDES, G. F. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade... Op. cit., p. 6-7.

⁴³² REVORIO. El Control...Op. cit., p. 93.

⁴³³ Em caso de omissão parcial referente ao salário mínimo, o Tribunal Constitucional alemão entendeu por bem não suspender a aplicação da lei, pois, neste caso, geraria um quadro de inconstitucionalidade ainda maior.

⁴³⁴ Cf. STERN. Bonner Kommentar, Art. 93, n.º 281; SÖHN. Anwendungspflicht, p. 61, apud MENDES, G. F. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade...Op. cit., p. 10. Decisões mencionadas: 47 BVerfGE 13, 248 (260); 18, 288 (301); 26, 100 (101).

⁴³⁵ Cf. MENDES. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade...Op. cit., p. 10. Julgados mencionados: [48 BVerfGE 37, 217 (262); 50 BVerfGE 37, 217 (261); Cf., também, BVerfGE 61, 319 (356)].

⁴³⁶ MENDES. Jurisdição Constitucional...Op. cit., p. 277-278.

De todo modo, a definição jurisprudencial foi no sentido de que não se distinguem os efeitos destas decisões e os que resultariam da declaração de inconstitucionalidade acompanhada de nulidade, posição criticada por tornar a “distinção supérflua”, pois, deveras, “tal fórmula revela-se equívoca”⁴³⁷. No entanto, a distinção está contida na ordem ou apelo ao legislador, o que indica que a lei inconstitucional subsiste, pelo menos para o efeito de evitar que o direito antigo substitua aquele declarado inconstitucional ou para obviar o surgimento de um vazio jurídico⁴³⁸.

Em sede de controle abstrato de normas, a lógica parte da premissa de que a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia *erga omnes*, mesmo sem pronúncia de nulidade. Com efeito, a lei declarada inconstitucional perde a força de lei e sua eficácia vinculante, não devendo submissão de qualquer indivíduo ou autoridade estatal, muito menos permitindo a prática de ato com base na lei inconstitucional.

De outro lado, no controle concreto ou em sede de recurso constitucional, a não aplicação da lei se direciona contra decisões judiciais, com consequências para os casos concretos e o dever dos Tribunais de suspender os processos que tenham por objeto a questão constitucional. São suspensos não apenas os processos que deram ensejo à decisão da Corte, mas também todos os casos paralelos⁴³⁹. Ademais, a aplicação provisória da lei inconstitucional somente seria legítima se decorrer de exigências normativas da própria Constituição, tendo em vista que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional. Do contrário, permitiria a existência de discricionariedade da sanção ao Tribunal Constitucional⁴⁴⁰. O interessante da suspensão é permitir que a parte seja beneficiada com a nova disciplina legal sem que haja coisa julgada. Neste tipo de decisão, admite-se a possibilidade de o legislador poder eliminar, com eficácia retroativa, alguns efeitos já produzidos pelo ato inconstitucional. Sobretudo os efeitos que suscetíveis de impugnação e que violem princípios do sistema de direitos fundamentais, tal como o princípio da igualdade, situação que ocorre frequentemente com as omissões relativas⁴⁴¹.

⁴³⁷ Cf. MENDES. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade...Op. cit., p. 10. MENDES. Jurisdição Constitucional...op. cit., p. 278. Julgados mencionados pelo autor: BVerfGE 37, 217 (262); BVerfGE 61, 319 (356) e BVerfGE 55, 100 (110).

⁴³⁸ REVORIO. El Control...Op. cit., p. 91-95.

⁴³⁹ MENDES. Jurisdição Constitucional...Op. cit., p. 280-282.

⁴⁴⁰ MENDES. Jurisdição Constitucional...Op. cit., p. 286-287.

⁴⁴¹ MORAIS, Justiça Constitucional...ob. cit., p. 271.

Como dito, na questão das omissões relativas, diferente do Tribunal Italiano que optou por mecanismos unilaterais⁴⁴², a Corte alemã se absteve de pronunciar a nulidade da norma, sob a alegação de que o legislador disporia de diferentes possibilidades para afastar a ofensa ao princípio da isonomia e a cassação acabaria por suprimir o próprio fundamento em que se assenta a pretensão do impetrante. Partiu-se da premissa de que, além de existir margem de discricionariedade do legislador, a cassação acabaria por suprimir o próprio fundamento da petição do impetrante⁴⁴³, “uma esquisita compreensão do princípio de justiça, que daria ao postulante pedra ao invés de pão”⁴⁴⁴. Na prática, a opção por excluir o benefício incompatível com o princípio da isonomia decorreu, pois, do fato de o Tribunal não estar autorizado, salvo em situações excepcionais, a proferir declaração de inconstitucionalidade da cláusula de exclusão, em virtude de repercussões orçamentárias que resultariam inevitavelmente da extensão do benefício.

Em inúmeros casos envolvendo benefícios sociais e leis tributárias, o Tribunal Constitucional se valeu da “liberdade de conformação do legislador” para declarar a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Diante de eventual discricionariedade do legislador, não cabe ao Tribunal disciplinar a matéria. Com efeito, “a liberdade de conformação do legislador tornou-se quase uma espécie de cláusula geral para justificar a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade”⁴⁴⁵. De outro lado, estas decisões, contudo, não ficaram isentas de questionamentos⁴⁴⁶. As críticas a este entendimento foram no sentido de que a liberdade de conformação do legislador não seria afetada na maioria dos casos, pois este poderia editar novas leis tanto após decisão de nulidade quanto declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Ademais, a discricionariedade do legislador não seria apta para legitimar a conservação parcial de norma inconstitucional, nem impediria a cassação de ato ilegal ou inconstitucional⁴⁴⁷. Outras críticas contundentes quanto a este instrumento, são apontadas no sentido de que a decisão de mera

⁴⁴² REVORIO. El Control... Op. cit., p. 82-129. Ver: CAMPOS, op. cit., p. 406.

⁴⁴³ MENDES. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 271-272.

⁴⁴⁴ IPSEN, Jörn. Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt. Baden-Baden, 1980, p. 110, apud MENDES. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 272.

⁴⁴⁵ MENDES. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 272-275.

⁴⁴⁶ REVORIO, El Control... Op. cit., p. 92. Primeiro, no sentido de que não há previsão na Constituição e nem na Lei, ainda mais com caráter geral e efeito vinculante (esta crítica restou superada em relação à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com a positivação em 1970 da Lei do Tribunal Constitucional). Segundo, os requisitos e os efeitos são determinados pela própria jurisprudência, inclusive sobre aplicação ou não da lei, prazos, alternativas e princípios a serem seguidos pelo legislador para regulação. Terceiro, a única coisa que haveria de comum nas decisões é a obrigação do legislador de suprimir a situação inconstitucional.

⁴⁴⁷ MENDES. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 276.

incompatibilidade é contrária à regra geral dos efeitos repressivos típicos da sanção de nulidade e incompatível com o princípio da constitucionalidade. Não caberia uma mera suspensão da lei, pois seria o mesmo que reconhecer a presença e a manutenção na ordem jurídica de uma lei inconstitucional. E, por fim, sobre o apelo ao legislador, não haveria espaço para apelos dotados de vinculatividade, pois o instituto repristinatório se destina a suprir, no imediato, um vazio normativo, podendo esta situação se prolongar indefinidamente sem que o legislador intervenha, na medida em que não está vinculado⁴⁴⁸.

Talvez, as decisões diferentes podem ser explicadas pela circunstância de cada país. Enquanto que na Itália se vivia um verdadeiro estado de inadimplemento constitucional, com total omissão do legislador em concretizar a Constituição, além de não seguir as orientações da Corte Constitucional⁴⁴⁹, na Alemanha se criou uma forte tendência de incorporação das decisões do tribunal constitucional pelo legislador, de modo que o apelo ao legislador sempre foi um remédio muito eficaz⁴⁵⁰.

Além disso, no caso das omissões relativas, a declaração de nulidade da lei poderia criar uma situação mais alijada da Constituição do que com a aplicação da lei (exemplo com a supressão de prestações ou situações de vantagem que tem fundamento constitucional). Porém, para estender os benefícios, a Corte alemã entendeu que era preciso demonstrar que o legislador, no caso de ter consciência da situação jurídico-constitucional, teria realizado por si mesmo a ampliação do círculo de benefícios⁴⁵¹, ensejando o risco de subjetivação do ato inconstitucional. Para o Tribunal alemão, para estender o benefício seria preciso provar que o legislador, caso consciente da situação, teria realizado a mesma ampliação do círculo de beneficiários⁴⁵², algo que não parece tão fácil.

Na prática, diante da inexistência de dispositivo legal ou constitucional que permitisse eventual modulação de efeitos⁴⁵³, tanto a decisão de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, quanto a decisão de rejeição com declaração de lei ainda constitucional, foram alternativas decisórias criadas pela jurisprudência com o fim de além de evitar o caos jurídico,

⁴⁴⁸ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 272. Conforme Blanco, na Alemanha já tiveram decisões que “*obrigaram*” o legislador a remover a situação inconstitucional (BVerfGE 32, 189 (221)), denominada por ele de “uma variante de sentenças apelativas com algum discurso injuntivo”, com sérias dúvidas se esta criatividade jurisprudencial não deveria ser acompanhada por suporte legislativo.

⁴⁴⁹ CAMPOS, op. cit., p. 404-414.

⁴⁵⁰ MENDES, apelo, ob. cit. p. 477.

⁴⁵¹ REVORIO, ob. cit. p. 92.

⁴⁵² REVORIO. El Control... Op. cit., p. 92

⁴⁵³ A exemplo de Áustria e Portugal.

o vazio legislativo e uma situação ainda mais inconstitucional com a declaração de nulidade da norma, mais até do que a manutenção da norma inconstitucional.

O que importante destacar é que se o tribunal fixa prazo, embora não obrigue o legislador a legislar, a consequência do decurso do prazo sem a nova legislação é a nulidade da lei, de modo que não poderá ser mais aplicada, nem provisoriamente. O maior problema, contudo, deriva da situação em que o Tribunal suspende a aplicação da lei e não diz nada em relação ao legislador, que fica com ampla margem de regulação temporal. A crítica, principalmente em países onde o legislador se mantém inerte, a exemplo do Brasil, é no sentido de se eternizar uma situação inconstitucional, com incerteza e imprevisibilidade, em prejuízo à segurança jurídica e ao dever de prestar tutela jurisdicional. Além disso, a suspensão interfere na atuação dos juízes ordinários, em prejuízo aos direitos dos jurisdicionados, pois os processos podem ficar suspensos, em alguns casos, sem prazo determinado⁴⁵⁴.

No Brasil, é plausível o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade decorra do desenvolvimento sistemático constitucional da omissão inconstitucional (art. 5º, LXXI, e art. 103, §2º, ambos da CF)⁴⁵⁵. Porém, considerando as observações de que a decisão de mera incompatibilidade surgiu em razão da falta de previsão de modulação de efeitos na Alemanha⁴⁵⁶, bem como de que a modulação de efeitos em Portugal é resultado da incorporação desta técnica alemã⁴⁵⁷, não há como negar a semelhança destas decisões. A distinção, como dito, fica por conta da suspensão dos processos e da possibilidade de a lei retroagir para sanar iniquidades da omissão relativa, estando aqui a relevância da decisão de mera incompatibilidade para corrigir o vício decorrente de benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia. Portanto, constitui importante instrumento decisório que pode ser utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, como se fez em diversos julgados⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ REVORIO, ob. cit. p. 94-95.

⁴⁵⁵ MENDES. A Declaração de Inconstitucionalidade sem pronúncia de Nulidade...Op. cit., p. 12-13.

⁴⁵⁶ Nesse sentido: LLORENTE, op. cit., p. 36.

⁴⁵⁷ Nesse sentido: MEDEIROS, op. cit., p. 512 e ss.

⁴⁵⁸ A título de exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5287, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2016; ARE 867999 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/05/2015; e ainda: REs 567.985 e 580.963 e a Rcl 4374.

3.5.2.2 Lei ainda constitucional ou declaração de lei constitucional em trânsito para inconstitucionalidade

A decisão de lei ainda constitucional tem os objetivos similares à decisão anterior, na tentativa de solucionar problemas de omissão inconstitucional relativa, para os quais a mera declaração de nulidade era insuficiente para resolvê-los, embora com consequências jurídicas distintas. Também com origem na Alemanha, a primeira decisão a reconhecer que uma lei era ainda constitucional foi em 1954, quando o Tribunal Constitucional analisou a constitucionalidade do Estatuto de Sarre (Estatuto de Ocupação) e deu início ao apelo ao legislador. Entendeu-se que providências legislativas empreendidas mesmo imperfeitas e incompletas contribuíam para gradual compatibilização com a lei fundamental, e, por isso, deveriam ser consideradas como ainda constitucionais⁴⁵⁹.

Esta técnica decisória é definida como “declaração de norma ainda constitucional, mas em trânsito para a inconstitucionalidade”. Trata-se de situação precariamente constitucional e ainda suportável pela Lei Fundamental, mas que, com o tempo e advento de alterações circunstanciais, tendem para inconstitucionalidade⁴⁶⁰. Esta decisão é também denominada de apelo ao legislador (*Appellentscheidung*)⁴⁶¹. Isso porque a declaração de constitucionalidade vem acompanhada de uma exortação ao legislador para que propicie uma situação jurídica plenamente constitucional ou para evitar uma inconstitucionalidade futura, em todo caso, com fixação de prazo para a intervenção legislativa⁴⁶².

O termo “apelo ao legislador” não é unívoco na doutrina. Para alguns constitui uma terceira modalidade de decisão apelativa⁴⁶³. Para outros, a técnica decisória que acompanha

⁴⁵⁹ MENDE MENDES. Jurisdição Constitucional...Op. cit., S, jurisdição, p. 296; MENDES, Gilmar Ferreira. O Apelo ao Legislador – *Appellentscheidung* – na práxis da Corte Constitucional Alemã. Revista de informação legislativa: v. 29, n. 114 (abr./jun. 1992). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/175956>. Acesso em 11.12.2017; p. 482. Segundo Gilmar Mendes, A expressão de apelo ao legislador foi utilizada pela primeira vez, contudo, em 1970, no caso Rupp vs. B`runneck, no qual se registrou a sentença de rejeição de inconstitucionalidade vinculada a uma conclamação ao legislador para que empreendesse medidas corretivas necessárias.

⁴⁶⁰ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 273. Na Itália se chama de “*sentenza de monito*”, decisão de advertência proferida quando uma dada norma ainda não é desconforme a Constituição, mas tende para inconstitucionalidade. Desta, surgem dois tipos: decisões meramente exortativas e injuntivas (*monito vincolante*).

⁴⁶¹ MENDES. O Apelo ao Legislador... Op. cit.

⁴⁶² REVORIO, ob. cit. p. 95.

⁴⁶³ REVORIO, ob. cit. p. 90 e p. 97. Segundo o referido autor, o Tribunal Constitucional Alemão talvez seja a Corte que mais tenha competências assinaladas na Constituição. A tipologia das sentenças do Tribunal Alemão.

necessariamente as decisões de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade ou de lei ainda constitucional⁴⁶⁴. E há o entendimento de que o apelo ao legislador somente se faz presente na decisão de lei ainda constitucional, por se tratar de uma decisão de rejeição com efeitos políticos capazes de provocar mudança na legislação⁴⁶⁵. Neste último sentido, o apelo é a decisão na qual o Tribunal reconhece a situação como ainda constitucional, anunciando a eventual conversão desse estado de constitucionalidade imperfeita numa situação de completa inconstitucionalidade⁴⁶⁶. Porém, como dito no início, este trabalho levou em consideração não a natureza da decisão, mas o fato de geralmente constar um chamado ao legislador para corrigir uma legislação inconstitucional, e, por isso, as decisões de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e de lei ainda constitucional foram colocadas como espécie.

É interessante observar que a distinção entre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador deriva do fato de que nesta decisão não há efeito jurídico imediato, já que a lei continua a ser aplicada. A norma somente é revogada, adequada ou complementada com a atuação do legislador. Assim, os efeitos ocorrem no plano político. Caso não o faça, a lei será declarada nula, mas não dentro do mesmo processo. A declaração de nulidade deve ocorrer em processos e recursos futuros⁴⁶⁷. Com efeito, enquanto a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade constitui uma variante da decisão de acolhimento, a decisão de lei ainda constitucional com apelo ao legislador é uma variante da decisão de rejeição⁴⁶⁸.

Conforme Gilmar Mendes, na Alemanha três grupos de situações deram ensejo à declaração de lei ainda constitucional: a) apelo ao legislador em virtude de mudança de

1) Sentenças de mera incompatibilidade 2) Sentenças de lei ainda constitucional ou inconstitucionalidade intermediária 3) Sentenças de apelação ao legislador e fixação de prazos. Segundo Revorio, a sentença apelativa pode ser utilizada em duas situações: i) lei ainda constitucional, de modo que se apela ao legislador para adequar a legislação à CF; ii) decisões de inconstitucionalidade, porém, por diversas circunstâncias, não se declara a nulidade da lei. Assim, a tipologia das sentenças apelativas no Tribunal alemão podem ser resumidas a decisões que: a) possuem a característica comum de evitar confusão na política constitucional (ex. círculos eleitorais); b) declaram uma situação jurídica ainda constitucional, mas acrescenta apelo ao legislador para efetivar nova regulação no âmbito jurídico (ex. condições iguais para os filhos nascidos fora do casamento); c) consideram uma lei ainda aceitável, mas afirmam claramente que a Constituição exige a sua modificação, em razão das mudanças sociais ou disparidades crescentes que geram violação da isonomia (pensão dos viúvos e das viúvas).

⁴⁶⁴ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 270-274. MENDES. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 297

⁴⁶⁵ MENDES. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 297

⁴⁶⁶ MENDES. Apelo ao Legislador... Op. cit., p. 482.

⁴⁶⁷ REVORIO. El Control... Op. cit., cit. p. 96.

⁴⁶⁸ MENDES. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 268.

relações fáticas ou jurídicas (exemplos: Lei de divisão de distritos eleitorais⁴⁶⁹, Lei que distingue requisitos para concessão de pensões de viúvas e viúvos⁴⁷⁰, Lei que previu carga tributária maior para transporte de longa distância⁴⁷¹ e mutação constitucional quanto às restrições de direitos fundamentais dos presidiários⁴⁷²); b) apelo ao legislador em virtude de descumprimento do dever constitucional de legislar⁴⁷³ (exemplos: Estatuto de Ocupação⁴⁷⁴, igualdade dos filhos havidos fora do casamento⁴⁷⁵, Lei de energia nuclear e poluição sonora

⁴⁶⁹ MENDES. *Jurisdição Constitucional...* Op. cit., p. 298. MENDES, apelo P. 485. A decisão de 1963 [BVerfGE 16, 130 (141/142)] sobre os distritos eleitorais: a) reconheceu o processo de inconstitucionalização em virtude de mudanças das relações fáticas; b) em virtude de alteração na estrutura demográfica das diferentes unidades da federação, a divisão dos distritos eleitorais não mais atendia o princípio da igualdade eleitoral; c) absteve de pronunciar a inconstitucionalidade, com argumento de que tal situação não podia ser constatada na data de promulgação da lei; d) conclamou o legislador a empreender medidas necessárias à modificação da lei, com redução das discrepâncias; e) a declaração de inconstitucionalidade ensejaria a nulidade das últimas eleições.

⁴⁷⁰ Cf. MENDES, apelo, p. 486-487; MENDES. *Jurisdição Constitucional...* Op. cit., p. 299. Decisões sobre Pensões que envolveram mudança das relações fáticas e fator de *discrímen*: a) a pensão à viúva era assegurada independente de qualquer consideração sobre os ganhos, enquanto o cônjuge do sexo masculino só teria direito a pensão se os ganhos da seguradora fossem fundamentais para o sustento da família; b) em primeira decisão no ano de 1963 (BVerfGE 17, 1), entendeu que lei que previa regra para concessão de pensão mais favorável à viúva era constitucional, já que, na época, era possível identificar uma perda de rendimentos a ser compensada economicamente e a discriminação era justificada pelo reduzido número de mulheres casadas entre a população economicamente ativa (1950, cerca de 7,5%); c) com o passar dos anos, ocorreram mudanças fáticas e jurídicas que influenciaram o segundo julgamento em 1974 (BVerfGE 39, 169), no qual considerou que a norma ainda era constitucional, mas o legislador deveria promulgar nova lei, diante de notório processo de inconstitucionalização, pois o número de mulheres casadas economicamente ativas tinha quadruplicado, somando ao fato de mudança da divisão de tarefas no âmbito conjugal, fatores que indicavam violação da igualdade; d) a segunda decisão, em lugar de declarar a lei inconstitucional, ou mesmo de proferir uma sentença aditiva nos termos praticados pela Corte Italiana, pronunciou que a lei ainda não é inconstitucional, com apelo ao legislador para promulgar nova lei.

⁴⁷¹ Cf. MENDES. Apelo ao Legislador... Op. cit., p. 487-488. Decisão sobre carga tributária maior sobre transporte de longo percurso, que teve como pano de fundo as mudanças sociais e econômicas (BVerfGE 39, 169): a) verificou-se que o legislador não objetivava aumentar a receita tributária em si, mas equilibrar a concorrência com a Companhia Federal de Transportes Ferroviárias; b) foram sopesados princípios constitucionais da liberdade de exercício profissional, proporcionalidade, propriedade e isonomia; c) Entendeu-se que, como se tratava de lei nova, não era possível proceder o alcance dos objetivos do legislador, inclusive, o próprio legislador teria ressaltado a ideia da provisoriedade da medida; d) o Tribunal decidiu que a legislação não era, no momento, inconstitucional e que a tributação estava no limite do tolerável, mas deixou em aberto entendimento de que, eventual mudança das circunstâncias sociais e econômicas, poderiam ensejar o processo de inconstitucionalização.

⁴⁷² Cf. MENDES. Apelo ao Legislador... Op. cit., p. 489. Decisão que envolveu processo de mutação constitucional ou evolução interpretativa (BVerfGE 33, 1): a) de início, entendia-se que limitações a direitos dos presos por atos normativos secundários eram compatíveis com a Constituição e por isso válidas; b) posteriormente, houve evolução no entendimento doutrinário e jurisprudencial, em típica mutação constitucional, que passou a exigir, para efeito de qualquer restrição a tais direitos, que somente fosse feita por meio de expressa autorização legal, evidenciando-se um processo de inconstitucionalização; c) diante da especificidade da situação, entendeu-se por admitir provisoriamente as restrições dos presidiários ainda que sem fundamento legal expresso, com apelo ao legislador para elaborar nova disciplina sobre a matéria, conforme a nova interpretação dominante sobre os direitos fundamentais.

⁴⁷³ Cf. MENDES. Apelo ao Legislador... Op. cit., cit. p. 490.

⁴⁷⁴ Cf. MENDES. Apelo ao Legislador... Op. cit., p. 481 e 490-491.

⁴⁷⁵ Cf. MENDES. Apelo ao Legislador... Op. cit., p. 491-492. O art. 6º, §5º, da Lei Fundamental estabelece que o legislador deve assegurar igual tratamento aos filhos havidos fora do casamento. Em sede de Recurso constitucional interposto contra Tribunal Estadual de Kiel (BVerfGE 25, 167), o Tribunal Constitucional considerou que não havia decorrido prazo razoável para o parlamento cumprir o dever constitucional de legislar,

de aviões⁴⁷⁶ e Lei do Censo de 1982⁴⁷⁷); e, por fim, c) apelo ao legislador em virtude de falta de evidência de inconstitucionalidade (exemplo: Lei de divisão dos distritos eleitorais⁴⁷⁸).

Em todas estas situações, reconheceu-se uma inconstitucionalidade progressiva, de modo que, em razão das mudanças fáticas, sociais e de outras circunstâncias, a exemplo do dever de adequação da legislação, a inconstitucionalidade foi reconhecida como um processo⁴⁷⁹. Na prática, o Tribunal diz que a lei ainda é atualmente constitucional, mas no futuro poderá se tornar inconstitucional, caso não haja intervenção do legislador. Em verdade, já se visualiza a inconstitucionalidade da lei, mas considera-se necessário que a norma siga em vigor até a atuação do legislador, pois do contrário se criaria um vazio normativo ou uma

prazo este que expiraria ao fim daquela legislatura. Com efeito, entendeu que a situação ainda não era inconstitucional porque não havia passado prazo razoável, porém, exortou o legislador, por meio de apelo, para que adequasse a legislação à Constituição. Por se tratar de norma precisa, determinou que com a expiração do prazo, os juízes e Tribunais deveriam aplicar o princípio da igualdade diretamente. Em sede de decisão anterior (BVerfGE 3, 225), a Corte já havia decidido que em virtude de regra constitucional, admitia-se a subsistência do direito ordinário contrário ao postulado da igualdade até a sua devida adequação pelo legislador. No caso, a adequação deveria ocorrer até 31 de março de 1953. Com o decurso do prazo, os Tribunais aplicaram diretamente o princípio da isonomia.

⁴⁷⁶ Cf. MENDES. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 301. No mesmo sentido, MENDES, Apelo ao Legislador... Op. cit., p. 490. Tais situações envolvem o dever de legislar decorrente do dever de proteção (*schutzpflicht*), que obriga o Estado a atuar na defesa e proteção de certos direitos e valores, como vida, integridade física, honra, contra agressões praticadas por terceiros. Na decisão sobre energia nuclear (BVerfGE 49, 89), em razão do dever de proteção que enseja o dever de legislar, a Corte Constitucional reconheceu que, em virtude de novos estudos científicos, o legislador estava constitucionalmente obrigado a reexaminar a sua decisão em favor do uso pacífico da energia atômica e, em caso de indícios de perigo proveniente dos reatores nucleares, o legislador está obrigado a promulgar as novas medidas requeridas. Em 1981 houve decisão similar sobre a poluição sonora dos aviões (BVerfGE 56, 54). Segundo Mendes, em outros casos complexos, a intervenção da jurisdição constitucional somente há de ocorrer se o legislador, a despeito de experiências colhidas, deixar de empreender as melhorias e adaptações necessárias (ob. cit. p. 492-493).

⁴⁷⁷ MENDES. Apelo ao Legislador... Op. cit., p. 493. Este caso é interessante pois a Corte Constitucional proferiu decisão de lei ainda constitucional, mas fez apelo ao legislador, com condição suspensiva, para que empreendesse a edição de normas complementares. Nesse sentido, segundo Gilmar Mendes, em decisão proferida no ano de 1983 (BVerfGE 65, 1), o Tribunal Constitucional reconheceu um dever de adequação imediato, independente de qualquer consideração. Decidiu que a Lei do Censo de 1982 era compatível com a Lei Fundamental, porém, o legislador, em consonância com os fundamentos da decisão, deveria adotar medidas necessárias a edição de normas complementares de organização e procedimento. Declarou a constitucionalidade da lei, desde que as lacunas atinentes à organização e ao processo fossem colmatadas. Em última análise, a validade da lei ficava condicionada, portanto, à edição de normas complementares. Tratou, pois, de uma declaração de constitucionalidade submetida a uma condição suspensiva.

⁴⁷⁸ MENDES. Apelo ao Legislador... Op. cit., p. 494. Na análise da lei dos distritos eleitorais, o Tribunal Constitucional fez diferenciação entre inconstitucionalidade e invalidade, porém trouxe um sério risco de subjetivação do objeto, qual seja, o entendimento de que a inconstitucionalidade somente deve acarretar a nulidade se for manifesta. Se o legislador não estivesse consciente da inconstitucionalidade, o defeito não produziria consequências jurídicas. A falta de evidência de ofensa contra o princípio da igualdade eleitoral, quando da elaboração da lei de divisão dos distritos eleitorais, afastaria a nulidade. De outro lado, a decisão da lei ainda constitucional tornaria a mácula evidente, não podendo mais o legislador alegar desconhecimento ou ignorância do estado patológico identificado.

⁴⁷⁹ Nesse sentido, como “processo de inconstitucionalização” ou “situações imperfeitas”: EBSEN, Ingwer. Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung. Berlin, 1985, p. 97 apud MENDES. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 306.

situação mais inconstitucional⁴⁸⁰. A declaração da inconstitucionalidade da lei causaria uma situação pior e menos compatível com a Constituição e, portanto, com consequências mais danosas e menos desejáveis.

O grande questionamento que se faz é se o apelo ao legislador é obrigatório. Se a Constituição deve ser observada também pelo legislador, qual seria a legitimidade do Tribunal Constitucional fixar prazo para o seu cumprimento? Além disso, o próprio conceito de prazo razoável é um problema delicado para o legislador e envolve várias questões. De onde viria o prazo razoável? Quem pode apreciá-lo? Qual a legitimidade do Tribunal para apreciá-lo e defini-lo?⁴⁸¹

Na realidade, não há qualquer obrigatoriedade, pois, obrigação de concretização decorre da própria Constituição. Nesse sentido, as sentenças apelativas não são obrigatórias, pois o dever de legislar não decorre da sentença, mas da própria Constituição⁴⁸². O apelo ao legislador integra os fundamentos da decisão, e, portanto, constitui *obiter dictum* e não faz coisa julgada. Por consequência, não tem força de lei. Sua natureza é de mera advertência, com efeito persuasivo, no sentido de que, após decurso do prazo, a situação não será mais aceita pela Corte Constitucional⁴⁸³. Quanto à fixação do prazo, do ponto de vista jurídico, o legislador já deveria ter aprovado uma regulação constitucional. A incompatibilidade com a norma fundamental tem como a consequência lógica a sua nulidade. Por isso, o apelo ao legislador ou a fixação de prazo é aspecto irrelevante do ponto de vista da lógica jurídica. De outro lado, a utilização do apelo ao legislador não decorre de lógica jurídica, mas sim, da necessidade ou conveniência de não se declarar a nulidade da norma⁴⁸⁴. Assim, eventual descumprimento do prazo não gera uma inconstitucionalidade automática, sendo necessário, para tanto, uma nova provocação da Corte Constitucional.

Mesmo na Alemanha, esta decisão não ficou isenta de críticas, assim resumidas: i) falta de base legal para sustentar este tipo de decisão; ii) o apelo busca compensar, mediante decisão judicial, o *déficit* no processo de deliberação parlamentar; iii) o apelo demite o

⁴⁸⁰ REVORIO. El Control... Op. cit., p. 95-96.

⁴⁸¹ REVORIO. El Control... Op. cit., p. 97-98.

⁴⁸² REVORIO. El Control... Op. cit., p. 97-98.

⁴⁸³ MENDES. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 307-310. No mesmo sentido, REVORIO, ob. cit. p. 96. Para Revorio, o apelo ao legislador: a) tem efeito meramente persuasivo e de advertência (se não corrigir e adequar, declara-se a inconstitucionalidade); b) se não o fizer, a inconstitucionalidade não é automática; c) exige-se nova provocação por meio de ação ou recurso constitucional (dupla pronúncia); d) em razão disso, esta decisão não detém característica de coisa julgada, nem força de lei.

⁴⁸⁴ REVORIO. El Control... Op. cit., p. 98.

legislador de sua responsabilidade de concretizar a Constituição; iv) o Tribunal Constitucional não dispõe de competência para estabelecer prognósticos com segurança, muito menos capacidade de definir o exato momento de conversão da situação ainda constitucional em estado de inconstitucionalidade; v) impossibilidade de determinar o momento de transição da situação constitucional para a inconstitucionalidade; vi) falta de legitimidade do Tribunal Constitucional proferir decisões sobre o desenvolvimento futuro com base apenas em prognósticos; vii) o Tribunal se abstém de emitir um juízo de desvalor da norma para evitar consequências mais danosas⁴⁸⁵.

Para Gilmar Mendes, como se trata de sentença de rejeição, restaria afastado argumento de falta de fundamento legal. A decisão nada mais faria do que constatar a existência de um processo de inconstitucionalização, ou seja, reconhecimento de situações imperfeitas sem a necessidade de declaração de inconstitucionalidade ou de nulidade. Na sua visão, embora se possa duvidar da tipificação processual, não haveria dúvidas sobre a índole jurídico-funcional quanto à possibilidade de o Tribunal Constitucional ressaltar, em “situações ainda constitucionais”, as deficiências da norma impugnada e a necessidade de sua substituição, derrogação ou complementação⁴⁸⁶.

De fato, a lei ainda constitucional se baseia na ideia de que, embora inconstitucional, por razões de impossibilidade de regulamentação pelo Tribunal Constitucional, para evitar o vazio legislativo ou, em geral, evitar as consequências políticas desastrosas, a Corte prefere conferir margem de atuação ao legislador para este que proceda à adequação à Constituição. Por isso, não há efeitos jurídicos diretos e imediatos, pois, a lei continua a ser aplicada e somente será revogada após advento de nova legislação que a substitua. Seus efeitos figuram, pois, no plano político, com apelo ao legislador⁴⁸⁷.

Por fim, é interessante observar que apelo não se dirige apenas ao Poder Legislativo, mas também aos demais juízes e Tribunais, de modo que é possível afirmar que na Alemanha

⁴⁸⁵ Nesse sentido, citados por Gilmar Mendes: BRYDE, Brun-Otto. *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden, 1982, p. 395-397 apud MENDES. *Jurisdição Constitucional*...Op. cit., p. 305-306. KLEIN, Eckart. *Verfassungsprozessrecht – Versuch einer Systematik na Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. AöR 108 (1983), p. 410 apud MENDES. *Jurisdição Constitucional*...Op. cit., p. 305-306; RUPP-V BRÜNNECK, Wiltraut. *Darf das Bundesverfassungsgericht na den Gesetzgeber appellieren?* In: *Festschrift für Gebhard Müller*. Tübingen, 1970, p. 355 apud MENDES. *Jurisdição Constitucional*...Op. cit., p. 306; EBSSEN, Ingwer. *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*. Berlim, 1985, p. 97 apud MENDES. *Jurisdição Constitucional*...Op. cit., p. 306;

⁴⁸⁶ MENDES. *Apelo ao Legislador*...Op. cit., cit. 495. MENDES. *Jurisdição Constitucional*...Op. cit., p. 306.

⁴⁸⁷ REVORIO. *El Control*...Op. cit., p. 95-96.

o apelo ao legislador não seja meramente *obiter dictum*, a exemplo do que ocorreu no julgamento do caso dos filhos havidos fora do casamento, no qual os juízes ficaram autorizados aplicar diretamente o princípio da isonomia, para igualar os direitos⁴⁸⁸. Somando-se a isso, na Alemanha sempre houve forte tendência de incorporação das decisões do tribunal constitucional pelo legislador, de modo que o apelo ao legislador sempre foi um remédio muito eficaz⁴⁸⁹.

Na Itália, denominam-se de “decisões de constitucionalidade provisória” ou “decisões de rejeição com reserva de acolhimento”, as decisões de rejeição que consideram que uma norma como “ainda não inconstitucional” e que, simultaneamente, procuram persuadir o legislador a ponderar sobre a sua alteração, advertindo-o para uma tendência para inconstitucionalidade⁴⁹⁰. Neste caso, é interessante destacar que, além da dimensão apelativa deste tipo de decisão, há também um elemento aditivo impróprio, que é o da existência de uma orientação preventiva, consignada em uma sentença de rejeição e que, por isso, não tem força obrigatória geral⁴⁹¹.

No Brasil, esta modalidade de decisão já foi utilizada pelo STF no julgamento da questão do “prazo em dobro” para defensoria pública (HC 70.514) e da possibilidade de propositura de ação civil “*ex delicto*” pelo Ministério Público (RE 147.776)⁴⁹².

3.5.3 Modulação temporal dos efeitos

Teoricamente, ciente dos problemas gerados pela decretação de anulabilidade da norma, Kelsen já havia previsto a possibilidade de modulação temporal dos efeitos *pro futuro*

⁴⁸⁸ MENDES. Apelo ao Legislador...Op. cit., p. 498.

⁴⁸⁹ MENDES. Apelo ao Legislador...Op. cit., p. 477.

⁴⁹⁰ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 273.

⁴⁹¹ Cf. MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 273; e CASTRO, op. cit., p. 90. Por sua vez, na Itália, as sentenças com componente apelativa, designadas de *sentenze com monito*, surgiram a propósito da inconstitucionalidade do artigo 2º da TULPS (*Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza*) através da qual a Corte Constitucional se deparou com um problema: ou se declarava a inconstitucionalidade, privando o Estado de um instrumento indispensável, ou, por outro lado, caso fosse mantida a norma, existiria um conflito com a Constituição. Diante do conflito, a Corte Constitucional Italiana, por meio da sentença nº 8/1957, decidiu adotar uma *terceira via*, proferido uma sentença de rejeição com apelo (*monito*) ao legislador, no sentido de alterar a situação vigente.

⁴⁹² Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 70514, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/1994, DJ 27-06-1997 PP-30225 EMENT VOL-01875-03 PP-00450; RE 147776, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 19/05/1998, DJ 19-06-1998.

da declaração de inconstitucionalidade⁴⁹³. Na Áustria houve expressa previsão Constitucional e o Tribunal austríaco seguiu bem os passos desenvolvidos por Kelsen. Em regra, a decisão de inconstitucionalidade tem efeito *ex nunc*, similar à revogação da lei, característica própria do modelo de legislador negativo, de modo que a lei se aplica a todos os fatos anteriores à anulação (art. 139.6 e art. 140.7 da Constituição Austríaca). No entanto, em 1975 houve uma reforma que permitiu conceder efeitos retroativos à decisão anulatória, sem efeitos *erga omnes*, mas apenas limitados aos processos pendentes de julgamento, que a doutrina denominou de prêmio ao recorrente. Além disso, a própria Constituição da Áustria (art. 140.5) prevê expressamente a possibilidade de o Tribunal Constitucional atrasar os efeitos da anulação *pro futuro* pelo prazo de até 18 (dezoito) meses⁴⁹⁴.

Nesse sistema austríaco, a tipologia das decisões em sede de controle de constitucionalidade engloba: a) improcedência, com declaração de conformidade da lei com a constituição; b) procedência com anulação da lei; c) procedência parcial, com anulação parcial; d) interpretação conforme à constituição; e) modelação de efeitos *pro futuro* até 18 meses. Como não há na Áustria instrumento específico para o problema da omissão inconstitucional, não raras vezes, a modulação temporal de efeitos foi o instrumento utilizado pelo Tribunal Constitucional austríaco para resolver os casos de omissões relativas⁴⁹⁵.

Nos sistemas que adotaram o padrão de nulidade das normas inconstitucionais, esta modulação, em regra, evita a retroatividade da decisão⁴⁹⁶. Como se sabe, em países como Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e Brasil, as normas declaradas inconstitucionais não são apenas anuladas (mera anulabilidade), mas afetadas pela nulidade desde a sua entrada em vigor. A sentença do Tribunal Constitucional tem caráter declarativo e não constitutivo, pois declara-se a nulidade da norma e não anula constitutivamente a norma inconstitucional. Sendo a norma nula desde a origem, por efeito da inconstitucionalidade, tornam-se igualmente inválidos, não somente os efeitos diretamente produzidos por ela (daí a reposição em vigor de

⁴⁹³ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional... Op. cit.*, p. 171-173 e p. 178.

⁴⁹⁴ REVORIO. *El Control...* Op. cit., p. 87.

⁴⁹⁵ REVORIO. *El Control...* Op. cit., p. 88.

⁴⁹⁶ Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 2º ed. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 73. Para Jorge Miranda, em razão da supremacia da Constituição como fundamento de validade do ordenamento, a declaração de inconstitucionalidade deveria adquirir, pois, eficácia retroativa ou *ex tunc*. No entanto, nem sempre o direito consagra esta postura, admitindo eficácia só para o futuro ou *ex nunc*. Assim é o art. 140 da Constituição Austríaca, o art. 136 da Constituição italiana, o art. 100, n. 4, da Constituição Grega, o art. 126 da Constituição Croata, o art. 161 da Constituição estoniana ou o art. 190, n. 3, da Constituição polaca.

normas por ela revogadas), mas também os atos jurídicos praticados ao seu abrigo⁴⁹⁷. Com efeito, a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade pode se referir tanto à eficácia repressiva da declaração de inconstitucionalidade, ou seja, eficácia retroativa (*ex nunc*) ou *pro futuro*, bem como aos efeitos repristinatórios⁴⁹⁸.

Por definição, Jorge Miranda encara a modulação de efeitos como decisões limitativas, que envolvem uma tarefa de harmonização e concordância prática e, com efeito, servem de instrumento de garantia da própria Constituição, na medida em que, caso não houvesse tal possibilidade, poderiam os órgãos de fiscalização, para evitar consequências mais gravosas, não decidir pela inconstitucionalidade⁴⁹⁹. De toda sorte, podem ser definidas como decisões judiciais que, com base no princípio da segurança jurídica e em excepcional interesse público, visam modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sendo, por isso, um meio termo entre as sentenças de simples acolhimento ou rejeição. Estas decisões podem produzir, mesmo que a título indireto, efeitos transformadores⁵⁰⁰, e, por isso, são também consideradas como sentenças intermediárias de inconstitucionalidade.

A partir de uma ordem crescente de intensidade da limitação, Jorge Miranda aponta que as decisões limitativas (modulação de efeitos) podem consistir em: a) produção de efeitos apenas a partir da decisão e/ou sem repristinação da norma revogada pela norma inconstitucional; b) declaração de inconstitucionalidade, mas com suspensão de efeitos durante certo tempo; c) declaração de inconstitucionalidade sem produção de efeitos, ou mero reconhecimento de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade⁵⁰¹. Deveras, a restrição de efeitos pode se referir a não retroatividade da decisão (*ex nunc*), a produção de efeitos somente a partir de uma data futura (*pro futuro*) ou ainda afetar os efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade.

⁴⁹⁷ CANOTILHO, J. J. GOMES; MOREIRA, VITAL. Constituição da República Portuguesa Anotada. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1985, p. 541.

⁴⁹⁸ CASTRO, op. cit., p. 101.

⁴⁹⁹ MIRANDA. Manual de Direito Constitucional. Tomo VI... Op. cit., p. 82. Para Jorge Miranda, que cita Bachof, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados, mas inclusivamente obrigado a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis consequências destas.

⁵⁰⁰ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 70.

⁵⁰¹ MIRANDA. Manual de Direito Constitucional. Tomo VI... Op. cit., p. 83-84. Ver: CANAS, op. cit., p. 80. Neste ponto, Vitalino Canas chama de decisões atípicas quanto aos efeitos, que denomina de provimento fictício. Pelo que se vê, Miranda e Canas admitem a declaração de mera incompatibilidade, como uma consequência da limitação de efeitos. Porém, em Portugal, Jorge Miranda admite decisão de mera incompatibilidade do direito alemão apenas para tratados internacionais. Fora disso, entende inadmissível.

Em primeiro lugar, no que se refere à modulação de efeitos temporais e circunstanciais da eficácia repressiva (atribuição de efeitos *ex nunc*), estas sentenças objetivam restringir temporalmente, na totalidade ou em parte, os efeitos sancionatórios com caráter retroativo da declaração de inconstitucionalidade, de modo a preservar situações jurídicas constituídas no decurso da vigência da norma inconstitucional. Busca-se evitar que os efeitos dessa declaração propiciem lesões aos imperativos da segurança jurídica e aos interesses públicos inerentes ao Estado de Direito Democrático⁵⁰².

Somente à luz do princípio da proporcionalidade pode-se transformar, em sede de uma decisão de inconstitucionalidade, o caráter excessivo ou desnecessariamente oneroso dos efeitos repressivos que a própria Constituição atribui à declaração de nulidade⁵⁰³. No caso do Brasil, conforme art. 27 da Lei n. 9.868/99 e art. 11 da Lei n. 9882/99, dois são os pressupostos necessários para esta modulação (segurança jurídica e excepcional interesse coletivo). Embora o princípio da nulidade continue a ser regra, a partir de um juízo de ponderação, fundado na proporcionalidade, é possível prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional relevante, manifestado pelo interesse público excepcional⁵⁰⁴.

O primeiro pressuposto parte a premissa de que os efeitos *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade podem desestabilizar situações jurídicas com pretensões mais ou menos razoáveis de continuidade, com potencialidade de afetar dimensões do interesse público e legítimas expectativas do interesse privado. Nesse quadro, o princípio da segurança jurídica tem relevante papel como limite aos efeitos absolutos da declaração de inconstitucionalidade. A certeza do direito é inerente à segurança jurídica. Esta, por sua vez, constitui princípio inerente ao conceito de Direito. Com efeito, “o imperativo da garantia de certeza da ordem jurídica, nas suas dimensões de estabilidade, coerência e igualdade”, permite a organização das relações sociais e jurídicas, essencialmente quanto à previsibilidade normativa de expectativas de comportamento e consequências das respectivas ações. Além disso, a segurança jurídica também mantém relação íntima com a própria noção de justiça, como um fim primacial do direito, na medida em que garante a coerência e a plena exigibilidade do direito positivo. Embora não seja fácil definir o conceito de justiça, ela assegura, por meio do direito, em função das exigências de bem comum, o respeito, a proteção da personalidade e a

⁵⁰² MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 281.

⁵⁰³ Cf. MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 282.

⁵⁰⁴ Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC E ADO: comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 561-564.

projeção da dignidade. Nessa linha, o núcleo do conceito de justiça exige uma garantia de igualdade de tratamento de situações iguais, bem como a exclusão de condutas arbitrárias⁵⁰⁵.

Por isso, a ponderação referida envolve, de um lado, o respeito ao princípio da constitucionalidade que exige, por meio da sanção de nulidade, a reconstituição, dentro do possível, da situação que havia antes da aprovação de uma norma inconstitucional, com ripristinação do direito revogado pela norma inconstitucional e eliminação de situações jurídicas construídas pela norma inválida. De outro lado, há a necessidade de salvaguardar a “paz jurídica e as legítimas expectativas das pessoas”, a partir da preservação de situações estabilizadas e geradas por atos e contratos formados e em execução, ou no respeito da norma inconstitucional e cuja destruição poderia impor sacrifícios materialmente infundados, exorbitantes ou desnecessários⁵⁰⁶.

O segundo pressuposto é uma fórmula que atua em “razão de Estado”. Nesse sentido, há uma tensão entre duas dimensões distintas do interesse público que importa avaliar e graduar, em termos de relevo e importância. Para tanto, é necessário proceder a uma ponderação de valores e interesses, a fim de demonstrar, de modo inequívoco, que o interesse público na conservação de uma situação jurídica é manifestamente superior ao interesse público de garantir o princípio da constitucionalidade, para se justificar o afastamento dos efeitos da declaração de invalidade⁵⁰⁷.

A questão sensível que se apresenta na defesa de relevante interesse coletivo é a existência de um argumento de caráter político para modulação de efeitos. Por isso, é preciso se ter em mente que não é lógico e nem aceitável que, à luz dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito e da separação de poderes, o Tribunal Constitucional possa ter discricionariedade para dispor sobre os efeitos das suas sentenças, mesmo nas situações em que a Constituição lhe confira um maior diâmetro decisório, pois, do contrário, não haveria como distingui-lo do legislador constitucional. Somado a isso, a imponderabilidade de decisões de modulação de efeitos baseadas apenas em juízos de oportunidade política afrontaria a certeza do direito e o princípio da igualdade. Os princípios da constitucionalidade, da segurança jurídica, da isonomia e a legítima expectativa das instituições públicas e particulares no resultado da declaração de inconstitucionalidade, com a restituição da situação

⁵⁰⁵ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 284-286.

⁵⁰⁶ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 286-287.

⁵⁰⁷ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., 286-290.

anterior à entrada em vigor da norma inconstitucional, não permitem análise meramente casuística e arbitrariamente proferida por razões puramente políticas e de caráter imprevisível, criando-se discriminações infundadas entre situações homólogas⁵⁰⁸.

Com efeito, a autorização Constitucional ou legal para modulação de efeitos não constitui uma delegação de poderes políticos. Por isso, o interesse público excepcional que admite a modulação de efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade é aquele necessariamente vinculado à persecução de valores e fins protegidos pela Constituição. E esta ponderação de princípios ou valores constitucionalmente protegidos não deve implicar o completo sacrifício de um deles, devendo ser preservado, numa lógica de “razoabilidade, possibilidade e probabilidade”, o conteúdo essencial de cada um⁵⁰⁹.

Em segundo lugar, no que se refere à modulação temporal de efeitos *pro futuro*, visa evitar lacunas susceptíveis de gerar graves prejuízos em termos patrimoniais ou de segurança jurídica⁵¹⁰. Há quem defenda que, ao fixar esse prazo de vigência, o Tribunal Constitucional seria um “*legislador ad interim*”⁵¹¹.

Na Áustria, a Constituição estipula o prazo de até 18 meses para o diferimento *pro futuro* dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional. Este prazo é contado a partir da publicação do acórdão, até cujo termo a norma poderá continuar a produzir efeitos. De outro lado, na Alemanha, como visto, não há previsão normativa, e este tipo de decisão está diretamente ligada às *meras declarações de inconstitucionalidade sem efeito de nulidade*⁵¹². Por regra, a norma inconstitucional é suspensa, tornando-se inaplicável pelos tribunais até que o legislador a revogue, altere ou substitua. No entanto, em situações excepcionais, fundadas em razões de segurança jurídica, o Tribunal Constitucional pode autorizar a aplicação total ou parcial de norma inconstitucional durante um período transitório ou até que ocorra a intervenção do legislador⁵¹³. Na Espanha, igualmente, estas sentenças decorrem de atividade puramente criativa dos juízes constitucionais, já que inexistem

⁵⁰⁸ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 290-291.

⁵⁰⁹ MAZZAROLI, Ludovico. Il Giudice dele Leggi tra Predeterminazione Costituzionale e Creatività. Padova, 2000.

⁵¹⁰ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 275.

⁵¹¹ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 276.

⁵¹² ROMBOLI, op. cit., p. 72.

⁵¹³ Nesse sentido: MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 275-276. Ver também: CANOTILHO, MOREIRA, op. cit., p. 1042; MIRANDA. Manual de Direito Constitucional. Tomo II...Op. cit., p. 520-521.

disposições expressas nesse sentido e, por isso, acaba havendo ampla margem de conformação.⁵¹⁴

Na Itália, este tipo de sentença esbarra no art. 136, I, c, da Constituição italiana, que determina que uma norma perde a sua vigência no dia subsequente ao da data de publicação da decisão de inconstitucionalidade. No entanto, é possível afirmar que os efeitos aproximados podem ser obtidos por meio das decisões de rejeição com reserva de acolhimento, por meio das quais a inconstitucionalidade é anunciada, porém não declarada, do que se pode extrair uma orientação ou apelo ao legislador para corrigir tal situação, sob pena de inconstitucionalidade futura⁵¹⁵.

Em Portugal, para a maioria da doutrina⁵¹⁶, não há espaço para modulação dos efeitos *pro futuro*, pois a Constituição Portuguesa põe como limite a data de publicação do acórdão, embora haja opiniões em sentido contrário⁵¹⁷. Segundo a concepção dominante⁵¹⁸, o Tribunal Constitucional não pode diferir para o futuro a produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, pois, como assinala Jorge Miranda⁵¹⁹, isso brigaria com o princípio da constitucionalidade. Enquanto a determinação da vigência temporária da norma repristinada não ofende o princípio da constitucionalidade, não estando em causa a continuação de vigência de norma inválida, a prorrogação de vigência de norma inconstitucional afronta o princípio da necessária compatibilidade dos atos vigentes com a Constituição. Carlos Blanco sugere que, em lugar da modulação de efeitos *pro futuro*, deve o Tribunal Constitucional adiar a data da publicação do acórdão, em lugar de proferir uma decisão de modulação de efeitos *pro futuro*⁵²⁰. De outro lado, para Rui Medeiros, a modulação temporal de efeitos *pro futuro* se mostra como decisão constitucionalmente adequada e eficaz para corrigir violações ao princípio da isonomia, constituindo medida decisória melhor do que o débil controle por omissão, cujo resultado é mera ciência, e que o mero adiamento arbitrário da publicação seria muito menos aceitável do que a modulação de efeitos *pro futuro*⁵²¹.

⁵¹⁴ CASTRO, op. cit., p. 101.

⁵¹⁵ Cf. MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 276. No mesmo sentido: ROMBOLI, op. cit. p. 72.

⁵¹⁶ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. p. 277.

⁵¹⁷ MEDEIROS, op. cit. p.

⁵¹⁸ CANOTILHO; MOREIRA; op. cit. p. 1042.

⁵¹⁹ MIRANDA. Manual de Direito Constitucional. Tomo II...cit. p. 520-521.

⁵²⁰ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 312-313.

⁵²¹ MEDEIROS, ob. cit. 512-522. Nesse sentido, menciona: HARTMUT SÖHN, Anwendungspflicht, p. 4 e ss apud Rui p. 522.

No Brasil, como já referido, a modulação de efeitos está disciplinada na legislação ordinária (art. 27 da Lei n. 9.868/99 e art. 11 da Lei n. 9882/99), por razões de segurança jurídica e excepcional interesse coletivo. Elival Ramos, em tom crítico, afirmou que a atribuição de modulação de efeitos por meio de lei resultou em “uma adaptação canhestra” de norma equivalente a inserida na Constituição portuguesa de 1976, mas admite que o STF tem feito o uso frequente, inclusive no âmbito incidental, como uma “tendência evolutiva do direito brasileiro rumo ao direito europeu”⁵²². Deveras, houve vários questionamentos doutrinários sobre a constitucionalidade e existem ações diretas de inconstitucionalidade em tramitação no STF (ADI 2154 e ADI 2258). Mas, de outro lado, em posição com a qual coadunamos, Gilmar Mendes defende que o art. 27 da Lei n. 9.868/99 se limita apenas a concretizar orientação que decorre do próprio sistema de controle de constitucionalidade, de modo que, a partir de um juízo de ponderação pautado no princípio da proporcionalidade, a nulidade pode ser afastada quando se revelar absolutamente inidônea para o fim perseguido, a exemplo “dos casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade”, bem como nas hipóteses em que a nulidade gerar mais danos ao próprio sistema jurídico constitucional, a exemplo de “grave ameaça à segurança jurídica”⁵²³.

Diferente da Constituição da Áustria que previu o prazo máximo de 18 meses, a Lei n. 9.868/99 não fixou prazo, o que torna problemática a definição de um limite temporal máximo. Em função disso, é crível defender que é inadmissível atribuir ao Tribunal Constitucional a discricionariedade em determinar prazos excessivamente longos, incertos ou sujeitos a verificação de fatos superveniente de ocorrência indeterminada, situação esta que gera violação clara do princípio da segurança jurídica⁵²⁴.

Por exemplo, nos julgamentos envolvendo a inconstitucionalidade da criação de municípios, o STF fixou prazo de 24 meses, o que mostra certa razoabilidade diante da complexidade das situações⁵²⁵. Estes julgamentos apresentam outra característica importante.

⁵²² RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro do controle de constitucionalidade e a constituição de 1988. In Silva Ramos, Elival e Blanco de Moraes, Carlos (coord.). Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil. Coimbra: Almedina, 1012, p. 80.

⁵²³ Cf. MENDES. Controle Abstrato de Constitucionalidade... Op. cit., p. 563-564.

⁵²⁴ MORAIS, ob. cit. p. 311. Sabe-se que, enquanto em Portugal a maioria da doutrina defende que a data de publicação do acórdão é a data limite de modulação, enquanto na Áustria a Constituição expressa o prazo máximo de 18 meses para a modulação, no Brasil a Lei 9.868 não prevê data limite, o que exige por parte de nossa Corte uma justificação específica quanto ao prazo futuro, sob pena de arbitrariedade, convalidação da decisão em opção meramente política, além de violação da segurança jurídica.

⁵²⁵ Por todos, menciono o caso paradigmático do Município baiano de Luís Eduardo Magalhães: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2240, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJ 03-08-2007.

Apesar de ter uma modulação de feitos, o STF declarou a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, o que reforça o que já foi dito, no sentido de que as duas decisões possuem grande semelhança. Além disso, é possível defender um caráter misto deste tipo de sentença, com um elemento subtrativo (apesar de a declaração não ser imediata) e um elemento aditivo (fixar um prazo de vigência transitória à norma declarada inconstitucional). Assim, “a fixação de limites temporais à vigência da norma prorrogada não radica logicamente na restrição de efeitos, constituindo um poder normativo de sentido inovador”⁵²⁶.

Por fim, a modulação de efeitos também pode incidir sobre a não repristinação do direito revogado pela norma declarada inconstitucional, tratando-se de uma modalidade secundária ou colateral da modulação dos efeitos⁵²⁷. Como se sabe, a declaração de inconstitucionalidade tem efeito repristinatório, determinando a reentrada em vigor de normas eventualmente revogadas pela norma declarada inconstitucional, constituindo um efeito direto da inconstitucionalidade, pois, sendo a norma inválida desde a origem, é inválida desde logo a revogação de normas anteriores que ela tenha afetado. Evidente que não ocorrerá tal efeito se não houver norma revogada⁵²⁸.

Nos casos de repristinação de norma anterior, o problema que se coloca é saber se o Tribunal Constitucional pode conhecer da inconstitucionalidade de normas repristinadas. Em sentido negativo, invoca-se o princípio da congruência ou da limitação ao pedido; em sentido positivo, baseia-se no caráter consequencial da apreciação da inconstitucionalidade das normas repristinadas⁵²⁹. Segundo Canotilho e Vital Moreira⁵³⁰, a solução afirmativa comporta ainda duas variantes: 1) a Corte Constitucional conhece da inconstitucionalidade das normas repristinadas, podendo declará-las inconstitucionais, evitando-se a repristinação⁵³¹; 2) a Corte Constitucional conhece apenas da inconstitucionalidade das normas repristinadas, mas não a declara, podendo invocar apenas a inconstitucionalidade para evitar o efeito repristinatório (limitação de efeitos). A primeira variante, embora possa trazer certeza ao ordenamento, implicaria no alargamento *ad aeternum* do pedido (inconstitucionalidade de repristinações

⁵²⁶ MORAIS. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 275 e 311.

⁵²⁷ MORAIS. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 315-319.

⁵²⁸ CANOTILHO; MOREIRA; op. cit. p. 542.

⁵²⁹ Sobre a inconstitucionalidade por arrastamento ou denominada de inconstitucionalidade derivada, ver: ROMBOLI, op. cit., p. 68-69.

⁵³⁰ CANOTILHO; MOREIRA; op. cit., p. 542.

⁵³¹ CANAS, Vitalino. Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional. 2ª ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, p. 136 e ss. Ver: MIRANDA. Manual de Direito Constitucional. Tomo II... Op. cit., p. 447-448.

sucessivas)⁵³². É igualmente problemática a admissibilidade de um pedido de fiscalização de inconstitucionalidade que, a título subsidiário e cumulativo, pugne pela apreciação de normas revogadas que possam ser repristinadas⁵³³.

Embora a modulação limite o efeito repristinatório, é válido observar que ela não constitui uma declaração de inconstitucionalidade da norma repristinada, até porque esta declaração é delimitada pelo princípio do pedido ou da adstrição da sentença ao pedido, principalmente no que toca ao controle abstrato e objetivo. Admite-se que esta modulação determine apenas a repristinação parcial, ou seja, que as normas que retomam vigência não irão vigorar na totalidade, mas apenas em parte⁵³⁴. De outro lado, quando se está em jogo o controle difuso de constitucionalidade, cabe registrar, com Rui Medeiros, que o princípio do pedido não impede o juiz constitucional de invalidar toda e qualquer norma jurídica inconstitucional, caso seja relevante para o caso⁵³⁵.

Portanto, diante do que foi exposto, é possível concluir que a modulação de efeitos, incorporada pelo art. 27 da Lei n. 9.868/99 e pelo art. 11 da Lei n. 9882/99, além de decorrer do próprio sistema de controle de constitucionalidade, é importante instrumento decisório a ser utilizado pelo STF, de preferência aliado à técnica de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, para o controle das omissões inconstitucionais indefinidas. Assim, por meio destas técnicas, sem se eximir do dever de guardião da constituição, é possível corrigir vícios decorrentes de benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia, nas hipóteses em que, em razão de relativa margem de discricionariedade do legislador, não há espaço para sentenças aditivas.

3.5.4 Sentenças manipulativas com efeitos aditivos

3.5.4.1 Introdução

Já restou consignado que o modelo kelseniano de legislador negativo não foi pensado para controlar as omissões do legislador, pois tem por objeto o controle da lei e não a ausência

⁵³² Cf. CANOTILHO; MOREIRA; op. cit., p. 542. Ver também: CANOTILHO, op. cit., p. 368-369.

⁵³³ CANOTILHO; MOREIRA; op. cit. p. 542.

⁵³⁴ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 315-319.

⁵³⁵ Sobre a flexibilização do princípio do pedido, ver: MEDEIROS, op. cit., p. 442 e p. 454.

total ou parcial da lei. Em especial, as omissões inconstitucionais relativas produzem consequências jurídicas que constituem uma lesão objetiva da Constituição. A inconstitucionalidade não está na omissão pura e simples, até porque deriva de uma ação discriminatória do legislador, mas sim na norma implícita (ou mesmo explícita) que acarreta violação do princípio da isonomia. Em razão disso, os Tribunais Constitucionais encontraram mecanismos, embora não perfeitos, que possibilitaram o controle das omissões relativas violadoras da isonomia⁵³⁶, dentre os quais estão as sentenças manipulativas. Mas este controle dependeu das características próprias de cada sistema constitucional que condicionaram os remédios adaptáveis à cada solução. Por exemplo, a modulação de efeitos *pro futuro* com prazo ao legislador é disciplinada na Áustria, mas não é aceita modulação na Espanha. A constitucionalidade sem nulidade tem previsão na Alemanha, mas não na Espanha. Em Portugal e no Brasil há remédio específico para omissões⁵³⁷.

Enquanto na Alemanha se optou pelo diálogo institucional⁵³⁸, pela conduta autolimitativa da Corte Constitucional e, sobretudo, pela conduta respeitosa do legislador em seguir os apelos do Tribunal⁵³⁹, na Itália as sentenças aditivas e substitutivas foram os remédios utilizados, talvez até por não haver qualquer previsão normativa para lidar com as omissões inconstitucionais relativas violadoras de direitos fundamentais⁵⁴⁰, mas principalmente em um contexto de descumprimento sistemático da Constituição após II Guerra⁵⁴¹.

Na Itália, apesar do surgimento de uma Constituição Democrática de 1947, com um catálogo completo de direitos fundamentais, não houve uma concretização imediata da pretensão revolucionária e democratizante da nova Constituição. Primeiro, havia inércia deliberada do parlamento que impedia a concretização da nova ordem constitucional e que fez o país conviver por um longo tempo com a antiga legislação fascista. Segundo, a Corte Constitucional, em razão de desentendimentos políticos em torno da lei ordinária de funcionamento, somente instalada em 1956. Terceiro, a Corte de Cassação, que ocupava o topo do Poder Judiciário e até então responsável pela última palavra, tinha comportamento

⁵³⁶ REVORIO. El Control... Op. cit., p. p. 82-83.

⁵³⁷ REVORIO. El Control... Op. cit., p. 126-127.

⁵³⁸ MENDES. Jurisdição Constitucional... Op. cit., p. 272-275. Sobre o conceito de diálogo institucional: VICTOR, op. cit. p. 217-251.

⁵³⁹ MEDEIROS, op. cit., p. 465-467.

⁵⁴⁰ Cf. LLORENTE, op. cit., p. 37. Ver CASTRO, ob. cit., p. 124

⁵⁴¹ CAMPOS, op. cit., p. 404-414.

marcadamente passivista⁵⁴². O surgimento das sentenças manipulativas tem íntima relação com a existência de omissão inconstitucional relativa e a tentativa de uma solução normativa pautada na Constituição⁵⁴³. O “ativismo judicial”⁵⁴⁴ da Corte Constitucional da Itália tem relação direta com a existência de lacunas legislativas, leis imperfeitas e até mesmo discriminatórias, cujo contexto histórico decorre do pós-fascismo e de como os poderes políticos, e o próprio judiciário ordinário, comportavam-se, omitindo-se ou não contribuindo para a adequação da ordem jurídica à nova Constituição⁵⁴⁵. Este estado de coisas configurou um verdadeiro inadimplemento constitucional contra a Constituição que acabara de nascer, fato que restou denominado por Calamandrei, ao invés de infanticídio, algo parecido com um aborto provocado⁵⁴⁶.

Nesse contexto, dois fatores foram a razão de ser das sentenças aditivas: a existência de um vazio legislativo deixado pelo legislador ou decorrente da declaração de inconstitucionalidade parcial, contra o qual as demais decisões intermediárias não foram suficientes para corrigir o vício de inconstitucionalidade⁵⁴⁷; a necessidade de se deferir uma função reparadora da ordem jurídica à jurisdição constitucional, ao lado das tradicionais

⁵⁴² Cf. CAMPOS, op. cit., p. 404-409.

⁵⁴³ REVORIO. El Control... Op. cit., ob. cit. p. 84 e ss; ROMBOLI, ob. cit. p. 64; ZAGREBELSKY, ob. cit. p. 156 e ss; MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 387 e ss; CRISAFULLI, ob. cit. p. 402 e ss.; E ainda: BELLOCCI, M. e GIOVANNETTI, ob. cit.; e D'ATENA, ob. cit.

⁵⁴⁴ Sobre o conceito de ativismo judicial, ver: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. Publicado em André Fellet (orgs). As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 387-402. Ver também: STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 589. Para Lenio Luiz Streck, um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide por argumentos de política e moral ou por convicções pessoais de cada magistrado ou de um conjunto de magistrados. De outro lado, a judicialização da política é fenômeno que surge a partir da relação entre os poderes do Estado e da tensão decorrente do deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para a jurisdição constitucional. Sobre os conceitos de ativismo e judicialização da política, confira: TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 23-33. Em obra crítica sobre tema, Clarissa Tassinari apresenta uma diferenciação dos conceitos de ativismo judicial e judicialização da política.

⁵⁴⁵ CAMPOS, op. cit., p. 404-414. Assim, na Itália, a edição de sentenças aditivas teve como fatores: a) dificuldades de efetividade da Constituição de 1947; b) omissão inicial do parlamento em atualizar o direito ordinário com base na nova Constituição; e c) conservadorismo da Corte de Cassação e da jurisdição ordinária. Aliado a isso, outros fatores também contribuíram para predomínio de remédios unilaterais pelo Tribunal Constitucional italiano, como o protagonismo quase absoluto da via incidental no sistema italiano (as leis cuja constitucionalidade a Corte reconhece foram objeto de interpretação e aplicação pelos juízes e tribunais, constituente o chamado direito vivente), e as dúvidas da doutrina e da jurisprudência que foram mantidas por muito tempo sobre os efeitos vinculantes das sentenças interpretativas de rejeição.

⁵⁴⁶ CALAMANDREI, Piero. L'Inadimplemento Costituzionale. La Costituzione e le Leggi per Attuarla. Milão: Giuffrè, 2000, p. 25 apud CAMPOS, op. cit., p. 406.

⁵⁴⁷ MEDEIROS, op. cit., p. 465. No mesmo sentido: CASTRO, op. cit., p. 121.

funções de valoração (desvalor-regra de inconstitucionalidade/nulidade), pacificação (coisa julgada) e ordenação (efeito *erga omnes* e força vinculante)⁵⁴⁸.

Evidente que a superação prática do modelo negativo de jurisdição não ficou isenta de críticas, inclusive na Itália, berço das sentenças aditivas⁵⁴⁹. A manipulação do conteúdo de um preceito, com a adição de um *quid* normativo (com ou sem ablação de segmentos normativos ideais) sem o qual a norma em exame seria inconstitucional, poderia contrariar as funções do Tribunal Constitucional. De um lado, há problemas de legitimidade da justiça constitucional decorrente da adição de uma norma à disposição sindicada, e sérios riscos de usurpar os poderes constitucionalmente atribuídos ao legislador, com violação do princípio da separação de poderes⁵⁵⁰. De outro lado, em determinadas situações, nas quais a Constituição não confere margem de discricionariedade para o legislador, as decisões podem ter fundamento extraído do próprio texto constitucional. Por isso, muito mais do que uma objeção genérica pautada em uma separação estática de poderes⁵⁵¹, é preciso analisar seus fundamentos, características, tipologia e limites para melhor compreensão deste tipo de decisão.

3.5.4.2 Conceito e classificação das sentenças com efeitos aditivos

Em sede de direito comparado, a expressão sentenças com efeitos aditivos é polissêmica⁵⁵² e por isso há várias tipologias⁵⁵³. Assim, antes de tudo, para efeito de uma

⁵⁴⁸ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 389.

⁵⁴⁹ ZAGREBELSKY, op. cit. p. 156.

⁵⁵⁰ CASTRO, op. cit. p. 121.

⁵⁵¹ Sobre a evolução da separação de poderes, ver: FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? REVISTA USP, nº 21, 1994.

⁵⁵² MIRANDA. Manual de Direito Constitucional. Tomo VI...Op. cit., p. 85-86. Para se ter ideia, Jorge Miranda trata a terminologia sentenças aditivas como sinônima de sentenças manipulativas ou modificativas. Em sentido diverso, outros doutrinadores classificam as sentenças aditivas como espécie de sentenças intermédias, manipulativas, modificativas, atípicas ou interpretativas (MORAIS, ob. cit. p. 363; CASTRO, ob. cit. p. 119 e ss.; MEDEIROS, ob. cit. p. 457; CRISAFULLI, ob. cit. p. 402; ZAGREBELSKY, ob. cit. p. 156 e ss.; ROMBOLI, ob. cit. p. 64 e ss.; BELLOCCI, M. e GIOVANNETTI, ob. cit.; e D'ATENA, ob. cit.; VEGA, ob. cit. p. 219-223; REVÓRIO. El Control...Op. cit., p. 85-103; LLORENTE, ob. cit. p. 37).

⁵⁵³ Assim, por exemplo, podemos mencionar: Jorge Pereira da Silva distingue sentenças ativas (sentenças de acolhimento com um aparte ablativa e outra reconstrutiva) das sentenças interpretativas com efeitos aditivos (decisões que contém uma interpretação conforme com a Constituição) e ainda das sentenças de mero efeito aditivo (que coincidem com o que Blanco designa de sentenças demolitórias – efeito reconstrutivo automático e decorrente do efeito ablativo). Nesse sentido: SILVA, Jorge Pereira da. Dever de Legislar e proteção Jurisdicional Contra Omissões Legislativas: contributo para uma teoria da Inconstitucionalidade por Omissão. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 122 e ss. Jorge Miranda, que coloca o termo sentenças aditivas como sinônimo de sentenças manipulativas e modificativas, classifica em sentenças aditivas (pelas quais se

classificação que contemple os diversos tipos de decisões manipulativas com efeitos aglutinativos ou substitutivos, é interessante mencionar, com Carlos Blanco, uma classificação que parte de um conceito amplo e restrito de sentenças com efeitos aditivos⁵⁵⁴.

Nestes moldes, as sentenças manipulativas com efeitos aditivos em sentido amplo são decisões no âmbito do controle de constitucionalidade que apenas criam condições para compatibilização futura, por meio de indicação de um princípio ou regra constitucional, sem efetivar uma reconstrução direta e imediata da norma inconstitucional por parte do Tribunal Constitucional⁵⁵⁵.

De outro lado, as sentenças manipulativas com efeitos aditivos em sentido estrito são decisões proferidas no controle de constitucionalidade que possuem uma parte ablativa e uma parte reconstrutiva⁵⁵⁶, e, portanto, além de reconhecer a invalidade, efetivam a correção imediata da norma inconstitucional. A componente ablativa pressupõe a desaplicação de parte de uma norma jurídica com fundamento na sua inconstitucionalidade⁵⁵⁷. Por sua vez, a componente reconstrutiva, consiste na identificação de um critério jurídico de decisão a partir da norma ou do segmento remanescente, de forma a criar condições de compatibilidade do sentido reconstruído com a Constituição⁵⁵⁸.

acrescenta um segmento normativo para uma norma ser salva), decisões integrativas (que completam uma norma com preceitos da Constituição para que possa ser válida) e decisões redutivas (que fariam cair um segmento de norma para que a mesma seja conforme a Constituição. Nesse sentido: MIRANDA. Manual de Direito Constitucional. Tomo VI...Op. cit., p. 85 e ss. Vitalino Canas denomina as sentenças manipulativas de decisões atípicas e distingue decisões aditivas, adjuntivas ou integrativas, das sentenças substitutivas (que para ele não detém autonomia, já que seria redutiva e aditiva), das sentenças injuntivas (que decorre de inconstitucionalidade deslizante, conhecida na Alemanha como lei ainda constitucional e na Itália como constitucionalidade provisória) e das sentenças diretivas (que seriam as sentenças aditivas de princípio). Aliás, Vitalino Canas apresenta os respectivos exemplos para as sentenças aditivas, a partir de precedentes do Tribunal Constitucional Italiano: a) em 1975, o TC italiano declarou a inconstitucionalidade de norma na parte em que não prevê que a gravidez possa ser interrompida quando ulterior gestação implicar dano ou perigo grave, medicamento declarado, para mãe; b) em 1956, o TC italiano proferiu sentença que integra dispositivo sobre repatriamento coativo, estabelecido por lei, prevendo a necessidade de motivação; e c) Sentença do TC declarou a inconstitucionalidade de norma que previa a participação de defensores em certos atos, mas não no interrogatório do réu, na parte em que se fazia esta exclusão, passando o defensor a participar de tais atos. Nesse sentido: CANAS, ob. cit. p. 93 e ss.

⁵⁵⁴ Este trabalho utiliza, como referencial teórico, a classificação de sentenças aditivas proposta por Carlos Blanco. Ver: MORAIS. *Justiça Constitucional...* Op. cit., p. 370-434.

⁵⁵⁵ MORAIS. *Justiça Constitucional...* Op. cit., p. 364. São, pois, “... as decisões positivas de inconstitucionalidade de cujo conteúdo resulte, tanto um juízo de invalidade, como a indicação de uma norma ou de um princípio normativo que assegurem a criação de condições para que o direito que conformou o objecto da mesma sentença se compatibilize futuramente com a Constituição”.

⁵⁵⁶ MORAIS. *Justiça Constitucional...* Op. cit., p. 364.

⁵⁵⁷ Em países onde não há decisão de constitucionalidade com efeito vinculante, a exemplo de Portugal e Itália, a doutrina entende que as sentenças aditivas devem ser necessariamente sentenças de provimento, única capaz de produzir coisa julgada e recompor o sentido da norma.

⁵⁵⁸ CASTRO, op. cit. p. 122.

Nesta linha, as sentenças aditivas em sentido estrito possuem um conteúdo necessário constituído por: a) uma componente ablativa, que supõe a eliminação ou desaplicação, em regra parcial, de uma norma jurídica, com fundamento na sua inconstitucionalidade; b) uma componente reconstrutiva, que consiste na identificação de um critério jurídico de decisão extraído da norma ou do segmento remanescente de um regime normativo, com o fim de criar condições de conformidade do sentido recomposto da disposição normativa com a Constituição⁵⁵⁹. Trata-se de uma decisão de inconstitucionalidade parcial que pressupõe a eliminação de um segmento afetado pela invalidade, de modo que, com amparo no segmento remanescente, o Tribunal faz a reconstrução de um sentido para adequá-lo à Constituição. Esta declaração de inconstitucionalidade parcial pode ser tanto qualitativa (sem redução de texto) quanto quantitativa (com redução de texto). Em regra, as decisões com efeitos aditivos censuram silêncios parciais do legislador violadores da isonomia (omissão relativa).

A doutrina italiana⁵⁶⁰ entende que esta decisão é uma variação da sentença interpretativa de acolhimento, porém a componente aditiva “não deve criar algo novo do nada”⁵⁶¹. A criatividade da componente aditiva da sentença é limitada. O “*quid pluris*” normativo aditado na sentença, para que seja conforme com a Constituição, não deve constituir, pois, uma inovação normativa “*ex nihilo*” pelo Tribunal Constitucional, mas sim deve partir de um critério de decisão já existente no ordenamento jurídico a ser revelado e individualizado no caso⁵⁶².

A componente aditiva também pode decorrer de uma decisão de inconstitucionalidade de norma especial ou excepcional que regula determinado fato, cuja eliminação dessa norma especial ou excepcional implica na regulação pelo direito ordinário de conteúdo mais geral ou mesmo por uma norma constitucional. Nesta hipótese, a inconstitucionalidade de parte ou da totalidade de uma norma gera aplicação automática de regimes supletivos da primeira. Trata-se da chamada sentença demolitória, como se verá a seguir⁵⁶³. Por isso que nem toda sentença aditiva é uma espécie avançada de sentença interpretativa de acolhimento, pois, na hipótese de

⁵⁵⁹ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 389. No mesmo sentido: ROMBOLI, op. cit. p. 65.

⁵⁶⁰ ZAGREBELSKY, op. cit. p. 156 e ss. As sentenças manipulativas são decisões de acolhimento que determinam a modificação dos significados originalmente possíveis dos textos normativos. São distintas, porém, das decisões em que a “manipulação” ocorre apenas através da eliminação das normas expressas nos textos (seja pela inconstitucionalidade parcial ou sentença interpretativa de acolhimento) das decisões que pretendem valer positivamente, “*per innovare l’ordinamento attraverso l’indroduzione di norme diverse da quelle precedentemente espresse o ricavabili dai testi*” (p. 156).

⁵⁶¹ CRISAFULLI, ob. cit. p. 407-408. “legislação da Corte não é livre, como a do parlamento, mas antes uma “*legislazione a rime obbligate*”.

⁵⁶² MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 368.

⁵⁶³ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 366-367.

sentença demolitória, com a eliminação da regra de exceção ou de derrogação de outra norma de conteúdo mais extenso, o efeito ablativo provoca um alargamento automático do âmbito de previsão⁵⁶⁴.

De toda forma, em ambos os casos, a adição de um critério normativo, seja por meio de atividade interpretativa ou pelo alargamento automático, pressupõe uma declaração de inconstitucionalidade parcial da norma. Por isso, a doutrina afirma que as sentenças com efeitos aditivos são, em regra, decisões de acolhimento⁵⁶⁵, uma vez que operação aglutinativa altera o sentido primitivo de norma ou de conjugação de normas julgadas parcialmente inconstitucionais.

Diante destas considerações, na linha de Carlos Blanco, as sentenças manipulativas com efeitos aditivos são classificadas em: i) sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos; ii) sentenças aditivas em sentido estrito; iii) sentenças aditivas de princípio (aditivas em sentido amplo); e iv) sentenças substitutivas⁵⁶⁶. Trataremos a seguir de cada uma delas.

3.5.4.3 Sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos

Conhecidas na doutrina italiana como sentenças demolitórias⁵⁶⁷, por retirar barreiras restritivas quanto ao âmbito de aplicação da norma, enquanto que em Portugal Jorge Pereira da Silva define como sentenças com “meros efeitos aditivos”⁵⁶⁸, estas decisões aditivas se caracterizam por ter apenas o elemento ablativo, já que o efeito manipulativo se dá automaticamente com o resultado da supressão de uma norma especial, excludente, excepcional ou proibitiva⁵⁶⁹. Nesse caso, a exclusão de uma disposição excepcional, acaba

⁵⁶⁴ MORAIS. *Justiça Constitucional...* Op. cit., p. 368.

⁵⁶⁵ MORAIS. *Justiça Constitucional...* Op. cit., p. 364-367. No mesmo sentido: ZAGREBELSKY, op. cit. p. 156 e ss. No Brasil veja: BRUST. *Interpretação...* Op. cit., p. 509. Para Leo Brust, as sentenças manipulativas apenas podem ser decisões de inconstitucionalidade.

⁵⁶⁶ MORAIS. *Justiça Constitucional...* Op. cit., p. 371.

⁵⁶⁷ Cf. SPADARO, Antonio Ruggeri. *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*. Torino, 1998, p. 207, apud MORAIS. *Justiça Constitucional...* Op. cit., p. 376. E ainda: SILVESTRE, ob. cit. p. 1684 e ss.; ROMBOLI, ob. cit. p. 65 e 69; D'ATENA, ob. cit. p. 7.

⁵⁶⁸ SILVA, Jorge Pereira, op. cit. p. 122 e ss.

⁵⁶⁹ MORAIS. *Justiça Constitucional...* Op. cit., p. 376.

por alargar o âmbito da regulamentação legal⁵⁷⁰. Não há, pois, uma atividade reconstrutiva por parte do Tribunal Constitucional.

A lógica destas sentenças consiste na eliminação de parte da norma prevista na disposição e na ampliação automática do âmbito aplicativo de outra norma (que pode se encontrar ou não na mesma disposição), cuja componente ablativa pode decorrer de uma redução de texto (decisão parcial quantitativa) ou da eliminação apenas do segmento normativo ideal (decisão parcial qualitativa). Nestas situações, o preceito eliminado constitui, em regra, norma que restringe inconstitucionalmente a titularidade ou o exercício de um direito, ou subtrai explícita ou implicitamente, sem fundamento material atendível, um grupo de pessoas do exercício de um direito ou da sujeição a uma obrigação quem tenham sido determinados a outro grupo de pessoas posicionadas em situação homóloga, em violação ao princípio da igualdade⁵⁷¹.

Nesse sentido, a componente aditiva da sentença não é conformada por uma regra adicionada criativamente pelo Tribunal, mas sim, constitui consequência direta da ampliação automática de aplicação da norma, a partir da eliminação do preceito inconstitucional restritivo. Não se trata de uma sentença de natureza necessariamente interpretativa, uma vez que a aplicação da regra em favor dos excluídos não resulta, muitas vezes, de operação hermenêutica criativa ou integrativa, mas de uma dilação lógica do campo aplicativo (há, pois, um efeito automático)⁵⁷².

Em verdade, todo juízo de inconstitucionalidade determina, fatalmente, a produção de novos efeitos. Nas decisões redutivas (inconstitucionalidade parcial qualitativa ou quantitativa) há sempre a possibilidade de um novo desenho para o tratamento normativo. E quando produzem, ainda que indiretamente ou automaticamente efeitos aditivos, enquadram-

⁵⁷⁰ MEDEIROS, ob. cit. p. 469 e 479.

⁵⁷¹ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 376. Conforme Blanco, em Portugal são extraídos os seguintes exemplos: a) Acórdão 962/96, por meio do qual o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade de duas normas na parte em que condicionavam a concessão de assistência judiciária em caso de insuficiência econômica a estrangeiros ou apátridas aos que tivesse sido concedido asilo ou o estatuto do refugiado. Com isso, estavam desprovidos todos os demais que impugnassem contenciosamente o ato que indeferia asilo ou concessão de estatuto de refugiado. A decisão declarou a nulidade dos segmentos ideais normativos que obstavam apoio judiciário em caso de impugnação do próprio ato denegatório de asilo e ampliou automaticamente o benefício às demais pessoas em igual situação; b) Acórdão 143/85, o qual teve por objeto norma do Estatuto da OAB que determinava a incompatibilidade do exercício de advocacia com a função pública, “*excepto no que toca à docência do Direito*”. A Corte declarou a inconstitucionalidade da parte que restringia o exercício da docência ao ensino em Direito, tendo como efeito automático a extensão do benefício à docência em qualquer área do conhecimento.

⁵⁷² MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 376 e ss.

se na categoria das decisões manipulativas⁵⁷³. Bem por isso, adverte Gustavo Zagrebelsky que as sentenças aditivas devem ser avaliadas com base nos efeitos normativos produzidos e não apenas com base no perfil formalmente negativo ou positivo da decisão. Ou seja, mesmo que uma decisão seja formalmente negativa, com apenas uma declaração de inconstitucionalidade parcial (elemento ablativo), a eliminação desta parte da norma pode mudar todo o sentido normativo conferido pelo legislador⁵⁷⁴.

Com base nestas ideias, Rui Medeiros defende uma distinção entre sentenças aditivas e decisões redutivas, ao afirmar que a simples eliminação de parte da norma não pode, sob a capa de uma operação aparentemente redutiva, introduzir novas normas, pois esta correção da lei não deve ser efetivada “quando o resultado que se pretende alcançar não se harmonize com a teleologia imanente à lei”⁵⁷⁵. Para ele, as decisões modificativas ou manipulativas não se limitam a suprimir a norma, deixando-se gerar outras a partir das fontes de direito existentes. O seu objetivo é transformar o próprio significado da lei e não simplesmente eliminar uma das partes. Neste caso, para ele, “O Tribunal atua, portanto, como legislador positivo”⁵⁷⁶. Mas, no caso de leis discriminatórias violadoras da isonomia, a decisão demolitória atinge unicamente a norma que expressamente exclui do âmbito de aplicação da lei certas categorias de pessoas. Não provoca, pois, um vazio no ordenamento jurídico, já que a situação de fato regulada pela norma considerada inconstitucional passa automaticamente a ser regulada pela norma que serviu de comparação. Por isso, embora o Tribunal Constitucional se limite a atuar como um mero *legislador negativo*, na prática profere uma decisão com efeitos aditivos⁵⁷⁷.

Assim, mesmo que os efeitos aditivos sejam uma decorrência lógica da declaração de inconstitucionalidade da norma de exclusão ou de exceção, o fato é que, ao menos nos casos

⁵⁷³ MEDEIROS, op. cit. p. 486.

⁵⁷⁴ ZAGREBELSKY, op. cit. p. 156.

⁵⁷⁵ MEDEIROS, op. cit. p. 316.

⁵⁷⁶ MEDEIROS, op. cit. p. 487-488.

⁵⁷⁷ MEDEIROS, op. cit. p. 488. Para o autor, uma decisão modificativa também pode surgir fora do domínio das violações do princípio da isonomia, sob a capa de uma decisão de inconstitucionalidade parcial, que atribui assentos a um sentido e uma eficácia modificativa. (exemplo Acórdão 810/93 Portugal). Na Itália, cita como exemplo, que o Código Penal Italiano previa que o ultraje do parlamento ou do Tribunal Constitucional fazia depender a ação de autorização, respectivamente, do próprio parlamento ou do ministro da justiça (vinculado ao executivo). A Corte Constitucional entendeu que a autorização ao Ministro da Justiça violava o estatuto do Tribunal Constitucional e o discriminava frente ao Parlamento. A Sentença ° 15 de 17 de fevereiro de 1969 declarou, em conformidade, a inconstitucionalidade parcial do preceito, na parte em que atribuída a autorização ao Ministro da Justiça, em vez de o atribuir à própria Corte. A decisão não determinou a aplicação do regime geral da ação penal (MP), mas sim a necessidade de autorização do próprio Tribunal. Cita: MODUGNO, Franco. Corollari del principio di “legittimità costituzionale” e sentenze “sostitutive” della Corte. In: Giur. Cost., 1969, I, 1969, p. 91 e ss; e MONTESANO, Luigio. Sulle sentenze di incostituzionalità “interpretative”. In: Giur. Ital., 1969, p. 101-102 apud MEDEIROS, op. cit. p. 489.

de aumento de despesa pública, como bem observa Carlos Blanco, como a componente reconstrutiva resulta de um fenômeno lógico de aplicação de regras de direito com diferente densidade e extensão, estas decisões tendem a ser mais aceitáveis a nível doutrinário e jurisprudencial do que as demais decisões aditivas, sem alegações de usurpação de poderes, na medida em que se teria uma extensão automática da previsão legal⁵⁷⁸.

3.5.4.4 *Sentenças aditivas em sentido estrito*

As sentenças aditivas em sentido estrito consistem, em regra, em decisões de acolhimento que não apenas julgam uma inconstitucionalidade parcial de uma disposição normativa, mas que também reparam imediatamente o silêncio decorrente do quadro de invalidade ou da lacuna derivada da própria componente ablativa da sentença, através da identificação de uma norma aplicável⁵⁷⁹.

Diferente das decisões demolitórias ou redutivas com efeitos aditivos, nas sentenças aditivas em sentido estrito há uma operação reconstrutiva com fins corretivos, que pode se fundar em três ordens justificantes, assim sintetizadas: a) em razão de uma necessidade de preencher a omissão relativa censurada pela componente ablativa da decisão de inconstitucionalidade, mediante a identificação da norma ou do segmento normativo em falta; b) em razão da necessidade de integrar a lacuna técnica gerada pelos próprios efeitos ablativos da decisão de inconstitucionalidade, seja pela possibilidade ou inadequação de uma repriminção ou pela necessidade de evitar prejuízos de ordem mais grave, com a subsistência da lacuna; c) em razão da necessidade de reconstruir o sentido de um preceito por uma decisão de inconstitucionalidade parcial de norma inconstitucional compressiva de direitos ou garantias fundamentais⁵⁸⁰.

Além disso, as sentenças aditivas em sentido estrito podem ser classificadas: a) quanto à natureza do bem protegido: aditivas de garantia ou de prestação; b) quanto à forma da operação ablativa aditivas: aditivas com ou sem redução de texto; c) quanto às razões da

⁵⁷⁸ MORAIS. *Justiça Constitucional...* Op. cit., p. 376.

⁵⁷⁹ MORAIS. *Justiça Constitucional...* Op. cit., p. 381.

⁵⁸⁰ MORAIS. *Justiça Constitucional...* Op. cit., p. 382.

operação reconstrutiva: aditivas corretivas ou integrativas, as quais ainda podem ser classificadas em aditivas constitucionalmente obrigatórias ou discricionárias⁵⁸¹.

Em primeiro lugar, quanto à natureza do bem protegido, a subdivisão das sentenças aditivas de garantia e de prestação tem como parâmetro a clássica divisão entre direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensão. Com efeito, as sentenças aditivas de garantia consistem em decisões que julgam e reparam, com efeitos imediatos, a inconstitucionalidade parcial de uma disposição normativa violadora de direitos, liberdades e garantias e de certas garantias institucionais protegidas pela Constituição, englobados dentro uma dimensão negativa de direitos fundamentais⁵⁸². Neste tipo de sentença, a jurisdição constitucional declara a nulidade, assinala o vício causador e se pronuncia sobre o modo de reparação. Aqui é possível efetivar a tutela do princípio da igualdade, com ou sem a associação de outros direitos de inequívoco valor constitucional⁵⁸³. De outro lado, as sentenças aditivas de prestação são decisões nas quais princípios constitucionais de dimensão positiva, a exemplo da igualdade, condicionam o exercício de direitos econômicos, sociais e culturais. A distinção é a de que a componente aditiva não apenas reconhece um direito e sua proteção, mas também a realização material de uma tarefa em favor de um titular ou a outorga de um benefício patrimonial⁵⁸⁴.

Em segundo lugar, quanto à forma como efetivada a operação ablativa, as sentenças aditivas podem decorrer de uma declaração de parcial inconstitucionalidade com ou sem redução de texto.

Na análise das decisões interpretativas, restou consignado que a inconstitucionalidade parcial pode ocorrer com ou sem a redução de texto normativo, na medida em que texto não se confunde com norma⁵⁸⁵. A diferença está apenas na parte ablativa da decisão, sendo que, na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, há a eliminação de um sentido

⁵⁸¹ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 382-383 e ss.

⁵⁸² Sobre as dimensões dos direitos fundamentais: CANOTILHO, op. cit., p. 393-410. MIRANDA, Jorge Miranda. Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2006, p. 111-155.

⁵⁸³ O exemplo dado por Carlos Blanco é o caso do AC. 103/87, por meio do qual o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade da Lei de Defesa Nacional de Portugal na parte em que restringiu direito de queixa por parte de agentes militares à exclusiva tutela de seus direitos, liberdades e garantias. Declarou a inconstitucionalidade da parte em que vedava o direito de queixa por ações ou omissões dos poderes públicos, direito este reconhecido pelo art. 23º CRP aos demais cidadãos. Nesse sentido: MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 385.

⁵⁸⁴ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 383-384. É o caso italiano das pensões ao cônjuge sobrevivente, que o Tribunal Constitucional estendeu benefício ao parceiro da união de fato (Sentença 125 de 1982).

⁵⁸⁵ ZAGREBELSKY, op. cit. p. 146-148;

normativo ideal emergente de uma disposição, e a concomitante identificação de uma norma ou de um segmento normativo faltante, indispensável para tornar o preceito normativo compatível com a Constituição. Em outros termos, além de eliminar um segmento normativo ideal do preceito, na medida em que não incluiu ou implicitamente excluiu um grupo de pessoas em igual situação, a decisão indica a regulação que se encontra em falta. Frisa-se que a eficácia da sentença não se projeta sobre o texto, mas sobre o conteúdo das normas que são extraídas do texto pela via interpretativa. Com efeito, o juízo de invalidade recai sobre a norma ideal ou implícita, o que aproxima esta decisão das sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa (interpretativa de acolhimento), com a diferença de que nestas últimas não há o efeito aditivo. Já na inconstitucionalidade parcial com redução de texto, a decisão não retira uma norma ideal ou implícita do texto, mas afeta uma “norma com carácter explícito, inseparável do texto da disposição impugnada”⁵⁸⁶. Em certos pontos, aproxima-se da sentença demolitória com efeitos aditivos, uma vez que, mediante a eliminação de uma norma restritiva ou discriminatória, amplia o âmbito de incidência. No entanto, na sentença aditiva em sentido estrito com redução de texto a extensão não é automática, mas decorre de atividade interpretativa e reconstrutiva da jurisdição constitucional. O ponto em comum entre as duas classificações é a componente reconstrutiva, pois em ambos os casos há a adição de um “*quid*” normativo ao segmento remanescente de norma julgada parcialmente inconstitucional, com fim de reparar a invalidade gerada⁵⁸⁷.

Em terceiro lugar, no que tange aos fundamentos da operação reconstrutiva, é interessante diferenciar as sentenças aditivas corretivas das integrativas, as quais podem surgir tanto de uma declaração de inconstitucionalidade de omissões parciais seguida de reparação do silêncio inconstitucional, como do preenchimento do vazio gerado pelos efeitos ablativos da própria decisão de inconstitucionalidade.

A distinção reside no fato de que na sentença aditiva de conteúdo corretivo a componente “reconstrutiva” procura, por meio da revelação ou indicação de uma norma, transformar o sentido originário do preceito julgado parcialmente inconstitucional, de forma a compatibilizá-lo com a Constituição. De outro lado, nas sentenças aditivas integrativas, o Tribunal Constitucional pretende apenas colmatar uma lacuna técnica ocasionada, direta ou indiretamente, pelo efeito ablativo próprio da decisão, materializando-se a operação aditiva através da identificação na sentença de uma norma aplicável já existente na ordem jurídica.

⁵⁸⁶ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 385-389.

⁵⁸⁷ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 389.

Por isso, que nesta decisão o objetivo é “cicatrizando reconstitivamente uma incisão operada pela própria sentença no tecido normativo, depois de se proceder à remoção de uma norma inconstitucional”⁵⁸⁸. A operação integrativa pode ser desencadeada, seja para acautelar exigências de justiça, segurança jurídica e completude no ordenamento, seja para evitar potenciais cenários de inconstitucionalidade propulsionados pela própria sentença, nomeadamente por violação do princípio da proteção da confiança.

De todo modo, as operações corretivas e integrativas não podem criar um direito novo, a pretexto de colmatar um vazio jurídico, mas apenas recorrer a normas jurídicas já existentes no ordenamento. Do contrário, com a criação de disciplina não existente, haveria violação clara do campo reservado ao legislador e a sentença aditiva seria inválida. Por isso, a operação reconstrutiva deve estar sempre amparada em um princípio ou regra constitucional⁵⁸⁹.

Por fim, talvez a mais importante das classificações das sentenças aditivas em sentido estrito, para efeito de se apurar não apenas a admissibilidade, mas a própria legitimidade de uma decisão manipulativa aditiva se torna relevante distinguir as sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias das sentenças aditivas de conteúdo discricionário.

Em sede do direito italiano, onde as sentenças aditivas foram amplamente aplicadas pela Corte Constitucional e debatidas pela doutrina, coube a Crisafulli a iniciativa de apontar uma orientação que se tornou dominante para a adoção de sentenças aditivas. Segundo suas ideias, apenas são admissíveis sentenças aditivas que decorram de uma solução constitucional obrigatória e única e que não se defrontem com opções políticas alternativas no preenchimento da lacuna axiológica ou técnica⁵⁹⁰.

A doutrina minoritária na Itália critica tal posicionamento, ao argumento de que o Tribunal Constitucional atuaria como legislador paralelo⁵⁹¹, ou ainda que a ideia de que a jurisprudência constitucional se desenvolve “a *rime obbligate*” constitui a mais euclidiana das formas poéticas utilizadas pela Corte Constitucional e, por isso, navega por águas abertas. Ou pior, somente com ingenuidade seria possível sustentar que as decisões normativas da *Corte Costituzionale* são fruto de decisões “a *rime obbligate*” ou até “*obbligatissime*” impostas pelas normas constitucionais, sendo evidente, pelo contrário, que o Tribunal Constitucional

⁵⁸⁸ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., 390-391.

⁵⁸⁹ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 391.

⁵⁹⁰ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 393.

⁵⁹¹ ZAGREBELSKY, op. cit. p. 156 e ss.

escolhe frequentemente de forma discricionária entre uma multiplicidade de soluções abstrativamente possíveis⁵⁹². Na Espanha, Rubio Llorente diz que as sentenças aditivas são uma forma de criação ativa do direito, violam o princípio da separação de poderes e constituem uma patologia no controle de constitucionalidade. Apesar disso, ressalta que esta criação não decorre de simples considerações de conveniência e oportunidade, sendo diferente da criação do legislador. Concorde ele que não se trata, pois, de criação livre, mas de criação vinculada ou declaração de um direito preexistente pelo Tribunal Constitucional. Desta feita, há a criação do conteúdo do preceito constitucional, mediante a eliminação de um enunciado legal, disposição ou norma dele extraída⁵⁹³.

Diante das críticas, Crisafulli defende que mesmos nos casos de decisões aditivas e substitutivas, não é verdade o Tribunal exerce uma função legislativa em substituição aos órgãos originários. Para além das razões práticas que deram origem a estas decisões, durante muito tempo na Itália, a inércia do Parlamento impediu a adaptação da legislação ordinária à Constituição e às decisões da Corte Constitucional, ocasionando a criação de lacunas inconstitucionais, sendo estas a grande causa do exercício de uma função aditiva e "substitutiva" realizada pelo Tribunal constitucional e efetivada com base no texto constitucional⁵⁹⁴. Nesse sentido, a "Corte non crea, essa, liberamente (come farebbe il legislatore) a norma, ma si limita a individuare quella – già implicata nel sistema"⁵⁹⁵.

Em outras palavras, não há criação livre do direito, mas mera identificação de uma norma implícita no sistema ou decorrente das disposições constitucionais dotadas de capacidade de autoaplicação e, de fato, aplicadas diretamente pelo Tribunal Constitucional para suprir a lacuna⁵⁹⁶. E estas normas constitucionais, segundo afirma, seriam "*a rime obbligate*", de maneira que não haveria como decidir de outro modo⁵⁹⁷. Portanto, a

⁵⁹² MEDEIROS, op. cit. p. 463. Ver críticas citadas em: SAITA, Antonio. Logica e retorica nella decisioni della Corte Costituzionale, Milano, 1996, pl. 311 e 312 apud MEDIEROS, op. cit. p. 463; D'ORAZIO, Giustino. Le sentenze costituzionale additive tra esaltazione e contestazione, in RTDP, 1992, p. 67, apud MEDEIROS, op. cit. p. 463; PERSICO, Giovanni. Sentenze additive o funzione legislativa della Corte Costituzionale, in Quad. Reg., 1991, p. 19 e ss. apud MEDEIROS, op. cit. p. 463. No mesmo sentido ver LLORENTE, op. cit. p.

⁵⁹³ LLORENTE, op. cit. p. 37-39.

⁵⁹⁴ CRISAFULLI, op. cit. p. 46-407.

⁵⁹⁵ CRISAFULLI, op. cit. 407.

⁵⁹⁶ CRISAFULLI, op. cit. P. 407-408.

⁵⁹⁷ CRISAFULLI, ob. cit. p. 408. Estas decisões aditivas ou substitutivas não seriam uma legislação propriamente dita, mas uma solução constitucionalmente obrigatória "*a rime obbligate*". No exemplo de Crisafulli, diante de Sentença n. 15 de 1969, de natureza substitutiva, a Corte Constitucional analisou o art. 313, terceiro parágrafo, do CP, que previa a requisição do Ministro da Justiça para proceder ao crime de desacato praticado contra o Tribunal Constitucional e declarada inconstitucional nesta parte, determinando, em substituição, que a autorização é da responsabilidade do próprio Tribunal Constitucional. Neste caso, Segundo

“legislação” da Corte não é livre, como a do parlamento, mas antes uma “*legislazione a rime obbligate*”⁵⁹⁸.

A essência da solução constitucionalmente obrigatória é justamente evitar que sentenças aditivas sejam decorrência de uma valoração discricionária, mas fruto de uma consequência necessária de um juízo de inconstitucionalidade, por força do qual a jurisdição constitucional deva proceder a uma “extensão necessária por razões lógicas”⁵⁹⁹. É neste contexto que Crisafulli coloca como figura nuclear das sentenças aditivas “*a rime obbligate*” ou sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias⁶⁰⁰. Por isso, pelo menos em sede de direito comparado, há certo assentimento doutrinário em torno da ideia segundo a qual, “as sentenças aditivas ou são constitucionalmente obrigatórias, ou são juridicamente ilegítimas”⁶⁰¹.

Mas a dificuldade de definir o que é constitucionalmente obrigatório enseja outros desafios. Pensando nisso, Carlos Blanco traça pressupostos para uma sentença constitucionalmente obrigatória: i) que exista um vazio normativo presente em uma norma julgada inconstitucional que careça de ser preenchido ou integrado como fundamento para a reparação imediata com efeitos futuros de uma inconstitucionalidade parcial declarada; ii) que a reparação seja efetivada por meio de decisão de inconstitucionalidade, mediante uma operação reconstrutiva com eficácia autoexecutória; iii) que a norma que irá preencher o vazio jurídico constitua extensão lógica de um princípio ou regra constitucional preceptiva e exequível por si própria; iv) que a concretização a partir do princípio ou regra constitucional seja única opção determinada pela Constituição, não podendo haver outras alternativas válidas e conformes a Constituição, aptas a preencher o vazio⁶⁰².

Nesse sentido, a natureza constitucionalmente obrigatória desta operação reconstrutiva deriva do fato de que a solução corretiva ou integrativa ser única possível, não consentido outras opções verossímeis que envolvam um juízo de discricionariedade do Tribunal. Assim,

Crisafulli, autorização para proceder por desrespeito ao tribunal, cujo padrão de substituição consta do enunciado feito pelo Tribunal deriva da própria lógica do processo, dada a posição de independência absoluta da Corte Constitucional prevista constitucionalmente. Não haveria, pois, conforme a Constituição que subordinar um processo penal por desacato a Ministro da Corte Suprema à autorização do Ministro da Justiça.

⁵⁹⁸ CRISAFULLI, op. cit. p. 407-408.

⁵⁹⁹ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 393.

⁶⁰⁰ ROMBOLI, op. cit. p. 65. Segundo Romboli, para reduzir a margem de discricionariedade, deve ser uma solução obrigatória “*de rima obbligada*”.

⁶⁰¹ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 393.

⁶⁰² MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 394.

há uma única solução válida determinada pela Constituição. Não há discricionariedade, nem mesmo para o legislador. Todavia, por exigir atividade interpretativa, “*a rime obbligate*”, por si só, não afasta o problema de porosidade dos seus pressupostos. Isso porque a extensão lógica de um princípio constitucional, para efeito de produzir a componente reconstitutiva, nem sempre assume caráter puro e pode decorrer concomitantemente de medidas de valor axiológico e até de valoração política. Somado a isso, há uma relativa fragilidade em relação ao limite que baseia na “proibição de discricionariedade” imposta ao Tribunal Constitucional. Por isso, é importante objetivar os próprios pressupostos da solução constitucionalmente obrigatória quanto ao critério que permite excluir outras alternativas constitucionalmente admissíveis de preenchimento de lacuna axiológica ou técnica⁶⁰³. Por isso também que é preciso reforçar que “as sentenças constitucionalmente obrigatórias não poderão ser um mero ‘chavão’ que permita a legitimação encapotada de decisões genuinamente discricionárias”⁶⁰⁴.

No que tange aos efeitos da componente reconstitutiva, apesar de não recusar totalmente a tese da “*a rime obbligate*”, Zagrebelsky adverte que se a sentença aditiva é constitucionalmente obrigatória, então seria vinculante e, como tal, não poderia ter uma componente reconstitutiva pautada por um mero valor persuasivo⁶⁰⁵. Certamente esta crítica decorre do seu entendimento de que a parte reconstitutiva não tem efeitos vinculantes, mas apenas efeito persuasivo⁶⁰⁶. De outro lado, Crisafulli entende que tanto a parte ablativa quanto a parte reconstitutiva possuem efeitos *erga omnes*⁶⁰⁷, posição esta com a qual concordamos, pois, do contrário, não haveria correção da violação ao princípio da isonomia.

Nesse diapasão, a sentença constitucionalmente obrigatória “*a rime obbligate*” será cabível justamente nos casos de omissões relativas definidas, únicas capazes de ensejar as sentenças aditivas, conforme já destacado no início deste trabalho.

No entanto, é interessante registrar que em Congresso Luso-Italiano de Direito Constitucional, Carlos Blanco reviu seu posicionamento para admitir sentenças aditivas, de um modo relativamente mais amplo, em duas situações: a) sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias com caráter estrito: decorrente de omissão relativa definida, sem margem de discricionariedade para o legislador, portanto, com apenas uma solução

⁶⁰³ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 395.

⁶⁰⁴ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 396.

⁶⁰⁵ ZAGREBELSKY, op. cit., p. 557 e 663.

⁶⁰⁶ Nesse sentido: ZAGREBELSKY, ob. cit. p. 302.

⁶⁰⁷ Nesse sentido: CRISAFULLI, ob. cit. p. 467.

constitucionalmente válida. Neste caso, a própria Corte profere sentença aditiva para estender benefício incompatível com o princípio da isonomia; b) sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias de natureza conformadora: decorrente de omissão relativa indefinida imprópria, na qual há mais de uma opção constitucional, porém, de espectro reduzido, de tal forma que o Tribunal Constitucional pode fazer um juízo de ponderação de valoração negativa, para excluir alguma ou algumas das opções, a propósito de editar sentença aditiva⁶⁰⁸.

No segundo caso, será admissível a prolação de sentença aditiva de garantia na tutela de direitos e liberdades públicas, quando a Corte Constitucional, por meio do juízo de ponderação, puder escolher, entre duas opções aparentemente válidas constitucionalmente, com base em um conjunto de critérios objetivos de tipo seletivo-negativo que excluam a opção: a) menos verossímil, mais inovatória e geradora de menos consenso na comunidade jurídica; b) que contrarie o programa normativo do legislador; c) que tenda mais para inconstitucionalidade ou afronte princípios da segurança jurídica e relevante interesse social; d) que seja menos compatível com princípio da dignidade humana; e) que implique custos orçamentários relevantes (critério cumulativo)⁶⁰⁹.

Fora destas situações, não se recomenda o uso de sentença aditiva em sentido estrito, podendo, conforme o caso, ser passível de uma sentença aditiva de princípio⁶¹⁰.

Por fim, cabe ressaltar que as sentenças aditivas em sentido estrito enfrentam barreiras limitativas a exemplo da matéria penal, tributária e financeira. No Brasil, há quem defenda que em situações que exigem um grau maior de proteção ao cidadão, haveria uma exclusividade do legislador, sendo vedada a edição de sentenças aditivas, por exemplo, para: a) definição de infrações penais e penas (art. 5º, XX e XIX, CF); b) instituição e majoração de tributos (art. 150, I, CF); e c) fixação de remuneração de servidores públicos (art. 61, §1º, b, CF)⁶¹¹.

Entretanto, é preciso ressaltar que o princípio da legalidade, por si só, não é argumento apto a afastar o princípio da constitucionalidade, de modo que, a mera previsão constitucional

⁶⁰⁸ MORAIS, Carlos Blanco. Sobre o Conteúdo Possível das Sentenças Aditivas Constitucionalmente Obrigatórias. In: Congresso Luso-Italiano de Direito Constitucional, Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/413-361.pdf>. Acesso em: 20.11.2017.

⁶⁰⁹ MORAIS. Sobre o Conteúdo Possível das Sentenças Aditivas Constitucionalmente Obrigatórias... Op. cit.

⁶¹⁰ MORAIS. Sobre o Conteúdo Possível das Sentenças Aditivas Constitucionalmente Obrigatórias... Op. cit.

⁶¹¹ NOBRE JÚNIOR, op. cit., p. 130 e ss.

de “lei específica” não afasta o controle pela jurisdição constitucional e, por consequência, não afasta a possibilidade de edição de sentenças aditivas. No que tange à matéria penal, ensina Zagrebelsky que a limitação às sentenças aditivas decorre da necessária certeza e garantia de que os crimes estejam previstos em lei, mas isso não impede uma declaração parcial de inconstitucionalidade⁶¹². No mesmo sentido, Romboli analisa a questão, a partir de decisões aditivas da Corte Constitucional Italiana, e afirma que a exclusão de sentenças aditivas em matéria penal não se deu em si pela reserva de lei, pois deste raciocínio poderiam ser extraídas outras matérias nas quais a Constituição exige a intervenção legislativa, mas sim porque se trata de um princípio especial da legalidade das penas, que comporta uma exigência de certeza que exclui a possibilidade de configurar sentenças aditivas⁶¹³. Isso, no entanto, como aduz Canotilho, não impede a extensão de tratamento mais favorável de leis penais arbitrárias e discriminatórias⁶¹⁴.

O mesmo raciocínio se aplica em sede de direito tributário, em função do princípio da legalidade tributária (art. 150, I, CF). Porém, isso também não impede a aplicação direta da Constituição, para efeito de uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória, a exemplo do julgamento do IPMF pelo STF (ADI 939). Desta feita, a limitação das sentenças aditivas não decorre de uma simples aplicação do princípio da reserva de lei.

No que se refere às questões financeiras, a regra constitucional de exigência de indicação dos recursos financeiros não deve ser, por si só, um argumento apto a afastar o controle de constitucionalidade de leis que violam o princípio da isonomia. Por isso, esta exigência não se aplica, pelo menos pela via direta, às decisões da Corte Constitucional, por duas razões: a) a regra se refere ao legislador; b) os juízes não poderiam estar de modo algum condicionados a assumir as tarefas de indicar os meios para fazer frente a gastos derivados como efeito das decisões de inconstitucionalidade⁶¹⁵. Nesta senda, este princípio não deve condicionar ou limitar o controle de constitucionalidade, sob pena de se manter leis inconstitucionais com base em um argumento meramente econômico, retirando-se força normativa da Constituição.

⁶¹² ZAGREBELSKY, op. cit., p. 164-165.

⁶¹³ ROMBOLI, op. cit., p. 65.

⁶¹⁴ CANOTILHO, op. cit. p. 1015. “*Nas hipóteses de casos julgados em matérias de ilícito penal, ilícito disciplinar e ilícito de mera ordenação social*”, devendo-se, nestes casos, aplicar ‘*tratamento mais favorável aos indivíduos que foram sujeitos a medidas sancionatórias penais, disciplinares ou contra-ordenacionais*’.

⁶¹⁵ ROMBOLI, op. cit., p. 65-66.

É certo que as sentenças aditivas de gastos geram um paradoxo da Corte, consistente na exigência constitucional de indicação de receitas pelo legislador, sem a mesma obrigação da Corte na criação de normas. Por esta razão, sua admissibilidade passa necessariamente pelo princípio da reserva financeira do possível e suas considerações, a exemplo da sua inoponibilidade em relação ao mínimo existencial⁶¹⁶. Com efeito, não sendo a reserva do possível um valor absoluto, a Corte Constitucional deve efetivar uma ponderação entre os direitos violados e o equilíbrio financeiro e orçamentário⁶¹⁷. Basta pensar, por exemplo, em uma lei que concede benefício assistencial de forma arbitrária a determinado grupo de pessoas, deixando de fora outras pessoas em igual situação⁶¹⁸.

No que se refere às questões financeiras, como dito, é certo que a Corte Constitucional deve ter uma postura restritiva, em razão da necessidade de preservar as regras constitucionais de equilíbrio orçamentário. Este princípio se aplica ao legislador e não deve condicionar ou limitar o controle de constitucionalidade, sob pena de se manter leis inconstitucionais com base em um argumento meramente econômico, retirando-se força normativa da Constituição⁶¹⁹. Por isso, sua admissibilidade passa necessariamente pelo princípio da reserva financeira do possível e suas considerações, a exemplo da sua com o mínimo existencial.

A ponderação de bens exige, pois, com base na proporcionalidade, a avaliação entre o direito que se busca tutelar por meio de sentença aditiva constitucionalmente obrigatória e o princípio da reserva do possível. Portanto, não se descarta, de plano, a possibilidade de sentenças aditivas de gastos.

⁶¹⁶ Sobre a prevalência do mínimo existencial em relação ao princípio da reserva do possível, ver: QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*. 2ª edição. Coimbra, p. 193. SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do Possível”* / org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 435-436. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 465. CANOTILHO, ob. cit., p. 476 e 477-480. Nesse sentido, decisões do STF pela prevalência do mínimo existencial: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 581352 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013; AI 598212 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014; RE 642536 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013; STA 223 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE (Presidente), Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2008; ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004.

⁶¹⁷ ROMBOLI, op. cit., p. 66-67.

⁶¹⁸ A título de exemplo, decisão do STF sobre o LOAS, constituiu uma sentença aditiva demolitória de gastos. Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4374, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013.

⁶¹⁹ ROMBOLI, op. cit., p. 65-66. Sobre a força normativa: HESSE. *A Força Normativa*...Op. cit. p. 123 e ss.

3.5.4.5 *Sentenças aditivas de princípio (sentenças aditivas em sentido amplo)*

As sentenças aditivas de princípio são decisões positivas de inconstitucionalidade que possuem um apelo para a integração de um silêncio decorrente de uma omissão com caráter relativo, semelhante às declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da jurisprudência alemã. A semelhança entre estas decisões está, pois, na declaração de inconstitucionalidade aliada ao apelo ao legislador. A distinção é que a decisão de mera incompatibilidade não busca reparar a omissão relativa ou lacuna técnica decorrente da decisão de inconstitucionalidade⁶²⁰.

Diferem também da decisão que declara a lei constitucional em trânsito para inconstitucionalidade, pois nesta a decisão é de constitucionalidade, cujo apelo tem um valor meramente persuasivo⁶²¹. As sentenças aditivas de princípios, como dito, exprimem um juízo de inconstitucionalidade. E a componente reconstrutiva não se reduz a um apelo, mas sim, revela um princípio-parâmetro destinado a operar no quadro de uma valência múltipla⁶²².

Desta forma, a sentença aditiva de princípios possui características distintas: ela define os limites da operação reparadora de uma omissão relativa ou de uma lacuna técnica, cuja colmatação poderá ser feita pelo legislador ou pela jurisdição ordinária; ela se abstém de proceder diretamente a reparação, diante da inexistência de uma única solução válida⁶²³.

Há autores que negam o caráter aditivo às sentenças aditivas de princípio. As críticas são no sentido de que estas sentenças seriam na verdade uma sentença apelativa e não aditiva, faltando-lhe a componente reconstrutiva⁶²⁴. Conforme classificação de Carlos Blanco, a sentença de princípio é considerada uma sentença aditiva em sentido amplo, na medida em

⁶²⁰ REVORIO. El Control...Op. cit., p. 103-104.

⁶²¹ Sobre o valor persuasivo das decisões interpretativas de rejeição e a necessidade de dupla pronúncia (primeira decisão de constitucionalidade provisória aliada a apelo ao legislador ou à jurisdição ordinária e segunda decisão de inconstitucionalidade), ver: ZABREBELSKY, op. cit., p. 187.

⁶²² MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 401. Blanco acrescenta também que estas sentenças, conforme Tribunais Constitucionais portugueses, se destinam aos Tribunais comuns e ao Administrador, na questão da decisão que analisou a discriminação entre viúvos e viúvas, o TC, em vez de proferir sentença aditiva em sentido estrito, limitou-se a eliminar a norma discriminatória e proferir sentença aditiva de princípio para o juiz comum e para o administrador. Por isso, a sentença aditiva de princípio permite: a) aplicador preencher a lacuna, com extensão analógica do regime mais favorável das viúvas aos viúvos (administrador e juiz comum); b) legislador, para o futuro, proceder à igualização do regime de pensão entre viúvos e viúvas, podendo fazer novo regime.

⁶²³ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 398.

⁶²⁴ MAZZAROLLI, Ludovico. Il Giudice dele Leggi tra Predeterminazione Costituzionale e Creatività. Padova, 2000, p. 95 e ss. apud MORAIS, ob. cit. p. 400.

que, embora não efetue a reparação direta e imediata da lacuna técnica ou axiológica, cria condições para esta reparação⁶²⁵. Deveras, a componente reconstrutiva não é plena, mas o seu efeito aditivo está na indicação de princípio que precisa ser mediado pelo legislador ou pela própria jurisdição ordinária.

As sentenças aditivas de princípio são adequadas para omissões relativas indefinidas impróprias, aquelas para as quais, embora não se identifique uma regra que sirva como única solução constitucionalmente obrigatória é cabível indicar quais os princípios constitucionais específicos para remediá-las, sem vulnerar a competência discricionária do órgão normativo omissor. Com efeito, é possível individualizar a solução nos casos concretos, a despeito de a inatividade normativa persistir⁶²⁶. Assim, inexistem pressupostos para uma sentença constitucionalmente obrigatória e, mesmo diante da violação do princípio da igualdade, não há possibilidade jurídica de o Tribunal Constitucional proceder à reparação diretamente da lacuna axiológica ou técnica, tendo em vista que o vazio é “passível de integração por mais do que uma solução normativa conforme à Constituição”⁶²⁷.

Esta técnica decisória pode se revelar extremamente importante para o controle de constitucionalidade das omissões relativas indefinidas impróprias por parte do STF. Assim, por exemplo, apesar de ser tema muito controverso, no julgamento das uniões homoafetivas (ADI 4277 e ADPF 132), em lugar de o STF ter proferido sentença interpretativa com caráter aditivo, que pode até ser enquadrada como uma espécie de revisão constitucional (considerada ilegítima)⁶²⁸, que, a pretexto de fazer uma “interpretação conforme à Constituição” de dispositivos constitucionais, seria preferível ao STF ter proferido uma sentença aditiva de princípio, de modo a possibilitar ao legislador disciplinar a matéria, bem como aos juízes ordinários julgarem os processos com base nos princípios definidos pela decisão da Corte.

⁶²⁵ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 400-401.

⁶²⁶ ROMBOLI, Roberto. Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale. In: ____ (Org.) et al. Aggiornamenti in tema di proceso costituzionale (1999-2001). Torino: G. Giappichelli, 2002, p. 107-108. apud BERNARDES. Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional...Op. cit.

⁶²⁷ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 399.

⁶²⁸ Sobre o conceito de sentenças ver: MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 374. Conforme Carlos Blanco, “são sentenças que alargam, por força de operação interpretativa, o objecto da norma constitucional existente, à margem do texto e da vontade expressa ou implícita do legislador constitucional, acabando por gerar, de fato, ‘novas normas’, com pretensão valor constitucional”.

3.5.4.6 Sentenças substitutivas

As sentenças substitutivas são consideradas sentenças interpretativas de acolhimento, por meio das quais a Corte Constitucional pressupõe que o legislador deveria ter positivado uma coisa em vez de outra que se mostra incompatível com a Constituição. Com isso, esta sentença procede à substituição do segmento normativo inconstitucional por outro que lhe seja compatível. Nesta decisão manipulativa, a declaração de inconstitucionalidade incide “na parte em que” dispõe algo, “ao invés” de dispor outra coisa, operando-se a própria sentença a junção, explícita ou implícita, do “*quid*” normativo que o preceito não acolheu⁶²⁹. Em outras palavras, o Tribunal Constitucional declara a inconstitucionalidade da norma na parte em que é considerado ilegítima. Em seguida, acrescenta, em substituição, um critério diverso que não deve ser conjugado com o segmento da norma não julgado inconstitucional. A principal característica é que a componente reconstrutiva não é decorrência lógica do segmento remanescente⁶³⁰.

Há semelhanças entre as sentenças aditivas e substitutivas, ao ponto de parte da doutrina negar autonomia a estas⁶³¹. As semelhantes se referem à declaração de inconstitucionalidade parcial de norma ou preceito normativo. Ambas abarcam tanto uma componente ablativa ou eliminatória de uma norma inconstitucional, como também uma componente reconstrutiva, por via da qual se adita um critério de decisão ao segmento constitucional da norma remanescente, além do perfil reparador com eficácia imediata, que pretende conferir sentido ou salvar a parte remanescente da norma não afetada pela decisão⁶³².

No entanto, a distinção reside no fato de que as sentenças aditivas tanto podem reduzir ou não o texto normativo, enquanto as sentenças substitutivas implicam, em regra⁶³³, na ablação parcial da própria disposição, com eliminação do texto, seguido da junção de um

⁶²⁹ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit., p. 405. Ver ROMBOLI, op. cit. p. 65. a Corte declara a inconstitucionalidade da lei na parte em que prevê uma coisa, em vez de outra. Há duas partes na decisão. A primeira, demolitória da disposição impugnada; segunda, a reconstrutiva, através da qual, se procede a dotar a mesma disposição de um conteúdo diferente, de acordo com princípios constitucionais. Reconstroi o conteúdo existente, declarado inconstitucional, por outro compatível com a Constituição. Ver também: BELLOCCI, M. e GIOVANNETTI, op. cit.; e D'ATENA, op. cit.; VEGA, op. cit. p. 219-223; LLORENTE, op. cit. p. 37.

⁶³⁰ CASTRO, op. cit. p. 138-140. ZAGREBELSKY, op. cit. p. 156-162. BRUST, op. cit. p. 177-182. AMARAL, op. cit.

⁶³¹ CANAS, op. cit. p. 98. No sentido de que sentenças substitutivas não merecem tratamento autônomo.

⁶³² MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 405-407.

⁶³³ No caso do julgamento do parágrafo único do art. 14 do CPC/1973 pelo STF (ADI 2652) houve uma verdadeira sentença substitutiva sem redução de texto. Nesse sentido: BRUST, op. cit. p. 180-181.

enunciado normativo que modifica o pensamento do legislador do segmento eliminado do mesmo preceito. A segunda diferença é que a parte reconstitutiva das sentenças aditivas decorre de interpretação extensiva ou analógica do preceito ou ainda da sua integração constitucional. Nas sentenças substitutivas, o enunciado reconstutivo não deriva, em regra, da disposição impugnada, nem é consequência da parte remanescente da disposição, muito menos constitui uma solução normativa ditada por uma norma constitucional exequível em si mesma⁶³⁴.

É de se reconhecer, entretanto, que as sentenças substitutivas podem ser confundidas com sentenças aditivas do tipo integrativo⁶³⁵, já que ambas implicam ablação do texto e o preenchimento de um vazio normativo, em regra, gerado pela decisão. O que difere, entretanto, é que a componente reconstitutiva das sentenças aditivas integrativas é que as sentenças substitutivas não respeitam o “espírito” do segmento normativo eliminado, adicionando um novo preceito portador de um pensamento jurídico alternativo⁶³⁶.

As sentenças substitutivas são alvo de muitas críticas da doutrina, pois constituem típico exercício de função paralegislativa, em substituição do legislador⁶³⁷. Por isso, representam uma das mais expressivas manifestações de ativismo judicial⁶³⁸ e, por serem altamente perturbadoras do princípio da separação de poderes, são consideradas ilegítimas⁶³⁹. De outro lado, como visto, nas hipóteses de omissões inconstitucionais relativas definidas, nas quais não há margem de discricionariedade para o legislador em razão de existência de uma única solução válida imposta pela Constituição, admite-se a prolação de sentenças aditivas com o fim de corrigir a violação ao princípio da isonomia⁶⁴⁰.

No Brasil há quem defenda que no julgamento da ADI 2.652-6/DF, que estendeu a regra de exceção do art. 14, parágrafo único, do CPC anterior para advogados públicos,

⁶³⁴ MORAIS. *Justiça Constitucional*...Op. cit., p. 406. CASTRO, op. cit. p. 138-140. ZAGREBELSKY, op. cit. p. 156-162. BRUST, op. cit. p. 177-182. AMARAL, op. cit.

⁶³⁵ CANAS, op. cit. p. 94-97. MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI.. Op. cit., p. 87.

⁶³⁶ MORAIS. *Justiça Constitucional*...Op. cit., p. 407. O problema reside no fato de que as sentenças substitutivas surgiram frequentemente sob disfarce de sentença integrativa. No Brasil, basta ver o julgamento da ADI 2652.

⁶³⁷ MEDEIROS, ob. cit., p. 477. ZAGREBELSKY, ob. cit. p. 156-162.

⁶³⁸ Sobre o conceito de ativismo judicial, confira: CANON, Bradley. “Judicial Activism. *Judicature*, vol. 66, 1982-1983, p. 239. No Brasil: TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 23-24. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 52-54 e p. 64-65. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: 2015, p. 212 e ss.

⁶³⁹ MORAIS. *Justiça Constitucional*...Op. cit., p. 405.

⁶⁴⁰ CRISAFFULI, op. cit. p. 406-408.

substituindo a literalidade do texto sem, contudo, reduzi-lo, constitui típica sentença substitutiva⁶⁴¹.

⁶⁴¹ Nesse sentido: BRUST, Léo. Controle de Constitucionalidade: a Tipologia das Decisões do STF. Curitiba: Juruá Editara: 2014, p. 180-181.

4 BENEFÍCIO INCOMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Feitas as considerações conceituais sobre a omissão legislativa e sobre as decisões intermediárias ou manipulativas, cabe agora a análise de como o Supremo Tribunal Federal tem lidado com o problema das omissões inconstitucionais relativas.

É sabido que o regime de nulidade da norma inconstitucional foi o modelo adotado pela Constituição Federal de 1988⁶⁴². Assim, a norma incompatível com a Constituição é nula desde o início, produzindo efeitos *ex tunc*, retroagindo até o momento de colisão com a Constituição. A decisão tem natureza declarativa, com força obrigatória geral⁶⁴³. Este modelo, entretanto, mostrou-se extremamente seco e rígido em alguns casos, ensejando risco a outros princípios constitucionais como segurança jurídica, excepcional interesse coletivo, igualdade e proporcionalidade⁶⁴⁴. No plano teórico, a separação entre texto normativo e norma⁶⁴⁵ abriu um espaço hermenêutico inerente às sentenças interpretativas, que alteram o sentido normativo preservando o texto, com relativo caráter criativo⁶⁴⁶. No plano prático, diante especialmente das omissões relativas violadoras da isonomia, houve a necessidade de buscar alternativas decisórias que ficassem no meio termo entre as sentenças de procedência e de improcedência da ação de inconstitucionalidade, com destaque inicial para Alemanha e Itália⁶⁴⁷. As novas técnicas decisórias estavam na contramão do dogma do legislador negativo, modelo que não foi pensado para omissões inconstitucionais. De fato, as decisões interpretativas (interpretação conforme e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto), aliada à modulação de efeitos temporais, levaram as principais Cortes Constitucionais a criarem outras modalidades de decisões no controle de constitucionalidade, a exemplo das sentenças manipulativas aditivas e substitutivas na Itália, e das decisões que distinguem a decisão de inconstitucionalidade da declaração de nulidade e que reconhecem a inconstitucionalidade como um processo, como na Alemanha.

⁶⁴² MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 248.

⁶⁴³ CASTRO, op. cit. p. 61.

⁶⁴⁴ CASTRO, op. cit. p. 61. MORAIS, JC p. 248.

⁶⁴⁵ CALLEJÓN, op. cit., p. 111-112. Ver: ALEXY, op. cit. p. 51-64. ZAGREBELSKY, op. cit. p. 146-148. GUASTINI, Ricardo. Quindici Lezioni di diritto Costituzionale. Torino: Giappichelli Editore, 1991, p. 132 e ss.

⁶⁴⁶ LLORENTE, ob. cit. p. 11-40.

⁶⁴⁷ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 248.

Estas variantes tiveram notória influência no Brasil, principalmente após advento da Lei n. 9.868/99. Atualmente, apesar do grande número de decisões do Supremo Tribunal Federal que adotam a tese do legislador negativo como parâmetro autorestritivo, paralelamente, não é raro encontrar decisões de cunho manipulativo com perfil criativo.

Como o problema das omissões relativas é mais amplo, dedicaremos este capítulo apenas aos benefícios incompatíveis ao princípio da isonomia. O estudo também será limitado à análise da aplicação ou não da súmula 339 e da súmula vinculante 37 e de precedentes que aplicaram ou não estas súmulas. Assim neste capítulo, analisaremos, em primeiro lugar, a incorporação de decisões intermediárias e manipulativas pelo Supremo Tribunal Federal. Em seguida, será feita uma abordagem sobre decisões aditivas proferidas durante a vigência da súmula 339, bem como após a edição da súmula vinculante 37, editadas para conferir um padrão decisório, bem como as razões que levaram o Tribunal Constitucional a não aplicar estas súmulas. Por fim, analisaremos em que medida esta súmula vinculante é solução constitucionalmente adequada para resolver a problemática dos benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia.

4.1 Sentenças interpretativas com efeitos aditivos na jurisprudência do STF: precedentes ilustrativos

Vimos no segundo capítulo deste trabalho que as sentenças interpretativas podem gerar dois tipos de decisões: a interpretação conforme à Constituição e a inconstitucionalidade parcial qualitativa (sem redução de texto). Vimos também que as sentenças aditivas são decisões interpretativas de acolhimento, que possuem um conteúdo formado por um elemento ablativo, consistente na eliminação ou desaplicação de uma norma jurídica, com ou sem redução de texto, bem como por um elemento reconstrutivo, resultante da identificação de um critério jurídico de decisão a ser extraído da norma ou do segmento remanescente de um regime normativo, de forma a criar condições compatibilidade com a Constituição⁶⁴⁸.

Não obstante algumas lições doutrinárias, é possível verificar, a partir de uma confusão conceitual entre interpretação conforme e declaração de inconstitucionalidade

⁶⁴⁸ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit. p. 389. No mesmo sentido: ROMBOLI, ob. cit. p. 65.

parcial sem redução de texto em algumas decisões, que o STF acabou por mascarar sentenças aditivas em diversas situações.

Nas primeiras decisões com o uso da interpretação conforme à Constituição, o STF utilizou a técnica apenas para compatibilizar o preceito legal com o texto constitucional, de maneira que a interpretação conforme à Constituição sempre conduzia à declaração de constitucionalidade da lei, com o julgamento da improcedência da ação⁶⁴⁹. O exemplo clássico deste entendimento foi o julgamento da Representação 948⁶⁵⁰, julgada em 27/10/1976, cujo objeto era o pedido de inconstitucionalidade do art. 156 da Constituição do Estado de Sergipe que concedia um subsídio mensal e vitalício a “quem tiver exercido por mais da metade do prazo do respectivo mandato”. Neste julgamento, o STF proferiu sentença interpretativa de improcedência, para conferir interpretação conforme à Constituição no sentido de que estaria “implícito o caráter de permanência exigido pela Constituição Federal” para fazer *jus* ao benefício. No entanto, da análise da decisão, é possível perceber que não se excluíram apenas outras possibilidades interpretativas, mas colmatou-se lacuna identificada no texto constitucional estadual, constituindo uma decisão aditiva ou integrativa⁶⁵¹. Em outras ações julgadas antes da Constituição de 1988, a interpretação conforme a Constituição resultou na declaração de constitucionalidade de lei⁶⁵².

Em 1987, no julgamento da Representação nº 1417⁶⁵³, cumulada com representação de inconstitucionalidade, suscitou-se o significado dogmático da interpretação conforme à Constituição, bem como efeitos vinculantes à interpretação conferida pelo Tribunal Constitucional⁶⁵⁴. A Corte Constitucional decidiu que a interpretação conforme à Constituição somente poderia ser utilizada no âmbito do controle abstrato de normas. Além disso, decidiu-se que a força normativa fixada pelo Tribunal conferia efeito vinculante *inter omnes*, de modo que não seria permitido aplicar a lei censurada pelo Tribunal⁶⁵⁵. Com isso, o STF acabou por

⁶⁴⁹ BRUST, op. cit. p. 151. Ver: BITTENCOURT, op. cit., p. 95 e ss.

⁶⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rp 948, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/1976)

⁶⁵¹ Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 524-526.

⁶⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rp 1100, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/1984, DJ 18-10-1985 PP-18453 EMENT VOL-01396-01 PP-00035 RTJ VOL-00115-03 PP-00980; Rp 1163, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/1984, DJ 25-04-1986 PP-06512 EMENT VOL-01416-01 PP-00028.

⁶⁵³ A Representação Interpretativa estava prevista no art. 119, I, “I”, da Constituição de 1967/69.

⁶⁵⁴ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rp 1417, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1987, DJ 15-04-1988 PP-08397 EMENT VOL-01497-01 PP-00072.

⁶⁵⁵ Cf. voto do Min. Relator MOREIRA ALVES na Rp 1417.

decidir que a interpretação conforme à Constituição, quando fixada no controle abstrato de normas, equivaleria a uma decisão de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Contraditoriamente, no entanto, na parte dispositiva da decisão constou a “improcedência do pedido”, mantendo, na prática, a natureza de decisão de rejeição (constitucionalidade da lei)⁶⁵⁶.

Posteriormente, na ADI 491⁶⁵⁷, o STF afastou a equiparação, bem como reconheceu expressamente a autonomia da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto nos julgamentos das ADIs 939 e 1.045⁶⁵⁸. Em relação a julgados mais recentes⁶⁵⁹, se de um lado não é possível dizer que há entendimento uniforme, em razão de alguns votos que ainda equiparam os conceitos⁶⁶⁰, de outro lado, é possível apontar que restou definida a autonomia da declaração de nulidade parcial sem redução de texto e também o uso das técnicas nos controles difuso e abstrato de constitucionalidade⁶⁶¹. Sem prejuízo da confusão

⁶⁵⁶ MENDES. *Jurisdição Constitucional...* Op. cit., p. 353-354.

⁶⁵⁷ DI 491 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/1991, DJ 25-10-1991.

⁶⁵⁸ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 939, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993; e ADI 1045, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2009.

⁶⁵⁹ Há inúmeras outras decisões proferidas pelo STF, conforme menciona Rodrigo Brandão, em síntese: “(i) lei que, não fazendo menção expressa à sua retroatividade, foi interpretada no sentido de excluir a supressão de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; (ii) lei que previa que os honorários advocatícios seriam devidos aos advogados empregados deveria ser interpretada à luz da ressalva da possibilidade de estipulação em contrário; (iii) a transferência de atividades a cargo de órgão público responsável pela gestão de trânsito (DETRAN) para particulares não poderia abranger a prática de atos que envolvessem o exercício do poder de polícia; (iv) incidência de imposto de renda sobre rendimentos percebidos em aplicações financeiras “inclusive por pessoa jurídica imune” não abrangia as sujeitas à imunidade recíproca; (v) dispositivo que excluía a incidência de inovações legislativas a processos penais em curso deveria ser interpretado sob a ressalva da aplicação das normas benéficas ao réu etc”. Cf. julgados mencionados respectivamente: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.236, DJ, 26/04/1996; ADI 1.194, RTJ, v. 162, t. 3, p. 857 e ss.; ADI 1.666, DJ, 22/06/1999; ADI 1.758, DJ, 22/05/1998; ADI 1.719, DJ, 27/02/1998. Nesse sentido: BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. *Revista de Direito, Estado e Sociedade da PUC-RIO*, n. 44., Jan./jun. 2014, p. 189-220. Ver: SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 210.

⁶⁶⁰ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 399249 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 25/05/2004.

⁶⁶¹ A título de exemplo, decisões de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4426, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2011; ADI 1648, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2011; ADI 4357, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013; ARE 660010, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/2014; ADI 4650, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015; ADI 3278, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016. E decisões com interpretação conforme à Constituição: (ADI 3324, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2004).

conceitual e da persistente equiparação por alguns Ministros do STF⁶⁶², estas decisões fazem parte da tipologia das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

A autonomia da interpretação conforme à Constituição e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto restou expressamente reconhecida pelo parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99, com eficácia geral obrigatória e os efeitos vinculantes para ambos os casos⁶⁶³. Por isso, atualmente, parece inevitável reconhecer esta autonomia, não somente em razão da previsão legal, mas também pelo disposto no §2º do art. 102 da Constituição da República⁶⁶⁴.

E, para além da compreensão conceitual e autonomia, a análise se torna ainda mais relevante, haja vista que, não raras vezes, o Tribunal Constitucional se utilizou de ambas decisões interpretativas para proferir sentenças cujos efeitos categoricamente assumiram um perfil de caráter aditivo⁶⁶⁵, sob as vestes de uma interpretação conforme ou de uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto⁶⁶⁶. Em variadas decisões, a Corte Constitucional não se atentou aos limites da interpretação conforme e foi muito além para, em verdade, proferir veladamente sentenças manipulativas aditivas e substitutivas⁶⁶⁷. Assim, a pretexto de adotar uma autorestrição qualitativa, aparentemente mais respeitosa com o legislador, o Tribunal acaba disfarçando decisões com caráter nitidamente aditivo e prejudica o debate amplo sobre a admissibilidade e sobre os limites de decisões desta natureza⁶⁶⁸.

⁶⁶² Em relação a decisões um pouco mais recentes, menciono: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3395 MC, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/2006, DJ 10-11-2006.

⁶⁶³ MENDES. Jurisdição Constitucional...Op. cit., p. 356.

⁶⁶⁴ Nesse sentido: BRUST, op. cit. p. 166-167. MENDES. Controle Concentrado de Constitucionalidade...Op. cit., p. 348. BRANDÃO, op. cit. p. 189-222.

⁶⁶⁵ A exemplo de: a) ampliação de exceção legal de multa por obstrução à justiça prevista no parágrafo único do art. 14 do CPC/1973 para advogados públicos (ADI 2652, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2003); b) Da criação de requisito não previsto na lei para promoção a cargo de nível superior da carreira de policial militar e bombeiro militar (ADI 2979, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2004).

⁶⁶⁶ BRUST, ob. cit. p. 176. Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2979, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2004, p. 209-210.

⁶⁶⁷ MENDES; COELHO; BRANCO; op. cit., p. 1256. Em vários casos, a exemplo do julgamento conjunto das ADIs 1105 e 1127, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, STF, ao conferir interpretação conforme ao Estatuto do OAB, adicionou conteúdo normativo e fez interpretação corretiva (reconstrutiva) da lei. Em casos mais antigos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3324, ADI 2652, ADI 1946, ADI 2209, ADI 2332, ADI 2084, ADI 1797, ADI 2087, ADI 1668, ADI 1344, ADI 2405, ADI 1105, ADI 1127, também a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição proferiu verdadeiras sentenças aditivas segundo a doutrina. Para os referidos autores, apesar de aparentemente pautada em interpretação conforme, a decisão na ADPF 54 é uma típica sentença aditiva.

⁶⁶⁸ BRANDÃO, op. cit. p. 189-220. Se de um lado, a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto podem ser consideradas manifestações de autorrestrição

Deveras, salvo a decisão proferida nos termos do voto do relator no MI 670/DF⁶⁶⁹, não há por parte do STF um reconhecimento expresso das decisões aditivas como categorias-tipo no Brasil, apesar de na prática serem aplicadas pelos Tribunais. No âmbito do STF são diversos pronunciamentos nesse sentido, embora nem sempre haja por parte da Corte a assunção aberta desta categoria de decisão⁶⁷⁰.

Nessa linha, sem qualquer referência expressa à categoria das sentenças aditivas nas decisões, a doutrina em geral⁶⁷¹ aponta que nos seguintes julgados o STF proferiu típicas sentenças aditivas: 1) RMS 22.307/DF (extensão da revisão geral dos servidores públicos civis); 2) RE 476.390-7/DF54 (extensão de Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa – GDATA); 3) ADI 2.652-6/DF55 (extensão da regra de exceção do art. 14, parágrafo único, do CPC anterior, para advogados públicos); 4) ADI 3510/DF (acréscimo de condições relativas à possibilidade de utilização dos embriões para tornar a lei compatível com o sistema constitucional); 5) MS 26.602, MS 26.603 e MS 26.60471 (infidelidade partidária como hipótese de perda de mandato, sem previsão expressa na Constituição)⁶⁷²; 6) ADI 939 (inclusão de entidades imunes não previstas no art. 3º da LC 77/93 que havia instituído o IPMF)⁶⁷³; 7) ADI 2979 (inconstitucionalidade parcial, a partir de uma fundamentação própria de interpretação conforme, para incluir a condição de existência

judicial, na medida em que evitam a pura e simples declaração da inconstitucionalidade da norma, de outro, podem também revelar uma atuação criativa por parte do Tribunal.

⁶⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008.

⁶⁷⁰ Nesse sentido: BRUST, ob. cit. p. 177.

⁶⁷¹ A exemplo de: RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas. In: IDP - Observatório da Jurisdição Constitucional. ISSN 1982-4564. Ano 3, 2009/2010. DE SOUZA, Luiz Henrique Boselli. As Sentenças Aditivas na Jurisdição Constitucional. In: Revista Jurídica ESMP-SP, V. 3, 2013, p. 99-117. ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivas: por uma conformação constitucionalmente adequada. In: Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. Vol. 1, n. 1, dez. 2007. Brasília: BCB, 2011, p. 21-49. BRUST, op. cit., p. 176-77.

⁶⁷² Conforme a doutrina, o julgamento da infidelidade partidária significou sentença aditiva. Nesse sentido: VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 497/499. Esta decisão mereceu críticas de Newton Pereira Ramos Neto, no sentido de que: “não cabe ao Judiciário ‘melhorar’ o conteúdo normativo do preceito, sob argumentos de incremento da eficácia do dispositivo ou maior adequação da norma aos fins propostos. Tal perspectiva, a par de violar o caráter deontológico do Direito, adiciona ao discurso judicial argumentos de nítido teor político, quando se sabe que, salvo situações excepcionais, ou a lei é constitucional – embora a opção legislativa não pareça a melhor ao julgador – ou não é. Não há espaço, portanto, para o acréscimo de norma criada *ex nihilo* pelo Tribunal Constitucional⁷⁴, que deve limitar-se a aferir a coerência legislativa”. Cf. RAMOS NETO, op. cit.

⁶⁷³ Para Leo Brust, faltava algo ao art. 3º da LC 77/93, objeto da ADI 939, para ser constitucional. Este das situações isentas de IPMF, mas não incluía as entidades imunes do art. 150, VI, CFB. De outro lado, os arts. 4º e 8º da mesma lei indicavam as pessoas físicas, entidades e situações sujeitas ao imposto, sem excluir as entidades constitucionalmente imunes. Para ele, o art. 3º necessitava de adição, quanto os arts. 4º e 8º de uma redução. Afirma que se tratou de decisão aditiva. Nesse sentido: BRUST, op. cit., p. 175.

de “cargo vago na classe ou nível superior” não contida na lei, como requisito para promoção)⁶⁷⁴; 8) RE 572.052/RN (com base no princípio da isonomia e o disposto no art. 40, §8º da CF, o STF julgou inconstitucional o dispositivo que causava a discriminação e determinou a extensão aos inativos da mesma vantagem concedida aos ativos); 9) ADPF 54 (constitucionalidade da criminalização de aborto de fetos anencefálicos e interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal para acrescentar excludente de punibilidade); 10) ADI 3.105/DF (decisão manipulativa de efeitos aditivos, porém de natureza demolitória, com princípio da isonomia, que garantiu a todos os servidores e pensionistas da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, sem qualquer distinção, o pagamento da contribuição previdenciária nos moldes da regra geral prevista no § 18 do art. 40 da Constituição Federal); 11) Pet 3388 (caso Raposa do Sol, no qual o STF, por meio de decisão interpretativa, introduziu diversas cláusulas restritivas à demarcação contínua da mencionada reserva indígena que não constavam do ato que a instituiu)⁶⁷⁵; 12) MIs 670, 708 e 712 (extensão do direito de greve aos servidores públicos com base na legislação trabalhista do setor privado); e 13) MI 721/DF (estendeu o benefício da aposentadoria especial do servidor público a que alude a parte final do art. 40, § 4, da CF, com a aplicação da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que trata da aposentadoria dos trabalhadores em geral).

Cabe observar que o uso do argumento interpretativo para produzir efeitos aditivos também deu ensejo a sentenças substitutivas. No exemplo da ADI 2652, com o fim de afastar discriminação contrária ao princípio da isonomia, o STF julgou procedente o pedido para “sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal”⁶⁷⁶ e assim estender a ressalva a todos os advogados públicos e privados. No entanto, o dispositivo legal não permitia qualquer resquício de polissemia, não sendo possível uma interpretação conforme⁶⁷⁷. Na prática, o STF

⁶⁷⁴ BRUST, op. cit., p. 176. Para Léo Brust, neste caso não havia duas interpretações possíveis e alternativas, mas sim o que houve foi a adição de um requisito não previsto originalmente. O pior é que o próprio Ministro Relator Cezar Peluso reconheceu que o parâmetro para a adição não foi constitucional, mas sim uma referência no plano da legalidade, como forma de suporte analógico para a decisão. Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2979, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2004, p. 209-210.

⁶⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009. Para Rodrigo Brandão, o julgado se distanciou em muito do texto normativo, de modo que configurou tipicamente uma sentença aditiva, tratando-se de decisão similar à proferida pela Corte Constitucional italiana no caso da presença de defensor em interrogatório. Em suas palavras: Parece inegável que a “interpretação conforme a Constituição” levada a cabo pelo STF se distanciou consideravelmente mais do texto “interpretado” do que a ‘sentença aditiva’.

⁶⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2652, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2003, DJ 14-11-2003 PP-00012 EMENT VOL-02132-13 PP-02491.

⁶⁷⁷ BRUST, op. cit. p. 180-181. Com razão, a crítica é no sentido de que “o Tribunal optou por uma sentença exclusivamente interpretativa que, a nosso juízo, na realidade é manipulativa substitutiva”

substituiu a expressão "os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB" por "todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos" em relação à imposição de multa por obstrução à Justiça⁶⁷⁸. Bastaria ao STF ter declarado simplesmente a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, para eliminar a expressão "que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB"⁶⁷⁹, de modo que a exceção normativa abrangeria todos os advogados, públicos e privados, configurando-se sentença aditiva demolitória ou denominada de redutiva⁶⁸⁰ que é mais aceita doutrinariamente.

Outro exemplo de sentença substitutiva referido na jurisprudência da Suprema Corte é o julgamento da ADI-MC 2.332/DF, de relatoria do Ministro Moreira Alves, no qual se discutiu a validade do art. 15-A do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Ao apreciar o pedido de liminar, o STF declarou a inconstitucionalidade da norma "na parte em que prevê" que os juros compensatórios incidem sobre a diferença entre o preço ofertado em juízo e o valor indenizatório fixado na sentença, "em vez de" prever que os juros compensatórios incidam sobre a diferença entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença⁶⁸¹.

Por isso, no Brasil, é possível observar na jurisprudência do STF a existência de sentenças interpretativas de rejeição (interpretação conforme) com efeitos aditivos, quebrando-se o paradigma segundo o qual as sentenças aditivas são decisões de provimento⁶⁸². Afinal, como advertiu Zagrebelsky, deve-se avaliar os efeitos normativos da decisão, se positivos ou negativos, não sendo viável confiar totalmente no modo como a decisão é formulada⁶⁸³.

Aqui é importante destacar que, enquanto em países como Portugal e Itália não se aceitam a existência de uma decisão de constitucionalidade com eficácia *erga omnes* e efeitos

⁶⁷⁸ Cf. ADI 2652.

⁶⁷⁹ BRUST, op. cit. p. 181.

⁶⁸⁰ MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 363. CANAS, op. cit. p. 186 e ss. MEDEIROS, op. cit. p. 307.

⁶⁸¹ ISRAEL, op. cit., p. 21-49.

⁶⁸² Consideram que as sentenças aditivas são necessariamente decisões de provimento, a título de exemplo, confira: MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 245-246 e 352. CASTRO, op. cit. p. 135-138. ZAGREBELSKY, op. cit. p. 156 e ss. ROMBOLI, op. cit. p. 64 e ss. No Brasil, sentenças aditivas como decisões de procedência, ver: BRUST, op. cit. p. 172-177. Em sentido contrário, admitindo sentenças interpretativas com efeitos aditivos, a título de exemplo ver: SILVA, Jorge Pereira, op. cit., p. 122 e ss.

⁶⁸³ ZAGREBELSKY, op. cit. p. 156-157.

vinculantes⁶⁸⁴, tratando-se, no máximo, de um precedente argumentativo com força persuasiva⁶⁸⁵, no Brasil, na linha do modelo alemão, há previsão expressa no §2º do art. 102 da Constituição⁶⁸⁶ sobre os efeitos vinculantes da decisão de constitucionalidade relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública, direta e indireta, federal, estadual ou municipal, dispositivo este concretizado pela Lei n. 9.868/99. Isto é dizer, no Brasil, além da existência de uma ação direta de constitucionalidade, em termos práticos, apesar do não reconhecimento da objetivação do controle difuso pelo STF⁶⁸⁷, parece inegável reconhecer que os fundamentos determinantes de uma decisão de constitucionalidade proferida em sede de controle abstrato têm efeitos *erga omnes* e vinculantes, e, em sede de controle difuso, possui um mínimo de vinculação⁶⁸⁸ em razão de sua força expansiva⁶⁸⁹.

Portanto, a partir da *práxis* da jurisprudência do STF, e em razão da vinculação de decisões de constitucionalidade, é possível defender a existência, no nosso ordenamento, de sentenças aditivas de rejeição (sentenças interpretativas com efeitos aditivos), proferidas a partir de uma interpretação conforme à Constituição que produz efeitos normativos aditivos, a exemplo do que ocorreu nos julgamentos sobre a união homoafetiva⁶⁹⁰. A distinção relevante

⁶⁸⁴ Nesse sentido: MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 245 e 344-350. Sobre a vinculação do legislador: CANOTILHO, ob. cit. p. 1010; MIRANDA, ob. cit. p. p. 71.

⁶⁸⁵ Nesse sentido, cf. MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit. p. 344-350.

⁶⁸⁶ Incluído pela EC nº 3/93, e com redação atual dada pela EC nº 45/2004.

⁶⁸⁷ Cabe constar que no julgamento da RCL 4.335, a maioria dos Ministros recusou a tese de abstrativização do controle difuso, restando afastada a tese do Ministro Gilmar Mendes de que o art. 52, X, da CF, sofreu mutação constitucional. Entendeu-se que tal mudança dependeria de emenda constitucional. As consequências desta decisão são: 1º) o STF não adota a teoria da abstrativização do controle difuso; 2º) as decisões do plenário proferidas em controle difuso possuem força expansiva, sem, contudo ter, em regra, eficácia *erga omnes*; 3º) não houve mutação constitucional do art. 52, X, da CF, restando mantido o papel do Senado; 4º) o desrespeito das decisões do STF em sede de controle difuso por juiz ou tribunal não autoriza a pessoa prejudicada a manusear a reclamação constitucional, salvo se for parte do processo originário julgado no STF; 5º) a legitimidade ativa para reclamação é restrita às hipóteses previstas em lei ou na CF, dotadas de efeitos vinculantes e *erga omnes*, a exemplo das súmulas vinculantes.

⁶⁸⁸ Nesse sentido, por todos, a título de exemplos paradigmáticos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002 (decisão sobre o Município de Mira Estrela); e (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006 (progressão de regime para crimes hediondos).

⁶⁸⁹ Nesse sentido: ZAVASCKI, op. cit., p.135-136. Na linha de pensamento de Teori Albino Zavascki, no sentido de que, apesar de a Constituição prever o instituto da súmula vinculante, as decisões proferidas pelo Pleno do STF possuem inegavelmente uma força expansiva, mas que, em tese, não possuem eficácia *erga omnes*. De todo modo, esta expansividade do controle difuso restou ainda mais reforçada com o advento do CPC /2015, que tem o escopo de objetivar os recursos extraordinários e valorizar os precedentes.

⁶⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011; e ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011.

é que nestas sentenças interpretativas com efeitos aditivos, não há o componente ablativo⁶⁹¹, na medida em que a decisão é de constitucionalidade.

4.2 Súmula 339 e a falta de padrão decisório do Supremo Tribunal Federal

Como visto, as objeções relacionadas ao dogma da proibição do juiz atuar como "legislador positivo"⁶⁹² constituem um grande obstáculo para a superação das omissões inconstitucionais relativas, com base no paradigma de legislador negativo. No entanto, se de um lado ainda existem inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal que se baseiam no paradigma Kelseniano, de outro, como já apontado, há inúmeras decisões proferidas pelo STF que, a pretexto de constituir uma atividade minimalista, em respeito ao legislador, produziram verdadeiros efeitos aditivos, decisões estas disfarçadas de uma argumentação meramente interpretativa e aparentemente autorestritiva.

Em verdade a falta de padrão decisório não passou despercebida pela doutrina⁶⁹³. Mesmo diante da vedação de atuação como legislador positivo, em diversas situações o STF admitiu fazer autênticas adições normativas para contemplar situações manifestamente contrárias à vontade negativa do Legislativo. Nesse sentido, é farta a jurisprudência do STF no sentido de estender aumentos remuneratórios discriminatórios aos proventos de servidores inativos⁶⁹⁴ ou revisão geral de servidores⁶⁹⁵, valendo-se dos mesmos fundamentos que justificam e legitimam o uso de sentenças manipulativas aditivas, qual seja, de que o tribunal pode desconsiderar a norma infraconstitucional discriminatória e aplicar uma norma constitucional autoaplicável⁶⁹⁶.

⁶⁹¹ MORAIS *Justiça Constitucional...* Op. cit. p. 389. No mesmo sentido: ROMBOLI, ob. cit. p. 65.

⁶⁹² MENDES. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental...* op. cit., p. 149.

⁶⁹³ CAMPOS, op. cit., p. 418 e ss.

⁶⁹⁴ A título de exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 173.682/SP, 1ª Turma, Rel. SYDNEY SANCHES, DJU de 19/12/96, p. 51.791; RE 145.005/DF, 1ª Turma, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU de 28/02/97, p. 4.072; Agravo Regimental no RE 198.129/SP, 2ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJU de 30/05/97;

⁶⁹⁵ A título de exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 22307, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/1997;

⁶⁹⁶ BERNARDES. *Novas perspectivas do Controle...* Op. cit.

Cabe frisar que estas decisões não seguiram o raciocínio da Súmula 339⁶⁹⁷ do próprio STF. Contudo, se é correto dizer que tal extensão não converteu o Judiciário em legislador positivo, o mesmo não pode ser dito quanto à negativa de que ela se baseou em norma de isonomia⁶⁹⁸. É inegável que nestas situações, com a constatação de uma omissão relativa definida⁶⁹⁹, a finalidade da extensão do benefício foi corrigir discriminação arbitrária aos funcionários não contemplados pela disciplina legal. E mais, tratou-se de sentenças aditivas de prestação, as quais são mais questionadas do que sentenças aditivas de garantia⁷⁰⁰.

O debate sobre a omissão relativa, em violação do princípio da isonomia, foi enfrentado inicialmente pelo STF com base na CF de 1946, quando se definiu que não caberia ao STF usurpar a função do legislador. Somente lei poderia corrigir a injustiça decorrente da desigualdade, dando-se origem à súmula 339 do STF⁷⁰¹. Nesses julgamentos, sob liderança intelectual do Ministro Moreira Alves e já na vigência da Constituição de 1988, o STF entendeu juridicamente impossível a extensão do benefício⁷⁰².

No entanto, a partir do julgamento do RMS 22307⁷⁰³, de relatoria do Min. Marco Aurélio, pelo Tribunal Pleno, em 19/02/1997, houve relativa mudança de entendimento, e, com base no princípio da isonomia, afastou-se a súmula 339. Assim, com fundamento de autoaplicabilidade do art. 37, X (em sua redação original) e XV, da Constituição Federal,

⁶⁹⁷ "Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia".

⁶⁹⁸ BERNARDES. *Novas perspectivas do Controle...Op. cit.* No caso RMS 22.307/DF, a decisão proferida em sede de controle concreto adquiriu notável caráter pedagógico ou efeito persuasivo, não apenas no âmbito do próprio judiciário, mas também no plano legislativo com a edição de medida provisória estendendo os efeitos daquele julgamento do STF. Nos termos do art. 1º da MP 1.704, de 30/06/98, e suas sucessivas reedições (atual MP 2.169-43/2001).

⁶⁹⁹ Nesse sentido: MORAIS, *As Omissões Legislativas...*, op. cit., p. 352-358; e BERNARDES, ob. cit.

⁷⁰⁰ MORAIS. *Justiça Constitucional...Op. cit.*, p. 383 e ss. ROMBOLI, op. cit. p. 65-67.

⁷⁰¹ Cf. CAMPOS, ob. cit. p. 418. Deram origem ao verbete sumular os Recursos Extraordinários: 40.914 – DF (1a T., mv, rel. Min. Cândido Mota, Aud. de Publ. de 6-4-60), 42.186 – MA (1a T., ac. un., rel. Min. Nelson Hungria, Aud. de Publ. de 21-9-60), 46.948 – PR (2a T., ac. un., rel. Min. Victor Nunes, Aud. de Publ. de 2-5-62) e ROMS Brasília a. 43 n. 170 abr./jun. 2006 139 9.611 – RS (Pleno, ac. un., rel. Min. Victor Nunes, Aud. De Publ. de 24-7-63)

⁷⁰² Cf. CAMPOS, ob. cit. p. 418. Nesse sentido: RE 196.690, rel. Moreira Alves, DJ 12/12/1995; AgRg em EDv em AgRg em AgIn 153.334, rel. Maurício Correia, 1996; RE 191.526, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1997. Na análise da ADI 529 MC, (Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/1991), por meio da qual se pediu o encaminhamento de projeto de lei para estender aumento de remuneração de servidores militares a civis, embora não tivesse pedido de extensão de benefício, o relator Min. Sepúlveda Pertence aplicou a súmula 339.

⁷⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 22307, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/1997, DJ 13-06-1997.

houve extensão em favor dos servidores civis a revisão geral prevista em lei apenas para servidores militares. No mesmo sentido, já havia decidido no RE 173.682/SP⁷⁰⁴.

De outro lado, o STF manteve-se firme no entendimento de não estender benefício em temas relacionados a benefícios fiscais tributários, negando-se o reconhecimento de possibilidade de edição de sentenças aditivas a identificação de padrão decisório, ao argumento de que “Por não possuir função legislativa, o Poder Judiciário não pode estabelecer isenções tributárias, redução de impostos ou alterar limites de deduções previstas em lei, com base no princípio da isonomia”⁷⁰⁵.

Poderia-se muito bem argumentar que o princípio da legalidade tributária impediria qualquer tipo de extensão de benefício fiscal (art. 150, §6º, da CF)⁷⁰⁶, bem como que a súmula 339 se destina a coibir aumento de salários pelo Poder Judiciário, e que, geralmente, as sentenças aditivas são proferidas para tutela de direitos fundamentais⁷⁰⁷. Contudo, o debate sobre a admissibilidade e limites das sentenças com efeitos aditivos vai muito além disso⁷⁰⁸. O princípio da legalidade⁷⁰⁹, por si só, não limita a atuação do Tribunal Constitucional, sob pena de se desvirtuar o controle de constitucionalidade⁷¹⁰. Ademais, não se pode negar que o princípio da isonomia tributária constitui direito fundamental reconhecido pelo STF⁷¹¹, assim como outros direitos do contribuinte previstos na Constituição Federal. Tanto é verdade que,

⁷⁰⁴ Antes desta decisão, o STF já havia sido proferida a extensão de benefício incompatível com o princípio da isonomia no RE 173.682/SP, 1ª Turma, Rel. SYDNEY SANCHES, DJU de 19/12/96, em cuja ementa constou: “A expressão ‘na forma da lei’, contida na parte final desse parágrafo, não significa que somente por lei se fará a revisão ou a extensão, nele referidas, o que retiraria a autoaplicabilidade da norma constitucional. Significa, apenas, que somente as modificações na remuneração, ou a instituição de novos benefícios ou vantagens, efetuadas na forma da lei, é que se estenderão automaticamente aos inativos”.

⁷⁰⁵ Nesse sentido, em pesquisa efetivada no site oficial do STF (<http://portal.stf.jus.br>), utilizando-se das palavras-chave “isenção” e “isonomia tributária”, restou constatado um grande número de decisões do STF, por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1027716 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 05/05/2017; RE 869568 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 07/04/2015; ADI 4276, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2014; RE 405579, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2010, DJE-149 DIVULG 03-08-2011; ADI 4033, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2010, DJE-024 DIVULG 04-02-2011 PUBLIC 07-02-2011; RE 370590 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 29/04/2008, DJE-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008; AI 360461 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/12/2005, DJE-055 DIVULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008; ADI 1655, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2004, DJ 02-04-2004; RE 236881, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 05/02/2002, DJ 26-04-2002; entre outros.

⁷⁰⁶ CAMPOS, op. cit. p. 419 e ss.

⁷⁰⁷ MEDEIROS, op. cit. 497. MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit. p. 419.

⁷⁰⁸ MORAIS. Justiça Constitucional... Op. cit. p. 410-424.

⁷⁰⁹ ZAGREBELSKY, op. cit. 163-165.

⁷¹⁰ ROMBOLI, op. cit. p. 66.

⁷¹¹ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.276, rel. min. Luiz Fux, j. 20-8-2014, P, *DJE* de 18-9-2014; ADI 3.260, rel. min. Eros Grau, j. 29-3-2007, P, *DJ* de 29-6-2007; ADI 3.334, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 17-3-2011, P, *DJE* de 5-4-2011.

no julgamento da ADI 939⁷¹², o STF determinou a inclusão de entidades imunes não previstas no art. 3º da LC 77/93, o que enfraquece o argumento pautado apenas no princípio de legalidade tributária. Em verdade, a extensão do benefício partiu da aplicação direta de uma regra constitucional obrigatória (art. 150, IV, “a”, “b”, “c” e “d”, da CF).

O que há de comum na decisão que ampliou isenção fiscal com base na imunidade tributária prevista na Constituição (ADI 939) e as decisões que estenderam revisão geral prevista em lei para outros servidores (RMS 22307 e RE 173.682/SP), com base na isonomia, é justamente a existência de um dispositivo constitucional que aponta para uma única solução válida, que não confere margem de discricionariedade para o legislador. Com efeito, se a decisão não se limita a declarar a inconstitucionalidade da lei dotada de uma omissão relativa, mas produz efeitos aditivos por meio da manipulação interpretativa de conteúdo, com extensão de benefício legal pautado na Constituição, é possível caracterizá-las como uma sentença aditiva “*a rime obbligate*”⁷¹³.

A importância de verificação deste impasse decisório, é observar que “muitos ministros do STF insistem no dogma do legislador negativo, negam estar criando direito, se dizem incomodados com as sentenças aditivas”⁷¹⁴, porém, não raramente, proferem decisões manipulativas aditivas ou mesmo substitutivas, com caráter inovador, mesmo sem reconhecer expressamente ou recusar esta prática. Enquanto o pragmatismo das Cortes Constitucionais em sede de direito comparado tem resultado na elaboração de técnicas e instrumentos de decisão, a exemplo de sentenças manipulativas em geral, na tentativa da superação das omissões relativas, em cumprimento da efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais, de outro lado, no STF a falta de um padrão decisório de reconhecimento do uso das sentenças aditivas pelo Supremo, ou, pelo menos, falta de transparência e sinceridade argumentativa, o que dificulta a avaliação da utilidade desse instrumento pelo tribunal, e de como e se a Corte emprega essa técnica decisória para desenvolver sentidos constitucionais ou, ao mesmo tempo, dialogar com os poderes políticos em torno da melhor interpretação da Constituição⁷¹⁵.

⁷¹² Para Leo Brust, o art. 3º necessitava de adição, enquanto os arts. 4º e 8º de uma redução. Afirma que se tratou de decisão aditiva. Nesse sentido: BRUST, ob. cit. p. 175.

⁷¹³ CRISAFULLI, op. cit. p. 406-407.

⁷¹⁴ CAMPOS, op. cit. p. 425.

⁷¹⁵ CAMPOS, op. cit. p. 419-425.

4.3 Súmula vinculante 37 e a tentativa de padronização

Evidente que o problema dos benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia vai muito além de leis que concedem aumentos ou recomposição salarial para servidores. Mas a análise da súmula 339 e da súmula vinculante 37 constitui um bom exemplo para a demonstração de que a adoção de um critério limitativo de competência, pautado na teoria do legislador negativo, pode representar uma deficiência da tutela de direitos fundamentais, a exemplo do princípio da igualdade, e a falta de fundamentação adequada quanto às normas constitucionais impositivas que não conferem margem de discricionariedade para o legislador ou, ainda, uma necessária análise e fundamentação quanto ao fator de *discrímen*⁷¹⁶, a exemplo de ações afirmativas⁷¹⁷. A complexidade que envolve a tutela da isonomia e a insuficiência do modelo de legislador negativo podem ser os fatores que ensejam a falta de padrão decisório.

A possibilidade de edição de súmula vinculante foi introduzida na Constituição por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que incluiu o art. 103-A na Carta Republicana como tentativa de solução para a crise de funcionalidade do controle difuso e para a vinculação constitucional das demais instâncias judiciais e da Administração Pública às decisões da Corte Constitucional⁷¹⁸.

Com esta finalidade, e na tentativa padronizar as decisões do Poder Judiciário nos casos de leis concessivas de benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia, a súmula vinculante 37, cujo texto dispõe que “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”, foi resultado da aplicação reiterada da súmula 339, que tem a mesma redação⁷¹⁹,

⁷¹⁶ Sobre isonomia e fator de *discrímen*, adotamos como referencial teórico as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello. Confira em: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3. ed. 20. tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 23-35.

⁷¹⁷ SILVA, Jorge Pereira, op. cit., p. 67 e ss.

⁷¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil/ J. J. Canotilho...[et al]. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1426.

⁷¹⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [RE 592317](#), Publicação: DJe nº 220 de 10/11/2014; [ARE 762806 AgR](#), Publicação: DJe nº 183 de 18/09/2013; [RE 402467 AgR](#), Publicação: DJe nº 109 de 11/06/2013; [RE 711344 AgR](#), Publicação: DJe nº 46 de 11/03/2013; [RE 637136 AgR](#), Publicação: DJe nº 178 de 11/09/2012; [RE 223452 AgR](#), Publicação: DJe nº 176 de 6/09/2012; [RE 173252](#), Publicação: DJ de 14/05/2001 e Republicação: DJ de 18/05/2001; [RMS 21662](#), Publicação: DJ de 20/05/1994.

O precedente representativo foi o RE 592317, de relatoria do Min. Gilmar Mendes⁷²⁰, decorrente do Tema 315 em repercussão geral. Conforme o voto do Min. Relator, desde a primeira Constituição Republicana de 1891, a competência para reajustar os vencimentos dos servidores públicos é do Poder Legislativo, mediante edição de lei, e que a atual Constituição (artigo 37, X) exige lei específica para o reajuste da remuneração de servidores públicos. Após destacar inúmeros precedentes que deram origem à súmula, bem como precedentes que aplicaram a súmula 339, consignou que a jurisprudência desta Suprema Corte não admite equiparação salarial invocada a pretexto de resguardar a isonomia⁷²¹.

Contudo, desde muito tempo no Brasil a súmula 339 recebeu diversas críticas da doutrina⁷²². Não por acaso, o próprio STF, em determinadas situações, não seguiu o verbete sumular, conforme apontado acima. Com a padronização, imaginava-se que o STF fosse seguir a linha decisória disciplinada na súmula vinculante 37, que constitui típica materialização da teoria do legislador negativo, em prestígio à liberdade de conformação do legislador, ao princípio da legalidade e à separação de poderes e, sobretudo, busca evitar a edição de sentenças aditivas de gastos. Porém, mesmo com a edição do enunciado vinculante, não foi exatamente isso que ocorreu na *práxis* da nossa Corte Constitucional.

Aproveitando-se o critério de pesquisa efetivado pelo próprio Supremo Tribunal Federal em seu *site*⁷²³, verificou-se um total quantitativo de 111 acórdãos, 423 decisões monocráticas, 1 decisão da Presidência e 3 decisões em sede de repercussão geral que fizeram menção expressa à súmula vinculante 37⁷²⁴. Da análise dos precedentes, em regra, o STF fez aplicação pura e seca desta súmula para afastar a possibilidade de ampliação de benefício pautado na igualdade. Contudo, a título ilustrativo, é possível selecionar acórdãos recentes

⁷²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592317, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2014.

⁷²¹ Cf. voto do Min. Relator no RE 592317, p. 1-6.

⁷²² Por todos, menciono: CAVALCANTI, Francisco. A inconstitucionalidade por omissão parcial e a revogação da súmula n. 339 do STF. In: BELLO FILHO, Ney de Barros (Coord.). Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes. São Luís: Seção Judiciária do Maranhão, 2001, p. 86.

⁷²³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1961>. Último acesso em: 14.07.2018.

⁷²⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?url=&txtPesquisaLivre=SUV-000037&numero=&ministro=&todosrelatores=sim&dataInicial=&dataFinal=&tema=&tese=&tipoTese=&orgaoJulgador=&ementa=&nomeLegislacao=&txtAnoLegislacao=N%C3%BAmero&tipoLegislacao1=ART&valorLegislacao1=&tipoLegislacao2=PAR&valorLegislacao2=&tipoLegislacao3=INC&valorLegislacao3=&tipoLegislacao4=LET&valorLegislacao4=&base=baseAcordaos&base=baseRepercussao&base=baseSumulasVinculantes&base=baseSumulas&base=baseMonocraticas&base=basePresidencia&base=baseInformativo&base=baseQuestoes&base=todos>. Último acesso em: 14.07.2018.

que afastaram a aplicação da súmula. O objetivo em si não é criticar tais decisões, mas apenas entender as razões pelas quais o enunciado vinculante não foi aplicado.

No julgamento da Rcl n. 19.720⁷²⁵, de relatoria do Min. Teori Zavascki, a Segunda Turma do STF decidiu que o acórdão da 1ª Turma Recursal do Estado do Acre, que havia estendido direito de férias proporcionais a professor temporário, com base no princípio da isonomia, não violou a súmula vinculante 37⁷²⁶. O Relator, inicialmente, por meio de decisão monocrática entendeu incabível a reclamação, por não haver correlação entre o decidido no ato questionado e o conteúdo da súmula vinculante 37, não se tratando de pretensão de aumento de vencimentos. No julgamento do agravo pela Turma, este entendimento foi mantido, com destaque para o argumento de que a extensão do direito de férias, com base no princípio da isonomia, não constituiu “pedido de aumento de vencimentos”, não se aplicando o enunciado vinculante ao caso⁷²⁷.

Por mais que a linha argumentativa do acórdão considere que o pedido não tem relação com aumento de vencimentos, diante de uma omissão inconstitucional relativa, é inegável que a Corte proferiu uma sentença com efeitos aditivos, que estendeu o direito de férias a uma professora temporária do Estado do Acre, a partir do mesmo direito conferido aos professores efetivos. Deveras, independente de ter ou não aumento de salário, tratou-se tipicamente de uma sentença aditiva de gastos com extensão de um direito não previsto em lei relativamente à parte interessada.

No julgamento da Rcl 20.864⁷²⁸, de relatoria do Min. Luiz Fux, a Primeira Turma do STF decidiu que a extensão de revisão geral anual de Lei estadual a todos os servidores públicos não constitui hipótese de concessão de aumento salarial pelo Poder Judiciário, mas de mera aplicação da lei, não havendo ofensa à súmula vinculante 37. A reclamação foi dirigida contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão que havia determinado a aplicação da Lei n. 8.970/2009 de forma uniforme a todos os servidores. Nos termos do voto

⁷²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal. Rcl 19720 AgR, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgamento em 25.8.2015, DJe de 9.9.2015.

⁷²⁶ No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 20549 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 05/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 18-05-2017 PUBLIC 19-05-2017; Rcl 19359 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 24-11-2015 PUBLIC 25-11-2015. Rcl 19627 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 23/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 11-03-2016 PUBLIC 14-03-2016

⁷²⁷ Cf. voto do Min. Relator na Rcl 19.720, p. 1-2.

⁷²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 20864 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento em 15.12.2015, DJe de 16.2.2016

do Ministro relator, “o Poder Judiciário não atuou como legislador positivo, o que é vedado pela súmula, mas, apenas e tão somente determinou a aplicação da lei de forma isonômica”⁷²⁹. Para o Relator, esta situação seria distinta daquela em que não existe lei concessiva de revisão, o que impede o Judiciário de conceder o reajuste⁷³⁰.

A observação a este julgado se volta igualmente ao que restou decidido no julgamento do RMS 22307 e do RE 173.682/SP, já que esta decisão reclamada, com base na isonomia, estendeu a revisão anual prevista em lei de forma uniforme a todos os servidores. Neste julgado, a linha argumentativa segue exatamente os pressupostos para uma sentença aditiva “*a rime obbligate*”, por mais que se dê relevo ao fundamento de que o judiciário não atuou como legislador positivo. Aliás, como ressaltado, Crisafulli é enfático em dizer que a “Corte non crea, essa, liberamente (come farebbe il legislatore) a norma, ma si limita a individuare quella – già implicata nel sistema”⁷³¹.

Em sede de repercussão geral, no julgamento do ARE 909437 RG, de relatoria do Min. Roberto Barroso, a decisão foi em sentido oposto, ou seja, de reafirmação da súmula vinculante 37, com o argumento de que “Não é devida a extensão, por via judicial, do reajuste concedido pela Lei nº 1.206/1987 aos servidores do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, dispensando-se a devolução das verbas recebidas até 01°.09.2016 (data da conclusão deste julgamento)”⁷³². As decisões posteriores seguiram esta mesma linha argumentativa de que “O Supremo Tribunal Federal veda o aumento de vencimentos pelo Judiciário, com base no princípio da isonomia, na equiparação salarial ou a pretexto da revisão geral anual”⁷³³.

⁷²⁹ Cf. voto do Min. Relator na Rcl 20864 AgR, p. 1-2.

⁷³⁰ No mesmo sentido, em julgamento anterior: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 401337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 14/06/2005.

⁷³¹ CRISAFULLI, op. cit. 407.

⁷³² Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 909437 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 01/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016.

⁷³³ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 811619 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/10/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 17-11-2017 PUBLIC 20-11-2017. No mesmo sentido: Rcl 25528 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 29/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-245 DIVULG 25-10-2017 PUBLIC 26-10-2017; ARE 1060326 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 11/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 07-02-2018 PUBLIC 08-02-2018; Rcl 24468 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 27/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 09-08-2017 PUBLIC 10-08-2017; Rcl 23443 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 18-05-2017 PUBLIC 19-05-2017; ARE 925396 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 12-05-2017 PUBLIC 15-05-2017; RE 975030 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-252 DIVULG 25-11-2016 PUBLIC 28-11-2016.

Talvez esta divergência decorra do fato de que uma limitação genérica por meio da súmula 37, sem qualquer análise dos dispositivos constitucionais que imponham uma possível solução obrigatória, não seja a alternativa mais adequada. Isto é dizer, o debate deve avaliar a possibilidade de, em algumas situações excepcionais, ser proferidas sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias, diante de única opção válida disposta pela Constituição, que não deixa margem de liberdade de conformação para o legislador.

No caso da redação anterior do inciso X do art. 37 da Constituição, deveras, não havia qualquer dúvida de que “a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á na mesma data”. Desta regra Constitucional, não há margem de discricionariedade para o legislador disciplinar de modo diverso. Por isso, diante do dispositivo constitucional, reafirmamos que as decisões proferidas pelo STF no RMS 22307 e RE 173.682/SP foram sentenças aditivas “*a rime obbligate*”.

Certamente, de modo proposital, a EC 19/98 alterou a redação do disposto no inciso X⁷³⁴ do art. 37 da Constituição, com a previsão de que a remuneração ou o subsídio dos servidores públicos em geral somente podem ser fixados ou alterados “por lei específica”, “assegurada a revisão geral anual, sempre na mesma data”. Apesar da mudança de redação, com a revogação do termo “sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares”, a pergunta que se faz é se a EC 19/98 conferiu total margem de discricionariedade para o legislador efetivar a revisão geral anual de modo distinto para as diversas classes de servidores?

O Supremo Tribunal Federal abordou a questão no julgamento da ADI 3599⁷³⁵, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, e, seguindo o entendimento firmado anteriormente na ADI 2726⁷³⁶, nos termos do voto do Relator, decidiu que as iniciativas legislativas privativas de cada órgão administrativamente e orçamentariamente autônomo previstas na Constituição

⁷³⁴ X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

⁷³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3599, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2007, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007, p. 110-115.

⁷³⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2726, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 29.8.2003.

conferem a liberdade de escolher quais carreiras ou cargos que devem receber aumento, sem que isso viole a isonomia em relação àqueles que não receberam o mesmo acréscimo⁷³⁷.

Porém, dada a natureza da revisão geral anual, prevista no inciso X do art. 37 da Constituição Federal, que tem por objetivo a reposição da variação inflacionária corrosiva do poder aquisitivo da remuneração, a indagação que se faz é até que ponto, diante de uma norma Constitucional impositiva, pode o legislador diferenciar a atualização monetária de das remunerações dos servidores, sem violar o princípio da isonomia. E mais. A atribuição constitucional de diferentes iniciativas legislativas confere margem de discricionariedade para o legislador efetivar discriminações arbitrárias?

A solução constitucionalmente adequada parece exigir que o fator de *discrímen*⁷³⁸ seja efetivamente avaliado, até porque a própria Constituição traça parâmetros para efeito de política remuneratória (art. 7º, V, art. 37, II, art. 39, §1º, I, II e III). No caso dos servidores públicos, o §1º, incisos I, II e III, do art. 39 da Constituição exige que “*a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observarã*” a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade do cargo, além de requisitos de investidura e peculiaridades dos cargos. E esta análise, pelo que se extrai dos julgados, não está sendo feita pelo STF com a aplicação pura e simples da súmula vinculante 37.

É neste campo que deve ingressar o debate sobre a admissibilidade das sentenças manipulativas em geral, não apenas as sentenças aditivas, pois, a correção da omissão inconstitucional relativa pode ser feita por diversas formas, a exemplo da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com suspensão da lei violadora da isonomia, defendida por Gilmar Mendes como remédio adequado para os benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia⁷³⁹, ou mesmo a própria declaração de inconstitucionalidade total, com modulação temporal de efeitos, como defende Rui Medeiros⁷⁴⁰, sem prejuízo, ainda, do uso de sentenças aditivas “*a rime obbligate*”, quando se tratar de uma situação constitucionalmente obrigatória, com única opção válida⁷⁴¹.

A lógica argumentativa do legislador negativo constante da súmula vinculante 37, mesmo diante de regras Constitucionais autoaplicáveis, em verdade, impede a aplicação direta

⁷³⁷ Cf. voto do Relator na ADI 3599, p.

⁷³⁸ MELLO, op. cit. p. 23-40

⁷³⁹ MENDES. A Declaração de Inconstitucionalidade sem pronúncia de Nulidade...Op. cit., p. 12-20.

⁷⁴⁰ MEDEIROS, op. cit. p. 522-528.

⁷⁴¹ CRISAFULLI, op. cit. p. 406-407.

da própria Constituição. Com efeito, nega-se efetividade de regra constitucional dotada de plena eficácia e aplicabilidade direta, afetando-se, pois, a própria força normativa da Constituição. Porém, como dito, o STF já decidiu de modo contrário, na ADI 939, que tratou de extensão de imunidade tributária, com base no art. 150, VI, e alíneas, da CF, e também da decisão sobre a revisão geral da remuneração de servidores, sem distinção índices entre civis e militares, na qual se afastou a súmula 339, com base na redação original do inciso X do art. 37 da Constituição, para estender um benefício não regulado por lei (RMS 22307)⁷⁴².

Nas decisões baseadas na súmula vinculante 37, relativamente ao aumento salarial de servidores, há um elemento novo que foi a alteração da redação do inciso X do art. 37, por força da EC 19/98. No entanto, a nova redação do dispositivo não parece conferir margem de discricionariedade para o legislador efetivar a revisão anual de servidores de forma arbitrária, pois o texto é expresso em dizer “*assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices*”.

Uma questão sensível é o argumento da legalidade que está por trás da súmula vinculante 37 e das decisões que a aplicam, no sentido de que “somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica”. Contudo, a regra constitucional impõe uma exigência de forma, que não afasta a análise de compatibilidade material da lei. O princípio da legalidade, em si, não pode ser argumento para se afastar o princípio da constitucionalidade, de modo que, a mera previsão constitucional de “lei específica” não afasta o controle pela jurisdição constitucional. Do contrário estas leis ficariam imunes ao controle de constitucionalidade material.

Aliás, como já ressaltado, o debate sobre a limitação de sentenças aditivas pelo princípio da legalidade, a exemplo do âmbito penal, consistente na impossibilidade de edição de sentenças aditivas em matéria penal, não se deve propriamente pela reserva de lei, mas em razão do princípio especial da legalidade das penas e da garantia fundamental prevista na Constituição que tutela o princípio da liberdade (art. 5º, XXXIX, CF), no princípio geral do direito que veda a analogia em sede de qualquer direito de cunho sancionador e em uma exigência de certeza que exclui a possibilidade de configurar sentenças aditivas⁷⁴³. Isso, no entanto, não impede a extensão de tratamento mais favorável de leis penais arbitrárias e

⁷⁴² O mesmo ocorreu no julgamento do Agravo Regimental no RE 198.129/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 30/05/97, que se pautou na redação original do §4º do art. 40 da CF/88. Atualmente, por força da EC 19/98, a mesma regra está no §8º do art. 40 da Constituição Federal.

⁷⁴³ ROMBOLI, op. cit., p. 65.

discriminatórias⁷⁴⁴. O mesmo raciocínio se aplica em sede de direito tributário (art. 150, I, CF), mas que também não impede a aplicação direta da Constituição, para efeito de uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória, a exemplo do julgamento do IPMF (ADI 939). Assim, a limitação das sentenças aditivas não decorre de uma simples aplicação do princípio da reserva de lei.

No que se refere às questões financeiras, como dito, a Corte Constitucional deve ter uma postura restritiva, pois devem também buscar preservar as regras constitucionais de equilíbrio orçamentário. Porém, este princípio se aplica ao legislador e não deve condicionar ou limitar, por si só, o controle de constitucionalidade, sob pena de se manter leis inconstitucionais com base em um argumento meramente econômico, retirando-se força normativa da Constituição⁷⁴⁵. Por isso, cabe repetir que, decisões aditivas que geram gastos devem ter sua admissibilidade avaliada com base no embate entre princípio da reserva financeira do possível e as considerações em relação ao mínimo existencial⁷⁴⁶. A ponderação de bens exige, pois, com base na proporcionalidade, a avaliação entre o direito que se busca tutelar por meio de sentença aditiva constitucionalmente obrigatória e o princípio da reserva do possível.

Sobre esta complexidade das sentenças aditivas de gastos, é interessante mencionar o voto divergente do Min. Dias Toffoli proferido no julgamento da Rcl 26872 AgR⁷⁴⁷, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, contra decisão judicial que deferiu o pagamento de diárias no mesmo valor, com base em simetria remuneratória entre as carreiras do Ministério Público e da Magistratura, com base no art. 129, §4º, da CF. Embora a Segunda Turma tenha dado provimento à reclamação constitucional, por entender violado o enunciado vinculante

⁷⁴⁴ CANOTILHO, op. cit. p. 1015.

⁷⁴⁵ ROMBOLI, op. cit., p. 65-66.

⁷⁴⁶ Sobre a prevalência do mínimo existencial em relação à princípio da reserva do possível, ver: QUEIROZ. Direitos Fundamentais...Op. cit., p. 193. SARLET. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde...Op. cit. ALEXY, op. cit., p. 435-436. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 465. CANOTILHO, ob. cit., p. 476 e 477-480. Nesse sentido, decisões do STF pela prevalência do mínimo existencial: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 581352 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013; AI 598212 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014; RE 642536 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013; STA 223 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE (Presidente), Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2008; ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004.

⁷⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 26872 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 26-03-2018 PUBLIC 27-03-2018.

37⁷⁴⁸, o Ministro Dias Toffoli destacou que a reclamação esbarrava na existência de ato normativo editado pelo Conselho Nacional de Justiça com fundamento na simetria constitucional (art. 129, § 4º), temática que não integraria a Jurisprudência reiterada do STF que justificou a edição da súmula vinculante 37. Além disso, para o Ministro Dias Toffoli, três razões justificariam esta falta de aderência estrita entre o ato reclamado e a súmula vinculante: 1) ser objeto da ADI 4.822/PE, na qual se questiona a constitucionalidade da Resolução n. 133/2011 do CNJ; 2) ser objeto de repercussão geral (Tema n. 966), no qual se debate a “isonomia entre as carreiras da magistratura e do Ministério Público: direito dos juízes do Poder Judiciário da União à licença-prêmio (ou à indenização por sua não fruição)”, conforme RE nº 1.059.466/AL, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário Virtual, DJe de 13/11/2017; 3) ser objeto da repercussão geral (Tema n. 976), no qual se debate a “equiparação do valor das diárias devidas a membros do Ministério Público e do Poder Judiciário”. Com efeito, para o Ministro Dias Toffoli, a reclamação constitucional com paradigma na súmula vinculante 37 não poderia subverter a competência do Plenário para julgar uma ação direta de inconstitucionalidade, nem esvaziar a repercussão geral sobre tema inédito (ADI nº 4.822/PE, seja na sistemática da repercussão geral – Temas 966 e 976). Por isso, votou pelo provimento do agravo regimental para negar seguimento à reclamação⁷⁴⁹. Contudo, como dito, a Turma deu provimento à reclamação.

Esta mesma Segunda Turma, no julgamento da Rcl 28.655⁷⁵⁰, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em caso envolvendo decisão judicial que elevou o valor das diárias da

⁷⁴⁸ No mesmo sentido de que a extensão de vantagens do Ministério Público à magistratura, ou mesmo se uma carreira de servidores a outra, viola a súmula vinculante n. 37: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1048285 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 11-10-2017 PUBLIC 13-10-2017; ARE 956734 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 04-09-2017 PUBLIC 05-09-2017; MS 32216 ED-AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 06-06-2017 PUBLIC 07-06-2017; ARE 968262 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 02/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 24-05-2017 PUBLIC 25-05-2017; MS 32194 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-073 DIVULG 07-04-2017 PUBLIC 10-04-2017; ARE 895788 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-024 DIVULG 10-02-2016 PUBLIC 11-02-2016;

⁷⁴⁹ Cf. voto do Ministro Dias Toffoli na Rcl 26872 AgR. Em decisão recente, o Ministro Dias Toffoli se manifestou no mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 26924 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 07-06-2018 PUBLIC 08-06-2018.

⁷⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 28655 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 20-06-2018 PUBLIC 21-06-2018. Cabe destacar que o Ministro Celso de Mello destacou o entendimento pessoal, mas acompanhou o relator com base no princípio da colegialidade. Restou vencido o Ministro Gilmar Mendes que deu provimento à reclamação. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 26924 AgR, Relator(a): Min. DIAS

magistratura com base na simetria com o Ministério Público, decidiu no sentido diametralmente oposto ao julgado na Rcl 26872 AgR. Em verdade, a decisão proferida na Rcl 28.655 seguiu a mesma linha argumentativa de diversas decisões anteriores⁷⁵¹. A fundamentação foi no sentido de que “a concessão de diárias a integrante da Magistratura com fundamento no princípio da simetria não enseja reclamação por ofensa à Súmula Vinculante 37”. Para o Relator, a decisão reclamada não teria aumentado vencimentos com base na isonomia, “mas sim, com fulcro na Resolução 133/2011 do Conselho Nacional de Justiça”, que concede a extensão de vantagens funcionais previstas no Estatuto do Ministério Público a magistrados com base na simetria⁷⁵².

E não há como deixar de mencionar a decisão liminar proferida pelo Min. Luiz Fux, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Originária n. 1.773, que estendeu o benefício do auxílio-moradia a todos os juízes, tendo como *ratio decidendi* o princípio da simetria e o caráter nacional e unitário da magistratura.

Da análise do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na Rcl 28.655, não parece plausível que Resolução do CNJ, a pretexto de ter natureza de ato normativo primário (art. 103-B, §4º, I, CF), preencha o requisito de forma exigido pelo inciso X do art. 37, no sentido de que a simetria constitucional entre Ministério Público e Magistratura foi regulamentada pelo CNJ e cumpriu a exigência de “lei específica”. Aceitar este argumento parece mais gravoso do que aceitar a possibilidade de sentenças aditivas “*a rime obbligate*”, na medida em que se reconheceria uma espécie de “ativismo administrativo”, com aumento de remuneração sem passar, igualmente, pelo processo legislativo e sem as exigências legais e constitucionais orçamentárias (art. 165 e §§, da CF).

De outro lado, diante das grandes diferenças remuneratórias constantes da Lei Orgânica do Ministério Público e da Lei Orgânica da Magistratura (que se encontra desatualizada), como a reserva de lei constitui exigência de forma e não de conteúdo, parece

TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 07-06-2018 PUBLIC 08-06-2018.

⁷⁵¹ No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 27818 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/12/2017; Rcl 28087 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 07-02-2018 PUBLIC 08-02-2018; Rcl 26510 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 07-02-2018 PUBLIC 08-02-2018; Rcl 26466 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 07-02-2018 PUBLIC 08-02-2018;

⁷⁵² Cf. voto do Ministro Relator na Rcl 28655 AgR, p. 4-5.

imprescindível avaliar em que medida o art. 129, §4º, aliado ao disposto no art. 39, §1º, incisos I, II e III, ambos da Constituição, criou uma simetria como uma única solução válida, para, a partir daí, analisar até que ponto o regime jurídico simétrico engloba direitos, prerrogativas e benefícios remuneratórios, análise esta que não é possível com a aplicação seca e rígida da súmula vinculante 37. Ao que parece, os argumentos trazidos no voto do Min. Dias Toffoli seguem esta consideração.

A análise destes precedentes pautados na súmula vinculante n. 37 parece demonstrar que a teoria do legislador negativo, deveras, funciona como uma típica autocontenção qualitativa equivalente à uma restrição de competência. De um lado, esta limitação tem a vantagem de definir o objeto e as demais condições de controle de constitucionalidade de maneira taxativa, clara, segura e previsível para o julgador. Porém, de outro, a vagueza, a fonte de fixação do critério de decisão, baseado na reserva de lei e não na Constituição, e a ausência de fundamentação quanto ao fator de *discrímen*⁷⁵³ revelam a inadequação deste critério decisório.

Portanto, diante da análise destes julgados, apresenta-se inadequada e prejudicial à função de guardião da Constituição a aplicação da súmula vinculante 37 como um fator limitativo da competência constitucional do STF para aferir a constitucionalidade material destas leis e seu fator de *discrímen*. Deveras, embora no Brasil haja entendimento acadêmico firme quanto ao uso da técnica alemã de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade para sanar omissões relativas⁷⁵⁴, com suspensão da lei e exclusão de benefício incompatível com isonomia, na prática, salvo as exceções apontadas, o STF tem aplicado pura e simples a súmula vinculante 37, sem verificar os parâmetros constitucionais que devem nortear as políticas remuneratórias dos servidores públicos.

4.4 Da necessidade de uma decisão constitucionalmente adequada e de enfrentamento das omissões relativas

Diante da insuficiência do critério limitativo de competência para aferir a compatibilidade material de uma lei arbitrária e discriminatória, é preciso aferir qual a

⁷⁵³ DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p. 161-166.

⁷⁵⁴ MENDES. A Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronúncia de Nulidade...Op. cit., p. 1-26.

importância do princípio da isonomia no combate das omissões relativas. Estas, por sua vez, se devidamente verificadas as suas características, constituem importante parâmetro decisório a ensejar em cada caso uma decisão constitucionalmente adequada.

4.4.1 Estado Democrático de Direito e a necessária tutela do princípio da isonomia

Claro que o debate sobre o princípio da igualdade é muito mais amplo do que o objeto deste trabalho, que se limita a analisar benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia e o possível uso de sentenças intermediárias e manipulativas em sentido amplo. Este trabalho, portanto, não tem pretensão de analisar todas as nuances do princípio da igualdade.

Para análise sobre o princípio da igualdade, antes de tudo, devemos considerar que nosso sistema jurídico é informado pelo “princípio da constitucionalidade”, que exprime a ideia de que o Estado se funda na legitimidade de uma constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincula todos os Poderes e atos deles provenientes⁷⁵⁵. Isso significa dizer que a Constituição goza de primazia sobre todo o restante do ordenamento jurídico, de modo que “todos os poderes públicos, inclusive o Legislativo, acham-se vinculados pela Constituição”⁷⁵⁶.

Por mais que se possa falar em paradoxo da Constituição⁷⁵⁷, em sua relação entre o princípio da democracia representativa, o fato é que a Lei Fundamental é a base da ordem jurídica, de modo que todos os atos estatais (inclusive não estatais – eficácia horizontal) devem se desenvolver a partir e de acordo com ela. “Está nisto uma condição de constitucionalidade, característica necessária do Estado constitucional de Direito”⁷⁵⁸. Nas lições de Friedrich Müller, “o Estado de Direito, os direitos fundamentais e a democracia se

⁷⁵⁵ Cf. SILVA. Teoria do Conhecimento Constitucional.... Op. cit., p. 883; e CANOTILHO, op. cit., p. 1226.

⁷⁵⁶ HESSE, Konrad. Constituição e Direito constitucional. Traduzido por Carlos dos Santos Almeida. In Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 8-9.

⁷⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais de direito constitucional. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 129.

⁷⁵⁸ Idem.

condicionam reciprocamente e necessitam uns dos outros”. Com efeito, nenhuma democracia funciona sem o Estado de Direito e sem a garantia de direitos fundamentais⁷⁵⁹.

Com efeito, nesta lógica do Estado Democrático de Direito, o princípio democrático não significa apenas vontade da maioria. Carl Schmitt já dizia que “a 'verdadeira' democracia pode ser definida também como proteção da minoria. Sua essência intrínseca deve ser, então, um compromisso constante entre a maioria e minoria”⁷⁶⁰. No mesmo sentido, embora divergisse quanto a quem deve ser o guardião da Constituição, Hans Kelsen reafirmou a ideia de que “a essência da democracia” não na onipotência da maioria, “mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria”, sendo que a justiça constitucional é um meio adequado à realização desta ideia⁷⁶¹. Por isso, o princípio da constitucionalidade é meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. E mesmo para aqueles que, como Hart Ely⁷⁶² e Habermas⁷⁶³, apresentam uma visão meramente procedimental da jurisdição, esta ideia de proteção da igualdade é incontestável, embora proponham instrumentos distintos. Mas o fato é que a democracia não se limita à vontade da maioria.

Ademais, neste aparente conflito entre democracia e constitucionalismo, é sempre relevante consignar as ideias de Rawls⁷⁶⁴ e Dworkin⁷⁶⁵, no sentido de que, enquanto que

⁷⁵⁹ MÜLLER, Friedrich. Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e Internacionais – especialmente na ótica da Teoria Estruturante do Direito, in: Direitos Humanos e democracia. Coordenadores: CLÈVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Direitos Humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 48-49.

⁷⁶⁰ SCHMITT, op. cit., p. 37.

⁷⁶¹ KELSEN. Jurisdição Constitucional...Op. cit., p. 182.

⁷⁶² ELY, op. cit., p. 11-14.

⁷⁶³ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Entre a facticidade e a validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, V 1, p. 154-168.

⁷⁶⁴ RAWLS, John. Justiça e Democracia. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: 2002, Martins Fontes, p. 207-208. “(1) Cada pessoa tem direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades e de direitos básicos iguais para todos, compatíveis com um mesmo sistema para todos; (2) As desigualdades sociais e econômicas devem preencher duas condições: em primeiro lugar, devem estar ligadas a funções e a posições abertas a todos em condições de justa (fair) igualdade de oportunidades; e, em segundo lugar, devem proporcionar a maior vantagem para os membros mais desfavoráveis da sociedade!”.

⁷⁶⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 276-280. “A posição original é um caso limite porque os homens de Rawls não são simplesmente ignorantes de seus interesses, além de alguns poucos escolhidos; eles ignoram todos os interesses que têm. Seria errôneo pressupor que isso os torna incapazes de quaisquer juízos sobre seu auto-interesse. Mas os juízos que emitem devem ser, não obstante, muito abstratos; devem permitir quaisquer combinações de interesses, sem a vantagem de qualquer suposição de que alguns sejam mais prováveis que outros”. Isto é dizer, a posição original constitui um limite para os indivíduos na defesa de seus interesses, os quais devem ser abstratos; em razão disso, permite-se a combinação de interesses, sem a vantagem concreta de um sobre os outros. No contrato social, o poder de veto dos indivíduos se baseia apenas em probabilidades de interesses, e não em respostas concretas. Por isso, que o indivíduo se vê com decisões políticas tomadas por ele próprio que podem lhe causar prejuízos futuros. Segundo Dworkin, que encampa a posição original de Rawls, é que o direito de igual respeito e igual

muitos direitos fundamentais são consequência do contrato social (Constituição), o princípio da igualdade (igual consideração e participação) aparece como o seu pressuposto. Desta feita, o princípio da igualdade é premissa da própria Democracia e da própria noção de constitucionalismo. Trata-se de um princípio vital em um Estado de Direito, “já que envolve a salvaguarda desse elemento básico da convivência política que é a igual dignidade dos cidadãos, pelo que ao seu serviço devem ser mobilizados amplos recursos substantivos e procedimentais”⁷⁶⁶.

Esta base fundamental que forma o Estado deveria ser um ideal supremo a ser perseguido pelos representantes do povo (e de todos os membros da sociedade civil), no sentido de tratar todos de igual maneira, não criar privilégios ou favorecimentos, não se criar qualquer tipo de discriminação. E para tanto, quando se avalia o princípio da igualdade como um valor que impõe igual consideração e igual participação, nem sempre é preciso ir tão longe e aprofundar em todas as três fases marcantes deste princípio (igualdade formal, igualdade material, igualdade como reconhecimento e ações afirmativas)⁷⁶⁷. Para tanto, como afirmam Llorente e Francisco Segado, mesmo na concepção de estado liberal, o princípio da igualdade, subsumido no princípio da legalidade (igualdade perante a lei - igualdade formal), desconfigurou a sociedade estamental existente antes das revoluções liberais, com a noção de universalidade e generalidade na aplicação da lei, sem privilégios. Nesta perspectiva, o princípio da igualdade assume uma natureza proibitiva, ou seja, “*veda establecer entre los ciudadanos diferencias que no resulten del libre juego de las fuerzas sociales, como un hecho natural*”⁷⁶⁸. Desta feita, em certas situações a inconstitucionalidade de leis discriminatórias, arbitrárias e que concedem privilégios pessoais e individualizados (ou até ônus discriminatório) pode ser verificada com uma mera análise de igualdade formal.

Contudo, a evolução do princípio da isonomia impõe não só um dever de abstenção, mas também condutas positivas contra arbítrios e discriminações, na busca da igualdade material, como um núcleo do conceito de justiça social⁷⁶⁹. Como princípio estruturante do sistema constitucional, a igualdade vincula todos os entes públicos e privados e conjuga todas

consideração é condição para a admissão da posição original. Portanto, a posição original não emerge do contrato social, mas é pressuposto dele. Assim, segundo Dworkin, enquanto o direito de liberdade decorre do contrato social, o direito a igualdade é pressuposto dele.

⁷⁶⁶ MEDEIROS, op. cit., p. 520.

⁷⁶⁷ SILVA, Jorge Pereira, op. cit., p. 67.

⁷⁶⁸ SEGADO, Francisco Fernandez. El Sistema Constitucional Español. Madri: Dykinson, 1992, 191. LLORENTE, Rubio. La Igualdad em la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. In: Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid. ISSN 0211-5743. Ano 11, nº 31, janeiro (1991), p. 16 e ss.

⁷⁶⁹ SILVA, Jorge Pereira, op. cit. p. 67.

as “dimensões liberais, democráticas e sociais ao Estado de direito democrático e social, impõem a sua observância tanto na criação como na aplicação do direito”⁷⁷⁰. A partir destas perspectivas de criação e de aplicação, deve-se avaliar em que medida pode a criação legislativa ser potenciadora de desigualdades e até que ponto o intérprete pode, perante uma norma irrazoável e discriminatória repor a igualdade⁷⁷¹.

Na perspectiva de criação, impõe ao legislador o dever de criação de um direito igual para todos os cidadãos⁷⁷². Claro que a criação de um direito igual apresenta grande dificuldade. Nesse sentido, este dever deve se basear em três ideias-chave: a) criação de um direito igual pressupõe a ideia de universalidade, ou seja, “igualdade na própria lei”, para todos os indivíduos com as mesmas características, iguais situações ou resultados jurídicos, para obter uma igualdade em sentido formal; b) criação de um direito justo, já que não basta a igualdade formal, sendo necessário pressupor uma igualdade em sentido material, ou seja, não só igualdade perante a lei, mas também uma “igualdade na lei”⁷⁷³; c) ideia de justiça, pois, como se refere Llorente, o princípio da igualdade constitui o núcleo essencial da ideia de justiça e, por isso, o direito que se pretende justo deve respeitar este princípio⁷⁷⁴. Portanto, nesta dimensão, a igualdade se apoia em um critério valorativo, não sendo suficiente o critério formal. Ainda que se reconheça ao legislador uma liberdade relativamente ampla de conformação do conteúdo legislativo, tal critério valorativo tem como limite material efetivo que é a “proibição do arbítrio”, não podendo o legislador criar uma disciplina jurídica que estabeleça diferenciações sem que exista um fundamento razoável ou correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a desigualdade⁷⁷⁵.

Por isso, a partir destas considerações, é possível afirmar que a limitação pautada na teoria do legislador negativo, a exemplo da súmula 339 e da súmula vinculante 37, não atribui ao legislador total margem de discricionariedade para elaborar leis arbitrárias e discriminatórias, em violação da isonomia. Ainda que se defenda a impossibilidade de edição de sentenças aditivas de gastos (e parece ser este o objetivo destas súmulas), a impossibilidade de extensão do benefício não deve afastar da Corte Constitucional, e da jurisdição constitucional em geral, o controle de constitucionalidade destas leis. O princípio da isonomia

⁷⁷⁰ CANOTILHO, op. cit. p. 336-337.

⁷⁷¹ CASTRO, op. cit., p. 130.

⁷⁷² CANOTILHO, op. cit., p. 426.

⁷⁷³ CANOTILHO, op. cit., p. 427.

⁷⁷⁴ LLORENTE, R. La Igualdad...Op. cit., p. 16-17.

⁷⁷⁵ MELLO, op. cit., p. 37-44.

não é um princípio político, mas um princípio jurídico que vincula o legislador. Mais do que isso, constitui um direito fundamental (art. 5º, *caput*, CF) e um pressuposto da própria democracia.

4.4.2 Benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia: enfrentamento a partir das categorias de omissões relativas

Como dito, não é raro encontrar decisões aditivas, inclusive aditivas de gastos⁷⁷⁶, disfarçadas de decisões meramente interpretativas. Porém, o não reconhecimento do uso de sentenças com efeitos aditivos por parte do STF pode conduzir à incorporação da referida técnica decisória sem aprofundamento teórico e sem observância dos limites traçados em sede do direito comparado.

O risco disso é conceder ao intérprete maior liberdade criativa⁷⁷⁷. A falta de padrão decisório e de categorização adequada destas decisões impedem a incorporação adequada do instituto, ao encará-las como produto natural da interpretação conforme a Constituição⁷⁷⁸, assumindo silenciosamente a posição criativa sem limites e parâmetros objetivos. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da união homoafetiva no Brasil - conferindo “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro - como exemplo de ativismo judicial⁷⁷⁹ (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ), ambas julgadas pelo plenário em 5/5/2011, e publicadas em 14/10/2011. Mais do que isso, para o constitucionalista português Carlos Blanco de Moraes, a decisão configurou verdadeira

⁷⁷⁶ O Julgamento da ADI 939 resultou em adição normativa ao art. 3º, que, segundo Brust, resultou em decisão aditiva. Nesse sentido: BRUST, ob. cit. p. 175. A extensão de benefício fiscal, por meio de aplicação direta da Constituição, também constitui sentença aditiva de gastos, ou pelo menos, sentença aditiva com efeitos financeiros, na medida em que o equilíbrio orçamentário é pautado nas receitas e despesas. Sobre extensão de direito de férias, com reflexos orçamentários: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 20549 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 05/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 18-05-2017 PUBLIC 19-05-2017; Rcl 19359 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 24-11-2015 PUBLIC 25-11-2015.

⁷⁷⁷ RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas. In: IDP - Observatório da Jurisdição Constitucional. ISSN 1982-4564. Ano 3, 2009/2010.

⁷⁷⁸ STRECK, Lenio L. A jurisdição constitucional e o “duplo juízo de admissibilidade” do artigo 396 do CPP: uma solução hermenêutica. Disponível em: <http://promotordejustica.blogspot.com/2008/09/artigo-396-do-cpp-lenio-streck.html>. Acesso em: 08.07.2018.

⁷⁷⁹ Adotamos como referencial, o conceito de ativismo proposto por Lenio Streck. Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 589.

mutação inconstitucional, agravada pela Resolução n. 175/2013 do CNJ, que “regulamentou” o casamento homoafetivo⁷⁸⁰. Em verdade, a decisão sobre as uniões homoafetivas configurou verdadeira sentença de revisão constitucional que, por óbvio, não é admitida na doutrina⁷⁸¹.

Não se defende decisões desta natureza (revisão constitucional), muito menos se busca atribuir papel paralegislativo ao STF. A questão que se coloca não se refere propriamente à defesa da extensão do benefício. Em outros termos, não se trata de estabelecer um critério de “*in dubio pro favor*” (atento ao equilíbrio do orçamento e liberdade de conformação do legislador)⁷⁸², mas de exigir uma necessária análise de constitucionalidade material de leis que concedem benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia, que exige por parte da Corte Constitucional uma adequada fundamentação e a possível adoção de sentenças intermediárias ou manipulativas em sentido amplo, a depender de cada situação, e, até mesmo, o uso de sentenças aditivas “*a rime obbligate*”⁷⁸³.

Sabemos que em relação a este tema existem diversas posições. Por exemplo, há quem defenda a extensão de benefício, pelo fato da lei violar direito fundamental da igualdade⁷⁸⁴. Existe posição que, baseada no princípio de proibição de retrocesso social e na aplicabilidade direta do princípio da igualdade, defende um princípio geral de tratamento mais favorável⁷⁸⁵. De outro lado, com base em uma vertente mais restritiva, só admitem sentenças aditivas “*a rima obbligate*”⁷⁸⁶. Em sentido contrário, outros negam totalmente a possibilidade de extensão de benefícios com base no princípio da igualdade e defendem uma decisão de invalidade total da lei, ainda que com limitação temporal de efeitos⁷⁸⁷. No mesmo sentido da inadmissibilidade da extensão de benefícios, no Brasil, Gilmar Mendes entende que o caso

⁷⁸⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. Mutações Constitucionais/Coordenação de Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Blanco de Moraes. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 83. “*Um órgão administrativo com poderes normativos dispôs-se, desse modo, a legislar no plano ordinário e constitucional. Nunca se terá ido tão longe em qualquer ordenamento ocidental na criação de uma mutação constitucional impura*”.

⁷⁸¹ MORAIS, C. B. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 372-373.

⁷⁸² MORAIS, C. B. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 397.

⁷⁸³ CRISAFULLI, op. cit., p. 406-408.

⁷⁸⁴ MIRANDA. Manual de Direito Constitucional. Tomo VI..Op. cit., p. 88. “*Embora reconhecendo a necessidade de divisas estreitas e de se não menosprezar os condicionalismos financeiros à luz do <<postulado da reserva econômica do possível>>, não vemos como recusar esse tipo de decisões perante discriminações ou diferenciações infundadas, frente às quais a extensão do regime mais favorável se oferece, simultaneamente, como a decisão mais imediata para a sensibilidade colectiva e a mais próxima dos valores constitucionais. Há imperativos materiais que se sobrepõem a considerações orgânico-funcionais*”.

⁷⁸⁵ MACHADO, Jónatas. O regime concordatário entre a “*libertas ecclesiae*” e a liberdade religiosa. Coimbra: 1993, p. 82-83 apud MEDEIROS, op. cit., p. 504.

⁷⁸⁶ CRISAFULLI, op. cit., p. 406-408. No mesmo sentido: MORAIS, C. B. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 381 e ss. ROMBOLI, op. cit., p. 65. REVORIO. El control...Op. cit., p. 115. CASTRO, op. cit., p. 141.

⁷⁸⁷ MEDEIROS, op. cit., p. 522 e ss e p. 528.

exige uma decisão de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com suspensão imediata da lei como consequência da incompatibilidade, salvo se esta suspensão causar um agravamento do quadro de inconstitucionalidade⁷⁸⁸.

O que há de comum nestes posicionamentos divergentes é justamente a necessidade de edição de uma sentença intermediária para solução da omissão relativa. E não é de hoje que a doutrina brasileira aponta outras possibilidades decisórias, para além das decisões típicas, como resposta constitucionalmente adequada para o problema dos benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia⁷⁸⁹.

Neste trabalho, a conclusão é de que, primeiramente, para uma decisão constitucionalmente adequada para o problema dos benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia, em lugar de aplicação pura e seca da teoria do legislador negativo, a exemplo dos julgados que aplicaram a súmula vinculante 37, deve o STF reconhecer a possibilidade de edição de sentenças aditivas, suas características, classificações e limites. Em segundo lugar, a solução constitucionalmente adequada passa pela análise das categorias de omissões relativas, essencialmente, pela verificação de dispositivos constitucionais que conferem ou não margem de discricionariedade ao legislador.

Assim, trazendo as conclusões dos capítulos e itens anteriores, é possível ilustrar como a Corte Constitucional pode aplicar técnicas decisórias, tanto no controle abstrato quanto no controle difuso em sede de repercussão geral, para resolver o problema dos benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia:

a) nas hipóteses de omissões relativas definidas expressas ou explícitas, cabe à Corte Constitucional declarar a inconstitucionalidade da cláusula de exclusão, proferindo assim uma sentença demolitória ou sentença de efeitos necessariamente aditivos;

⁷⁸⁸ Cf. MENDES. A Declaração de Inconstitucionalidade sem pronúncia de Nulidade...Op. cit., p. 1-20. Ver: ADI 737, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1993, DJ 22-10-1993. Em outro artigo, o exemplo dado por Gilmar Mendes para corrigir uma violação do princípio da isonomia foi a decisão do Tribunal alemão no caso da pensão entre viúvo e viúva na Alemanha, que ensejou uma decisão de lei ainda constitucional com apelo ao legislador, com o fim de corrigir distinção que se tornaria arbitrária em razão de mudanças fáticas e jurídicas (Cf. MENDES. O Apelo ao Legislador...Op. cit., p. 486. O mesmo exemplo: REVORIO. El control...Op. cit., p. 95-96). Na Itália e em Portugal, a discriminação resultante do pagamento distinto de pensões a viúvos e viúvas resultou em sentenças aditivas, com extensão do benefício mais favorável (Itália, Sentença 125 de 1982; Portugal, Acórdão 713/96. Nesse sentido, ver: MORAIS. Justiça Constitucional...Op. cit., p. 385-385; e MEDEIROS, op. cit., p. 476).

⁷⁸⁹ Cf. CLÈVE, op. cit. p 242-245.

b) nas hipóteses de omissões relativas implícitas, cabe à Corte Constitucional declarar a inconstitucionalidade da norma implícita decorrente da omissão e indicar expressamente a regra constitucionalmente obrigatória, proferindo uma sentença “*a rime obbligate*”, que aqui se denomina de sentença aditiva constitucionalmente obrigatória com caráter estrito;

c) nas hipóteses de omissões relativas indefinidas impróprias e explícitas, deve o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade da cláusula discriminatória e editar uma sentença aditiva de princípio (sentença aditiva em sentido amplo), com indicação expressa do princípio constitucional a ser seguido pelo legislador e pela jurisdição constitucional nas decisões de casos concretos;

d) nas hipóteses de omissões relativas indefinidas impróprias implícitas, deve a Corte Constitucional declarar a inconstitucionalidade da norma implícita decorrente da omissão e proferir sentença aditiva de princípio nos mesmos termos do item anterior;

e) nas hipóteses de omissões relativas indefinidas próprias, deve o STF fazer uso das técnicas decisórias previstas no art. 27 da Lei n. 9.868/99 e no art. 11 da Lei n. 9.882/99, bem como daquelas incorporadas jurisprudência do Tribunal, para assim ultrapassar a barreira limitativa de competência, pautada na teoria do legislador negativo, a exemplo da súmula vinculante 37, podendo, a partir da análise material do fator de *discrímen*, proferir declaração de inconstitucionalidade com modulação de efeitos, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (com suspensão da lei e apelo ao legislador) ou, ainda, declaração de lei ainda constitucional em trânsito para inconstitucionalidade com apelo ao legislador, conforme cada situação exigir e com a devida justificação.

Por fim, é preciso deixar claro que as soluções constitucionalmente obrigatórias, que caracterizam uma omissão relativa definida, não impõem o uso de apenas um mecanismo de caráter unilateral. O objetivo não é, pois, obrigar a jurisdição constitucional a proferir sentença aditiva, mas sim delimitar os seus requisitos e limites. Isto é dizer, o fato de somente ser admissível sentença aditiva no caso de omissão relativa definida não significa necessariamente dizer que somente seja cabível sentença aditiva, excluindo-se mecanismos

bilaterais ou trilaterais de solução, a exemplo do diálogo institucional⁷⁹⁰, que gradativamente vem ganhando força em diversos países, inclusive na Itália⁷⁹¹.

⁷⁹⁰ VICTOR, op. cit., p. 217-251.

⁷⁹¹ REVORIO. El Control...Op. cit., p. 105. Para Revório, por mais que na Itália se tenha buscado mecanismos alternativos de deferência ao legislador, não se pode afirmar que desapareceram as sentenças manipulativas, nem interpretativas, muito menos as decisões manipulativas aditivas.

CONCLUSÃO

Diante da pesquisa efetivada neste trabalho, em apertada síntese, pode-se concluir que:

- a) a omissão inconstitucional deve ser analisada como realidade bifronte, ou seja, como descumprimento de uma obrigação constitucional do legislador, e, sobretudo, como resultado objetivamente produzido no ordenamento jurídico decorrente deste mesmo descumprimento;
- b) a omissão relativa, por decorrer de uma atitude comissiva do legislador, que lesa o princípio da isonomia, deve ser combatida, em sede de controle abstrato, por meio da ação direta de inconstitucionalidade ou de arguição de descumprimento de preceito fundamental, sem prejuízo de se admitir a fungibilidade da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão com o mecanismo de controle por ação;
- c) em sede de controle concreto, a omissão relativa pode ser controlada por diversos instrumentos pela via incidental ou mesmo por meio do mandado de injunção;
- d) a teoria do legislador negativo não foi pensada para controlar omissões relativas, razão pela qual se mostra insuficiente, na medida em que não se pode declarar a inconstitucionalidade de uma lacuna;
- e) a partir da análise de precedentes do STF pautados na aplicação da súmula vinculante 37, é possível perceber que a teoria do legislador negativo na prática funciona como típica autocontenção qualitativa e equivale a uma restrição de competência, que tem a vantagem de ser taxativa, clara, segura e previsível, mas, de outro lado, tem a deficiência de ser um critério decisório meramente formal, baseado na reserva de lei, que não controla a conformidade material da lei com a Constituição, e que apresenta um sério problema de fundamentação;
- f) a adoção da teoria do legislador negativo por meio da súmula vinculante 37 se mostra inadequada e prejudicial à própria função de guardião da Constituição por parte do STF, pois, como fator limitativo de competência, interfere na análise da constitucionalidade material destas leis e do próprio fator *discrímen*, o que revela também uma deficiência na tutela do princípio da igualdade, que não deve ser encarado como princípio político, mas como um direito fundamental estruturante e pressuposto da própria democracia e do Estado de Direito;
- g) uma solução constitucionalmente adequada para combater as omissões relativas passa, primeiramente, pelo reconhecimento por parte do STF do uso de sentenças aditivas, seus requisitos e limites, e da possibilidade criativa inerente à atividade hermenêutica, com aplicação direta da Constituição, sem necessariamente assumir uma função paralegislativa;
- h) a admissibilidade das sentenças aditivas em sentido estrito deve ser “*a rime obbligate*”, somente sendo aceitas, como sentenças constitucionalmente obrigatórias, a partir da identificação das omissões relativas definidas;
- i) as soluções

constitucionalmente obrigatórias, que caracterizam uma omissão relativa definida, não impõem o uso de apenas de mecanismo de caráter unilateral, pois o objetivo não é obrigar o uso de sentença aditiva, mas sim delimitar os seus requisitos e limites; j) nas hipóteses de omissão relativa indefinida imprópria, é preferível que a Corte declare a inconstitucionalidade da cláusula explícita ou implícita de exclusão, apontando o princípio constitucionalmente obrigatório por meio de sentença aditiva de princípio que irá nortear o legislador e a jurisdição ordinária nos casos concretos, a adotar aparentes decisões interpretativas, para, a pretexto de fazer uma interpretação conforme à Constituição em aparente respeito ao legislador, assumir um papel criativo muito maior e sem limites; k) mesmo nos casos de omissões relativas indefinidas próprias, nas quais há margem de discricionariedade para o legislador e várias opções constitucionalmente válidas, deve o STF efetivar o controle formal e material de constitucionalidade das leis violadoras da isonomia, e, para tanto, pode se valer do instrumento decisório disposto no art. 27 da Lei n. 9.868/99 e no art. 11 da Lei n. 9.882/99 (modulação temporal de efeitos), ou mesmo das decisões intermediárias já incorporadas na jurisprudência da Corte, a exemplo da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e da declaração de “lei ainda constitucional” com apelo ao legislador.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi do. Proceso Constitucional en Brasil: Nueva composición del STF y cambio constitucional, in: **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 12, Madri, 2008, p. 459-468.
- AMARAL, Maria Lúcia. As decisões intermédias na jurisprudência constitucional portuguesa [Em linha]. Lisboa: **Colóquio Luso-Italiano de Direito Constitucional**, 5 e 6 de maio de 2009. Acesso em 20.02.2018. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/414-362.pdf>. Acesso em: 10.11.2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BAZÁN, Victor. **Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales: Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y eurpeos**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- BELLOCCI, M; GIOVANNETTI, T. **Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte Costituzionale**. Roma: Corte Costituzionale, 2010. Acesso em: 11.12.2017. Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%202019_Tipologia_decisioni.pdf. Acesso em: 11.12.2017.
- BERCOVICI, Gilberto. **Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O silêncio Ensurdecedor de um Diálogo entre Ausentes**. In: Vinte Anos de Constituição Federal de 1988. Cláudio P. Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenbim (Coords.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BERNARDES, Juliano Taveira. **Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no Direito brasileiro** - Página 2/6. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 539, 28 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6126>>. Acesso em: 11 out. 2014.
- BERNARDES, Juliano Taveira. Princípios processuais do controle judicial abstrato da constitucionalidade dos atos comissivos: aspectos contemporâneos no direito brasileiro. Brasília, 2003. 357 f. **Dissertação (Mestrado em Direito e Estado)** - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lucio. **O controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Atualizado por José Aguiar Dias. 2º ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 95 e ss.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial**. Publicado em André Fellet (orgs). *As novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

_____. **Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. **Revista Direito, Estado e Sociedade n° 44**, p. 189-220, jan/jun. de 2014.

BRUST, Leo. A Interpretação Conforme a Constituição e as Sentenças Manipulativas. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, 5(2), p. 507-526, jul-dez, 2009.

_____. **Controle de Constitucionalidade: a Tipologia das Decisões do STF**. Curitiba: Juruá Editara: 2014.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fontes del derecho. Principios del ordenamiento constitucional**. Madrid: Tecnos, 1991.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas. Os casos das Cortes Constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. **Revista de Processo**. Ano 30. Vol. 246, p. 404-414, agosto/2015. ISSN 0100-1981.

CANAS, Vitalino. **Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional**. 2 ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994.

CANON, Bradley. “Judicial Activism”. **Judicature**, vol. 66, 1982-1983.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e Interconstitucionalidade: *Intinerários dos discursos sobre a historicidade do direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil*. J. J. Gomes Canotilho et alii (Coord). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* | vol. 15 | p. 7 | Abr / 1996. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* | vol. 1 | p. 111 | Mai / 2011, DTR\1996\633.

CANOTILHO, J. J. GOMES; MOREIRA, VITAL. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2 ed. Coimbra: Editora Coimbra.

CAPPELLETTI, Mauro. El <<formidable problema>> del control judicial y La Contribución del Analisis Comparado. In: **Revista de Estudios Políticos**. N° 13, p. 76, 1980.

CASTRO, Bernardo de Mendonça Teixeira de. **As sentenças intermediárias na ordem constitucional nacional: análise de sua legitimidade à luz do princípio da separação de poderes.** Coimbra: Almedina, 2016.

CHAVES, André Luiz Maluf Chaves; PEREIRA, Thiago Rodrigues. Sentenças aditivas no direito italiano e sua viabilidade na jurisdição constitucional brasileira. **Observatório da Jurisdição Constitucional.** Ano 7, nº. 2, p. 167-191, jul./dez. 2014. ISSN 1982, 4564,

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: RT, 1995.

CRISAFFULI, Vezio. **Lezioni di Diritto Costituzionale. L'Ordinamento Costituzionale Italiano.** Le fonti normative. La Corte Costituzionale. Padova: 1984, II.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade. Análise detida das leis 9.868/99 e 9882/99.** 2 ed. Salvador: editora Jus Podivm, 2007.

D'ATENA, Antonio Di. **Interpretazioni Adeguatrici, Diritto Vivente e Sentenze Interpretative della Corte Costituzionale.** Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/06_11_09_DAtena.pdf. Acesso em: 18.04.2018

DIAS, Gabriel Nogueira. “Legislador Negativo” na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria Reine Rechtslehre. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC,** Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set., 2010. Versão digital disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70669> ou em <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/GABRIELDIAS-Legislador-negativo.pdf>. Acesso em 13.11.2107.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica de uma construção. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC,** ano 4, p. 161-181, n. 15, jul./set. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. **Separação de poderes.** In: AGRA, Walber de Moura et. al. (Org.). *Constitucionalismo.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESTEVES, João Lemes. **O originalismo e as mutações informais: notas sinópticas.** In *Mutações Constitucionais.* Coord. Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Blanco de Moraes. São Paulo: Saraiva, 2016 (Série IDP: Linha direito comparado).

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte. **Revista de Informação Legislativa,** v. 23, n. 89, p. 52-53, jan./mar. de

1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181667>. Acesso em: 29.11.2017.

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: *um princípio em decadência?* **REVISTA USP**, n° 21, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aplicação imediata as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 29, p. 37-38, jun. 1988.

_____. **Princípios Fundamentais de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FISS, Owen M. **A autonomia do Direito**. In: Constituição e Crise Política. José Adércio Leite Sampaio (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madri: Civitas, 1983.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais Sociais. Releitura da uma Constituição Dirigente**. 2. Ed.. Curitiba: Juruá, 2010.

GUASTINI, Ricardo. **Quindici Lezioni di diritto Costituzionale**. Torino: Giappchelli Editore, 1991.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre a facticidade e a validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempero Brasileiro, 1997, V 1.

HESSE, Konrad. **Temas de Direito Constitucional. A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Temas de Direito Constitucional. Constituição e Direito constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Limites da Mutação Constituição**. Tradução: Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional. Significado dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: why Liberty Depends on Taxes**. W.W. Norton & Company: New York, 1999.

IBAGÓN, Mónica Liliana. **Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia**. In: GÓMEZ, Juan Vega; SOSA, Edgar Corzo (Coord.) et al. Instrumentos de tutela y justicia constitucional: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho

Constitucional. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=344>>. Acesso em: 19.08.2016.

ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivas: por uma conformação constitucionalmente adequada. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**. Vol. 1, n. 1, dez. 2007. Brasília: BCB, 2011.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti et alii. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Jurisdição Constitucional**. Tradução: Alexandre Krug et alii. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Lei do Tribunal Constitucional Alemão (Lei do Tribunal Constitucional Federal). Tradução: Luiz Afonso Heck. **Revista de Informação Legislativa**, v. 32, n. 127, p. 241-258, jul./set. 1995.

LLORENTE, Rubio. La Igualdad em la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid. ISSN 0211-5743. Ano 11, nº 31, janeiro (1991).

_____. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 8. Núm. 22. Enero-Abril 1988.

MATTOS, Karina Denari Gomes de. Democracia e diálogo institucional: A relação entre os poderes no controle das omissões legislativas. **Dissertação de Mestrado**. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo: 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 20 tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Apelo ao Legislador – Appellentscheidung – na prática da Corte Constitucional Alemã**. Revista de informação legislativa: v. 29, n. 114 (abr./jun. 1992).

_____. **A Declaração de Inconstitucionalidade sem pronúncia de Nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de Controle abstrato da omissão**. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/viewFile/49/26>. Acesso em: 10.08.2017.

_____. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto**. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.) et al.

Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei 9.868/99.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Jurisdição Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulamentação Legislativa.** In: Mandado de Injunção: Estudos sobre a sua regulamentação. Gilmar Ferreira Mendes et al. (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas. *Revista Jurídica Virtual*, v. 1, n. 1, 1999, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Ver_01/Teoria.htm>. Acesso em: 20.09.2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Decisão e Jurisdição Constitucional: Crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

MIRANDA, Jorge Miranda. **Direitos Fundamentais.** Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Manual de Direito Constitucional,** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, T. II.

_____. **Manual de Direito Constitucional.** Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2005, T. VI.

MORAIS, Carlos Blanco. **As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: fronteira crítica entre a interpretação e a mutação.** In: Mutações Constitucionais/Coordenação de Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Blanco de Moraes. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **As Omissões Legislativas e os Efeitos Jurídicos do Mandado de Injunção: um ângulo de visão português.** In: Mandado de Injunção: Estudos sobre a sua regulamentação. Gilmar Ferreira Mendes et al. (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, ano 5, n. 20, outubro/dezembro 2011.

_____. **Justiça Constitucional.** O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, T. II.

_____. Sobre o Conteúdo Possível das Sentenças Aditivas Constitucionalmente Obrigatórias. In: **Congresso Luso-Italiano de Direito Constitucional**, Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/413-361.pdf>. Acesso em: 20.11.2017.

MOREIRA, Luiz. **Direito e Política**. In: Constituição e Crise Política. José Adércio Leite Sampaio (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e Internacionais – especialmente na ótica da Teoria Estruturante do Direito**. in: Direitos Humanos e democracia. Coordenadores: CLÈVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Direitos Humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de informação legislativa**, v. 43, n. 170, p. 111-141, abr./jun. 2006.

NUNES, António José Avelãs. **O Estado capitalista. Mudar para permanecer igual a si próprio**. In: **Constituição e o Estado Social**: os obstáculos à concretização da Constituição. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (org.). Coedição. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Efeitos da Decisão em Mandado de Injunção**. In: Mandado de Injunção: Estudos sobre a sua regulamentação. Gilmar Ferreira Mendes et al. (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2013.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais**. Teoria Geral. 2ª edição. Coimbra, 2010.

_____. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial**. Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional. Coimbra: Editora Coimbra.

RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro do controle de constitucionalidade e a constituição de 1988**. In: Silva Ramos, Elival e Blanco de Moraes, Carlos (coord.). Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Mandado de injunção e Separação de Poderes**. In: Mandado de Injunção: Estudos sobre a sua regulamentação. Gilmar Ferreira Mendes et al. (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas. In: **IDP - Observatório da Jurisdição Constitucional**. ISSN 1982-4564. Ano 3, 2009/2010.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. El Control de Constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas em el derecho comparado europeu. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 21. Núm. 61. Enero-abril, 2001.

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

ROMBOLI, Roberto. **Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale**. In: _____ (Org.) et al. *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*. Torino: G. Giappichelli, 2002.

ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidade de las leyes planteado em via incidental. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid. ISSN 0211-5743. Ano 16, n. 48, 1996.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

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 (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do Possível” / org. Ingo Wolfgang Sarlte e Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos...[et al.]*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SATÈ, Luca Geninatti. Contributo allo studio dei remedi della Corte costituzionale alle lacune ed alle omissioni del legislatore (con alcune osservazioni sulle sentenze di inammissibilità). Sezione I, p. 1-23. **Diritto & Diritti – rivista giuridica on line**. Disponível em: http://www.diritto.it/materiali/costituzionale/sate_sez1.html. Acesso em: 08.10.2017.

SEGADO, Francisco Fernandez. **El Sistema Constitucional Español**. Madri: Dykinson, 1992, 191.

_____. SEGADO, Francisco Fernández. El control de constitucionalidade de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. In: *Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Año 7, n. 2, 2009*, p. 13-69, ISSN 08 18-0195.

_____. La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de Justicia Constitucional. **Direito Público**. Porto Alegre, ano 1, n. 2, p. 55-82, out./ dez. 2003.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de Legislar e proteção Jurisdicional Contra Omissões Legislativas**: contributo para uma teoria da Inconstitucionalidade por Omissão. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. As Sentenças Aditivas na Jurisdição Constitucional. In: **Revista Jurídica ESMP-SP**, V. 3, 2013, p. 99-117.

STRECK, Lenio L. **A jurisdição constitucional e o “duplo juízo de admissibilidade” do artigo 396 do CPP: uma solução hermenêutica**. Disponível em: <http://promotordejustica.blogspot.com/2008/09/artigo-396-do-cpp-lnio-streck.html>. Acesso em: 08.07.2018.

_____. **Comentários à Constituição do Brasil/ J. J. Canotilho... [et al] (Orgs.)**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. Normas Constitucionais Inconstitucionais. Revista **Consultor Jurídico**, 19 de julho de 2009, 9h00

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. **Por que grupos vão a extremos**. In: *Constituição e Crise Política*. José Adércio Leite Sampaio (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15.

_____. **O Cabimento do Mandado de Injunção: a omissão inconstitucional e suas espécies**. In: *Mandado de Injunção: Estudos sobre a sua regulamentação*. Gilmar Ferreira Mendes et al. (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VEGA, A. M. de la. **La sentencia constitucional en Italia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**. Debate entre o STF e o Congresso Nacional. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? **REVISTA USP**, nº 21, 1994.

_____. **Supremocracia**. In: SARMENTO, Daniel. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p. 497/499.

VIEIRA, José Ribas. Redefinindo a jurisdição constitucional e a sociedade de risco. **Revista Verba Juris** – ano 1, n. 1, jan./dez. 2002, 200-208.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Gustizia Costituzionale**. Bologna: Il Mulino, 1977.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.