

O PAPEL CRIATIVO DOS TRIBUNAIS - TÉCNICAS DE DECISÃO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

THE CREATIVE ROLE OF THE COURTS - DECISION-MAKING TECHNIQUES IN JUDICIAL REVIEW

Luís Roberto Barroso¹

Doutor e Livre-Docente (UERJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

Patrícia Perrone Campos Mello²

Doutora em Direito (UERJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional; controle de constitucionalidade; processo constitucional; direito comparado.

RESUMO: O propósito deste artigo é examinar as principais técnicas de decisão utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle de constitucionalidade, para desempenhar um papel criativo que vai além da mera procedência ou improcedência da arguição de inconsti-

tucionalidade. Acredita-se que a sistematização das referidas técnicas e um exame dogmático a respeito de suas principais características, problemas e limites podem contribuir para o aprimoramento e para a desmistificação da jurisdição constitucional. Com esse objetivo, o trabalho aborda diversas espécies de decisões intermediárias e se aprofunda no exame das decisões construtivas (manipulativas) aditivas e substitutivas.

¹ Mestre pela Universidade de Yale. *Visiting Scholar* na Faculdade de Direito de Harvard e *Senior Fellow* na Harvard Kennedy School. Professor titular da UERJ. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2430424576721113>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3407-2304>.

² Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. *Visiting Researcher* no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Professora do Centro Universitário de Brasília - UniCeub. Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. *E-mail:* patricia.mello@ceub.edu.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5868299371482978>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2929-5642>.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to examine the main decision-making techniques used by the Brazilian Supreme Court, through which the Court plays a creative role that goes beyond upholding or overturning a law with basis in its (un)constitutionality. The systematization of these techniques and a dogmatic examination of their main characteristics, problems and limits contribute to the improvement and demystification of the Brazilian judicial review. With this objective, the paper addresses several types of intermediary judicial decisions and delves into the examination of additive and substitutive decisions (judicial decisions which add content to the laws under the Court's scrutiny or replace part of its meaning).*

PALAVRAS-CHAVE: técnicas de decisão; decisões construtivas; decisões manipulativas; decisões aditivas; decisões substitutivas; controle de constitucionalidade.

KEYWORDS: *decision-making techniques; manipulative decisions; additive decisions; substitutive decisions; judicial review; precedents.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Decisões intermediárias: mitigação do dogma da nulidade das leis inconstitucionais; 2 Decisões interpretativas; 3 Decisões construtivas; 4 Críticas enfrentadas pelas decisões construtivas; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Intermediary decisions: mitigation of the dogma of the nullity of unconstitutional laws; 2 Interpretative decisions; 3 Constructive decisions; 4 Criticisms faced by constructive decisions; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Em um passado não muito distante, um homem e uma mulher que vivessem uma longa relação de afeto, sob o mesmo teto, como um casal, não gozavam do *status* e da proteção equiparáveis àquela experimentada por um homem e uma mulher casados. Como a lei não cuidava de tais relações, elas foram inicialmente protegidas, em âmbito judicial, como sociedades de fato, com o propósito, ao menos, de tutelar seus efeitos patrimoniais³. A figura da sociedade de fato tratava, contudo, de fenômeno jurídico bastante diverso, marcado, de modo geral, pela combinação de esforços

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (RE 52.217, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, DJ 16.08.1963; RE 49.064, Rel. Min. Victor Nunes, DJ 18.01.1962; RE 19.561, Rel. Min. Luiz Gallotti, DJ 29.10.1953).

para o desenvolvimento de atividades produtivas. A aplicação dessa categoria para regular uma união caracterizada por um projeto de vida comum entre os parceiros foi, originalmente, produto de uma atuação criativa do Judiciário.

Com o passar do tempo, o próprio direito positivo passou a reconhecer como família não apenas o homem e a mulher unidos por meio do casamento, mas igualmente os casais de sexos distintos, que vivessem em uniões estáveis, caracterizadas por relações de afeto permanentes, com o intuito de constituição familiar. A mesma norma reconheceu, ainda, as famílias monoparentais⁴.

Mais adiante, um novo desafio colocou-se para os juízes: o tratamento jurídico e a proteção a ser conferida a casais compostos por pessoas do mesmo sexo, que vivessem em condições semelhantes às das uniões estáveis. Era possível considerá-los uma família por equiparação às famílias compostas por casais de sexos distintos? Era viável aplicar-lhes o conceito de união estável? Em caso de falecimento de um dos companheiros, o companheiro supérstite e economicamente dependente poderia receber pensão? Deteria direitos sucessórios? Novas questões se colocaram e coube ao Judiciário conceder direitos previdenciários⁵, reconhecer as uniões estáveis entre pessoas do mesmo

⁴ CF/1988: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

⁵ Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça assegurou o pensionamento ao companheiro do mesmo sexo, esclarecendo: “Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas” (BRASIL. STJ, REsp 1026981, Relª Min. Nancy Andrighi, DJe 23.02.2010). No mesmo sentido, STJ, REsp 395.904, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 06.02.2006; TRF-3, AC 2004.61.83.000175-5, Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, DJe 14.04.2008; TJMG, AC/RN 1.0024.05.750258-5/002, Rel. Des. Belizário de Lacerda, DJ/MG 23.11.2007, entre outros.

sexo⁶ e conferir-lhes tratamento semelhante àquele outorgado às uniões entre casais de sexos distintos⁷.

Como esse breve relato demonstra, a vida avança na frente do Direito. Não é raro que novas relações e demandas cheguem ao Judiciário antes de serem compreendidas em toda a sua extensão e reguladas pelo legislador. Ao juiz não é dada a alternativa de deixar de decidir uma matéria porque o Poder Legislativo ainda não se pronunciou a seu respeito ou porque se manifestou de forma incompleta. Diante de um caso inédito, precisa produzir uma decisão que satisfaça a critérios de segurança jurídica, e que seja, portanto, passível de recondução ao ordenamento jurídico. Ao mesmo tempo, deve proferir um entendimento que também atenda a *standards* mínimos de justiça. Esse é o desafio do Direito: conciliar segurança e justiça. Portanto, esse é o desafio do juiz, mesmo que ainda não haja uma regra positivada a respeito do tema que é chamado a decidir.

As decisões judiciais mencionadas acima – ao afirmar a existência de sociedade de fato entre companheiros, ao conferir direitos previdenciários e ao reconhecer uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo – *criaram* direito, a partir de um conteúdo que se encontrava latente na ordem jurídica. Não havia, originalmente, uma regra prevendo as conclusões que proclamaram. Ainda que fosse possível extrair tais direitos do sistema jurídico como um todo, dos princípios que o regem e dos valores que eles pressupõem, as primeiras decisões que o fizeram foram além do teor literal das normas e do significado que lhes era conferido até então. Portanto, em alguma medida, inovaram.

Os julgados antes aludidos ilustram o processo de superação de algumas concepções clássicas. A concepção tradicional, segundo a qual o juiz é um intérprete neutro, que aplica um direito preexistente, por meio da subsunção do fato à norma, tributária do formalismo jurídico, já não corresponde à compreensão corrente que os operadores do Direito têm da sua própria atividade. Além da crescente complexidade da vida social, a ambiguidade da linguagem, os

⁶ BRASIL. STF, ADPF 132 e ADIn 4277, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 14.10.2011.

⁷ V. Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, que vedou às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, com base nas decisões proferidas na ADPF 132, ADIn 4277 e REsp 1.183.378.

desacordos morais razoáveis e a colisão entre normas constitucionais são alguns dos múltiplos fatores capazes de gerar casos para os quais não há uma solução pronta no ordenamento jurídico⁸ e cuja decisão dependerá de uma atuação judicial inovadora⁹.

O presente trabalho tem por objetivo tratar do papel criativo desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. Não se volta, contudo, ao exame dos métodos hermenêuticos empregados pela Corte, como poderia parecer a um primeiro olhar. Volta-se, sim, a analisar as *técnicas de decisão*, utilizadas no âmbito do controle de constitucionalidade, por meio das quais o Tribunal cria direito. Acredita-se que a constatação de tal papel criativo e a sistematização das aludidas técnicas podem contribuir para uma melhor compreensão do processo decisório do STF, um maior controle da sua atuação criativa e um debate sincero e desmistificado sobre os *standards* e limites a serem observados pela jurisdição constitucional.

1 DECISÕES INTERMEDIÁRIAS: MITIGAÇÃO DO DOGMA DA NULIDADE DAS LEIS INCONSTITUCIONAIS

No Direito brasileiro, adotou-se o entendimento de que a norma inconstitucional é nula¹⁰. A declaração de inconstitucionalidade tem, como regra, eficácia retroativa ou *ex tunc*, desconstituindo quaisquer efeitos eventualmente produzidos pela lei, de forma a restabelecer as partes ao estado anterior àquele em que se encontravam quando a norma foi produzida¹¹. O Direito brasileiro admite, contudo, o temperamento desse dogma à luz de situações concretas, em

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 248-257; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte, 2014; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁹ BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Constitutional Courts as Positive Legislators*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011. Como o livro demonstra, a atuação judicial construtiva e inovadora das Cortes Constitucionais é um fenômeno global.

¹⁰ O entendimento é corolário do princípio da supremacia da constituição. Se a constituição é lei suprema, a norma que é incompatível com ela não pode produzir efeitos, sob pena de se negarem efeitos à própria constituição, enquanto tal lei for aplicada.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade do Direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 33-42.

que se constate que a retroatividade plena pode gerar uma situação ainda mais danosa do que a permanência da norma inconstitucional¹².

Imagine-se, a título ilustrativo, que uma lei tenha autorizado a investidura de oficiais de justiça sem prévio concurso público, como se tratasse de função de confiança, e que a norma vigorasse por diversos anos, antes de que viesse a ser questionada. Pessoas teriam sido investidas no cargo, teriam trabalhado e recebido remuneração. Réus teriam sido citados, decisões judiciais teriam sido proferidas e transitado e julgado. A retroatividade plena da declaração de inconstitucionalidade de tal lei implicaria a nulidade de todas as investiduras, a devolução dos valores recebidos por quem efetivamente trabalhou, a invalidade das citações e das decisões judiciais proferidas, gerando enorme insegurança jurídica.

Nesse caso, a observância da norma constitucional que determinava a prévia realização de concurso público (e dos princípios de igualdade no acesso aos cargos públicos e de busca da melhor contratação) estaria em confronto com a proteção à segurança jurídica e à confiança depositada nos atos do Poder Público, que também constituem normas constitucionais. A solução estava em modular os efeitos da decisão de forma a que aqueles investidos sem concurso fossem desligados do cargo, com efeitos a partir do desligamento apenas, sem dever de devolução das importâncias recebidas (já que efetivamente trabalharam) e com a preservação da validade dos atos que praticaram enquanto investidos. Tal modulação de efeitos, que é, atualmente, autorizada pela Lei nº 9.868/1999 de forma expressa, foi objeto, originalmente, de criação judicial¹³.

Constata-se, portanto, que, a despeito da adoção do dogma da nulidade das leis inconstitucionais como regra, o Supremo Tribunal Federal adota *técnicas de decisão intermediárias*, por meio das quais produz comandos que se colocam entre a declaração de inconstitucionalidade, com a nulidade da norma, e o reconhecimento da constitucionalidade da lei. Tais técnicas intermediárias de decisão procuram conservar o ato normativo impugnado ou minimizar os impactos adversos que decorreriam do reconhecimento da sua nulidade plena.

No que respeita à sua força criativa e inovadora, essas decisões intermediárias podem assumir a natureza de decisões interpretativas ou de

¹² Idem, *ibidem*.

¹³ V. BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade do Direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 33-42; e Lei nº 9.868/1999, art. 27.

decisões construtivas (também conhecidas como manipulativas), a depender do *quantum* de inovação produzam no Direito¹⁴. As *decisões interpretativas* são aquelas em que o Tribunal *atribui ou afasta um significado ou uma incidência que poderia ser extraída do programa normativo da lei*, tal como positivado pelo legislador. Nesse caso, o intérprete determina, entre as interpretações possíveis, a que melhor efetiva o disposto na Constituição, ou suprime significados inconstitucionais.

As *decisões construtivas* (manipulativas)¹⁵, a seu turno, atribuem aos dispositivos interpretados *significados que não podem ser diretamente extraídos do programa normativo da lei*, procurando ampliar ou modificar o seu conteúdo e alcance, a fim de compatibilizá-lo com a Constituição. Nessa hipótese, há uma maior atuação criativa da Corte, com adição ou substituição do sentido normativo atrelado ao texto.

É certo que a fronteira entre a mera interpretação de um enunciado e a sua construção pode ser tênue e suscitar divergências. A classificação é útil, contudo, para que se possa atuar com alguma precisão técnica na matéria.

¹⁴ Não há plena convergência na doutrina quanto a essa classificação. Optou-se, no ponto, por adotar as categorias que parecem mais funcionais para a compreensão e operacionalização da matéria à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. V., para o debate: ROMBOLI, Roberto et. Al. Il processo costituzionale: la tipologia delle decisioni. *Il Foro Italiano*, v. 121, n. 3, p. 143-166; ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018; BLANCO MORAIS, Carlos. As sentenças com efeitos aditivos. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 15-115; DI MANNO. *Le juge constitutionnel et la technique de décisions interprétatives en France et en Italie*, 1997, p. 318; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001. Na doutrina nacional: SAMPAIO, José Adércio. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 159-194; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., 2015, p. 1198-1213; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas: os casos das Cortes constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. *Revista de Processo*, v. 246, p. 403-427, ago. 2015; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Forum, 2016; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018; MEYER, Emílio Peluso Neder. *Decisão e jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 15-113.

¹⁵ A opção pela expressão “decisões construtivas”, em lugar de “decisões manipulativas”, a despeito da ampla consolidação do segundo termo na doutrina e na jurisprudência, está justificada no item IV, adiante. De todo modo, vale antecipar que a denominação proposta tem inspiração na doutrina de Zagrebelski e Marcenó e se baseia em razões semelhantes àquelas que os levaram a sugerir a sua designação como “decisões reconstrutivas”. (ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2018. p. 229-230)

Ambas as modalidades de decisão – interpretativas e construtivas – constituem gêneros que abrangem espécies distintas. Sobre tais espécies, e sobretudo no que respeita às decisões construtivas, podem-se encontrar, na doutrina, classificações superpostas e divergentes¹⁶. As categorias expostas neste trabalho correspondem àquelas que nos parecem ter maior relevância prática¹⁷, quer porque, sistematizadas na forma aqui proposta, permitem a operacionalização das mencionadas técnicas com um referencial teórico razoavelmente claro, quer porque já encontram referibilidade em julgados do Supremo Tribunal Federal¹⁸.

2 DECISÕES INTERPRETATIVAS

As decisões interpretativas, como explicitado acima, são aquelas que definem o sentido da norma com base em uma interpretação que poderia ser extraída de seu enunciado normativo. Constituem espécies desse gênero: (i) a interpretação conforme à Constituição; (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; (iii) a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador; e (iv) a declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade¹⁹.

¹⁶ As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 159-194; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Forum, 2016.

¹⁷ Entretanto, optou-se por não incluir no objeto deste trabalho a técnica da modulação dos efeitos temporais da decisão, que já se considera razoavelmente assimilada na doutrina e na jurisprudência, sem apresentar grande desafio de sistematização.

¹⁸ Sobre o tema, vale, contudo, conferir: COSTA, Teresa Cristina de Melo. *Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: cidadania, Estado e globalização, 2019 (no prelo). Nesse trabalho, a autora propõe novas categorias e técnicas de decisão para o controle da constitucionalidade, a partir da percepção de que as categorias já consolidadas não atendem plenamente a todas as necessidades da jurisdição constitucional brasileira, em especial no que respeita à necessidade de suprir a inconstitucionalidade por omissão total.

¹⁹ A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, o apelo ao legislador e a declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade são, ainda, decisões apelativas. Por decisões apelativas designam-se aquelas que instam o legislador a agir. Entretanto, a divisão entre decisões interpretativas e manipulativas é aquela que melhor atende aos fins do presente trabalho, que pretende sistematizar as técnicas de decisão empregadas no controle de constitucionalidade com base no *quantum* de conteúdo o juiz acrescenta à norma. Há, ainda, autores que classificam a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e a declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade, ao lado daquelas que modulam os efeitos temporais das

2.1 INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO

A interpretação conforme à Constituição é uma técnica de controle de constitucionalidade aplicável quando um comando normativo comporta mais de uma interpretação plausível. Tem o objetivo de compatibilizar o sentido da norma com a Constituição. Trata-se, de modo geral, da atribuição de um significado que não corresponde àquele mais obviamente decorrente do texto. Para que isso seja possível, o texto tem que comportar alguma plasticidade. A técnica não permite que, ao argumento de ajustar a lei à Constituição, seu significado seja inteiramente alterado, a ponto de se produzir uma interpretação contra a lei²⁰. Por isso se reconhece que as possibilidades semânticas do texto funcionam como um limite à sua utilização.

A interpretação conforme comporta diversas modalidades de atuação do intérprete. Em primeiro lugar, permite a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes. Nessa primeira hipótese, o intérprete ajusta o significado do dispositivo, a fim de torná-lo compatível com a Constituição, desde que dentro dos limites do texto. Em segundo lugar, a interpretação conforme pode ensejar a declaração de não incidência da norma a uma determinada situação de fato, cujas particularidades, em concreto, a tornem incompatível com a constituição. Por fim, a técnica pode ensejar uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto. Nesse caso, ao mesmo tempo em que o intérprete define o significado da norma que é compatível com a Constituição, ele declara a exclusão de uma interpretação que reputa inconstitucional²¹. Ao fazê-lo, além de fixar um

decisões, como decisões manipulativas sob o aspecto temporal. Como já observado, há na doutrina uma profusão de classificações. Utilizamos o vocábulo manipulação neste trabalho para aludir à manipulação de conteúdo e utilizamos o vocábulo interpretação para a atribuição a uma norma de um significado extraível do programa do seu texto. Esse critério permite o enquadramento declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e a declaração de lei ainda constitucional como interpretativa, na medida em que o sentido que se lhes atribui é inferível do seu programa normativo.

²⁰ STF, ADIn 1.344-MC, Rel. Moreira Alves, DJ 19.04.1996: “Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme a Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma e unívoco, como sucede no caso presente”.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 189. Vale o registro de que a associação entre interpretação conforme a constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto não é pacífica na doutrina e de que a legislação tratou as duas técnicas como institutos distintos (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999). V. nessa linha: STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 477.

significado que considera válido, afasta um outro sentido que a norma poderia produzir.

O uso da técnica pode ser exemplificado pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 3684. Nessa ação, debateu-se se o art. 114, I, IV e IX, com a redação que lhes foi conferida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, teria atribuído o exercício de jurisdição penal à Justiça do Trabalho. Os dispositivos traziam uma redação bastante genérica acerca da competência da Justiça do Trabalho, atribuindo-lhe jurisdição sobre toda e qualquer controvérsia oriunda da relação de trabalho, incluindo o julgamento da ação de *habeas corpus*. Confira-se:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

[...]

IV – os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

[...]

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

O texto do art. 114 e incisos, tal como redigido, permitia mais de uma interpretação. A partir de sua leitura, podia-se entender que a jurisdição trabalhista abrangia: (i) apenas ações que versassem sobre relação de trabalho ou (ii) ações decorrentes da relação de trabalho, inclusive sobre matéria penal, desde que ligadas a tal relação. As duas compreensões podiam ser extraídas do relato da norma.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal demonstrou que a segunda leitura da norma implicaria violação aos princípios constitucionais da legalidade e do juiz natural (art. 5º, LIII, da CF/1988), que constituem cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da CF/1988). É que, segundo explicitado pela decisão, a Constituição, sempre que pretendeu atribuir jurisdição penal, o fez expressamente, valendo-

-se de vocábulos categóricos e unívocos como “infrações penais” e “crimes”, justamente para evitar dúvidas que pudessem em risco a garantia do juiz natural e a imparcialidade da jurisdição penal. Esclareceu, ainda, que o fato de se atribuir o julgamento de *habeas corpus* à Justiça do Trabalho não infirma tal entendimento porque se trata de remédio que pode ser oposto contra ações ou omissões praticadas por órgãos da Justiça do Trabalho, no curso de processos de qualquer natureza, e não apenas no âmbito de investigações, inquéritos e ações penais.

Com base em tais fundamentos, o Tribunal conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 114, I, IV e IX, da Constituição, para afirmar que tais dispositivos conferiram à Justiça do Trabalho apenas jurisdição para apreciar ações decorrentes da relação de trabalho, não lhe tendo outorgado o exercício da jurisdição penal. A decisão envolveu, portanto, a definição do alcance dos dispositivos legais à luz dos princípios constitucionais da legalidade e do juiz natural e, concomitantemente, a declaração da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do entendimento que incluía matéria penal em seu âmbito de incidência²².

2.2 DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO

A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é a técnica utilizada quando a norma comporta mais de um sentido possível e o Tribunal declara a inconstitucionalidade de um deles. Nessa hipótese, o texto da norma não será afetado, mas um de seus significados será afastado, por violar a Constituição. Há uma evidente proximidade entre a interpretação conforme à Constituição e a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Há quem as equipare, alegando que, na interpretação conforme, a afirmação, pelo Tribunal, de um determinado sentido que valida a norma implica descartar os demais. A

²² Confira-se ementa da decisão: “Competência criminal. Justiça do Trabalho. Ações penais. Processo e julgamento. Jurisdição penal genérica. Inexistência. *Interpretação conforme* dada ao art. 114, I, IV e IX, da CF, acrescidos pela EC 45/2004. Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar deferida com efeito *ex tunc*. O disposto no art. 114, I, IV e IX, da Constituição da República, acrescidos pela Emenda Constitucional nº 45, não atribui à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais” (BRASIL. STF, ADIn 3884-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 03.08.2007).

Lei nº 9.868/1999 optou, contudo, por tratá-las como técnicas distintas (art. 28, parágrafo único)²³.

Constitui exemplo de aplicação dessa técnica a decisão que declara parcialmente inconstitucional, sem redução de texto, a possibilidade de cobrança de um tributo sem a observância do princípio da anualidade. A norma criadora do tributo tem o seu texto preservado, mas suprime-se uma incidência possível, que poderia decorrer do seu programa normativo e que não é compatível com a Constituição: a incidência em desrespeito a tal princípio.

Observada essa hipótese de exclusão, os demais significados atribuídos ao dispositivo são considerados conforme à Constituição. Portanto, a interpretação conforme à Constituição corresponde a um juízo positivo a respeito de um significado válido atribuível a uma norma infraconstitucional. Já a declaração de nulidade parcial sem redução de texto implica um juízo negativo, indicando um significado a ser suprimido.

2.3 DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM A PRONÚNCIA DE NULIDADE E APELO AO LEGISLADOR

O sistema brasileiro de controle da constitucionalidade contempla algumas situações em que o reconhecimento da inconstitucionalidade não enseja uma declaração de nulidade. A primeira dessas situações envolve o reconhecimento da inconstitucionalidade no âmbito de uma ação direta interventiva. O reconhecimento da violação de princípio constitucional sensível constitui uma condição para que o Presidente da República possa decretar a intervenção federal, mas não implica a nulidade do ato, cuja desconstituição dependerá de atuação superveniente. Também no caso de declaração de inconstitucionalidade por omissão normativa total, não haverá declaração de nulidade, uma vez que o pronunciamento do Tribunal não incide sobre uma norma, mas sobre a ausência absoluta dela, não havendo, portanto, o que anular.

Por fim, fala-se em declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade quando o tribunal reconhece a incompatibilidade de uma norma com a Constituição, mas mantém os seus efeitos, prospectivamente, durante certo período, e formula apelo ao legislador para que, dentro dele, atue, produzindo

²³ Lei nº 9.868/1999, art. 28, parágrafo único: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

uma norma que se ajuste ao parâmetro constitucional, sob pena de, não o fazendo, ensejar uma situação de vácuo normativo que poderá ser prejudicial à comunidade²⁴. Nesse caso, a decisão não apenas afere o significado da norma a partir de seu programa normativo, reconhecendo sua incompatibilidade com a Constituição, como exorta o legislador a agir. Por isso, além de interpretativa, esse tipo de decisão tem caráter apelativo²⁵.

Essa foi a técnica de decisão utilizada pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar a inconstitucionalidade da lei que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães em desacordo com a Constituição. Tendo em vista a consolidação de diversas situações de fato e a grave insegurança que se geraria com o reconhecimento da sua nulidade, o Tribunal optou por declarar a inconstitucionalidade do diploma normativo, mas não pronunciar a sua nulidade, pelo prazo de 24 meses, apelando-se ao legislador para que sanasse

²⁴ Nesse sentido, diferenciando a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade da modulação de efeitos temporais, v. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., 2015, p. 1.275: “Se, nos casos em que se pretende preservar efeitos passados, utiliza-se a técnica da restrição dos efeitos retroativos, quando se deseja manter os efeitos da lei não se declara a sua nulidade, ainda que se pronuncie a sua inconstitucionalidade”. Em sentido diverso, mas aludindo ao uso da técnica no Direito alemão, v. BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 286.

²⁵ No Direito alemão, a técnica implica a definição de prazo para que o legislador aprove uma nova lei, conforme à Constituição, com: (i) a manutenção da aplicação da norma incompatível com a constituição; (ii) a emissão de uma regulação provisória pelo Tribunal (menos frequente); ou (iii) a suspensão dos processos em curso, de forma a aguardar a atuação do legislador (ainda menos frequente) (BOGDANDY, Armin von; PARIS, Davide. La construcción de la autoridad judicial. *Revista de Derecho del Estado*, n. 43, p. 19, maio/ago. 2019). É importante ter em conta que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, na última hipótese, pressupõe uma situação de *provisoriedade* quanto à manutenção da norma incompatível com a constituição e a confiança na obtenção de uma resposta do legislador (e talvez por isso seja pouco comum no Brasil). Essa técnica não deve ser confundida com decisões puramente convalidatórias de normas inconstitucionais, que simplesmente mantêm os efeitos da norma incompatível com a constituição e que seriam mais difíceis de justificar (COSTA, Teresa Cristina de Melo. *Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: cidadania, Estado e globalização, 2019 (no prelo), p. 31-33).

a inconstitucionalidade dentro desse prazo²⁶. Há quem qualifique essa última hipótese, ainda, como caso de *pronúncia de nulidade diferida*²⁷.

2.4 DECLARAÇÃO DE LEI AINDA CONSTITUCIONAL EM TRÂNSITO PARA A INCONSTITUCIONALIDADE

Em algumas circunstâncias, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade de determinados diplomas legais, enquanto subsistente a situação de fato que a justificava, mas sinalizou que, finda tal situação, a norma se tornaria inconstitucional supervenientemente.

Um exemplo do uso dessa técnica está na decisão que apreciou a constitucionalidade do prazo em dobro conferido à Defensoria Pública em matéria penal. O Ministério Público argumentou, no caso, que tal prazo feria a igualdade e a paridade de armas que deveria ser observada quanto a todos os postulantes. A Corte esclareceu, contudo, que a Defensoria não estava, ainda, plenamente estruturada, tal como o *Parquet*, e que o prazo diferenciado se justificava para dar-lhe condições adequadas, em tal circunstância, para a defesa dos hipossuficientes. Na hipótese, os postulantes foram, portanto, considerados desiguais pela Corte e esta concluiu que, enquanto persistisse tal desigualdade, o tratamento diferenciado se justificava²⁸. Entretanto, uma

²⁶ STF, ADIn 2240, Rel. Min. Eros Grau, DJe 03.08.2007. No mesmo sentido: STF, ADIn 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30.04.2010: “Fundo de Participação dos Estados – FPE (art. 161, II, da Constituição). Lei Complementar nº 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar nº 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012”.

²⁷ V. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 174. Alude-se, na obra, à técnica como “inconstitucionalidade com ablação diferida ou datada”.

²⁸ STF, HC 70.514, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 27.06.1997: “Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5º do art. 1º da Lei nº 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei nº 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública”. No mesmo sentido, v. STF, RE 147.776, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.05.1998: “Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação [...] processo de inconstitucionalização das leis. 1. A alternativa

vez plenamente estruturada a Defensoria, o prazo em dobro se tornaria inconstitucional.

Trata-se de técnica de decisão conhecida, ainda, como *declaração de inconstitucionalidade progressiva* ou como *sentença transitiva ou transaccional*²⁹. Ela cuida do direito transitoriamente aplicável, enquanto persistir uma determinada situação de fato, justamente porque tal situação apresenta particularidades com importantes repercussões normativas, cuja alteração ensejaria a própria alteração do direito aplicável. Essa decisão pode eventualmente ser associada a uma exortação ao legislador para que produza uma nova norma antes da consolidação da inconstitucionalidade. Nesse caso, além de interpretativa, a decisão terá caráter apelativo.

3 DECISÕES CONSTRUTIVAS

As decisões aqui designadas *construtivas* correspondem àquelas que se consolidaram na experiência italiana – e que estão em processo de estabilização também na prática brasileira – sob a denominação de decisões *manipulativas*. Trata-se de técnica de decisão por meio da qual o intérprete introduz novos conteúdos na norma, que *não poderiam ser extraídos diretamente do seu programa normativo*, a fim de compatibilizá-la com a Constituição. A despeito da ampla utilização da expressão *manipulativa* para designar tal técnica, a nomenclatura não parece ser a mais adequada.

É que a expressão é ambígua. Tanto pode expressar o “manejo” do significado do texto, de forma a adequá-lo à Constituição, que é da natureza da atividade hermenêutica, quanto pode sugerir uma tentativa de deformar o conteúdo da lei ou de induzir a uma compreensão que não é a mais fiel a

radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 do Código de Processo Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada”.

²⁹ As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 175.

seu significado. Essa segunda conotação é bastante negativa, sugerindo um comportamento ardiloso, incompatível com a função de um juiz e, na prática, pode gerar resistências à adoção da técnica. Em sentido muito semelhante, Zagrebelski e Marcenó observaram:

“Manipular”, “manipulação”, “manipulativo” são palavras que carregam um significado muito negativo, especialmente quando associadas ao exercício da função jurisdicional, em que a manipulação, qualquer que seja o seu significado, deve estar ausente. Manipular e alterar [o significado] são quase expressões sinônimas. [...]. Seria mais adequado, ainda que menos sugestivo, usar a expressão “sentenças reconstrutivas”. A linguagem se sujeita a uma certa inércia. É importante, contudo, estar consciente das sugestões que tal linguagem contém.³⁰

Justamente por tais razões, optamos por adotar a expressão *decisões construtivas* em substituição à expressão *decisões manipulativas*. Como ficará claro ao longo deste trabalho, essa técnica possibilita a reconstrução do significado da norma tida como parcialmente inconstitucional, através de inserção de conteúdos que não decorrem de seu programa normativo, mas que são passíveis de justificação à luz da própria Constituição. Trata-se de gênero de pronunciamento judicial que abrange as técnicas de decisão construtiva aditiva e substitutiva, examinadas em seguida³¹.

³⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2018. p. 229-230. Livre tradução.

³¹ Não há uniformidade nessa classificação. Na doutrina nacional há quem inclua entre as decisões manipulativas, além das aditivas e substitutivas, também as redutivas (v. GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016). Entretanto, as decisões redutivas correspondem a decisões que reconhecem um excesso legislativo e que, por isso, promovem a supressão de algum elemento da norma. À luz da classificação proposta neste artigo, trata-se, portanto, de técnica mais próxima das decisões interpretativas, que se assemelha à declaração de inconstitucionalidade parcial com ou sem redução do texto. Tampouco há uniformidade na classificação italiana. Ali, contudo, parece predominar a subdivisão das decisões manipulativas em: (i) sentenças interpretativas de acolhimento parcial ou redutivas, (ii) sentenças aditivas e (iii) sentenças substitutivas (ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2018. p. 230-233). Trata-se, contudo, de classificação que não se adequa ao esquema aqui proposto (que diferencia entre

3.1 DECISÕES CONSTRUTIVAS ADITIVAS

As decisões construtivas aditivas constituem uma técnica que procura adequar à Constituição um diploma normativo que se considera inconstitucional por omissão parcial. Trata-se de normas consideradas inconstitucionais *pelo que deixaram de incluir em seu programa*, e não propriamente pelo que nele incluíram. Considera-se que, ao lado da norma positiva, que confere determinado direito a um grupo, existe uma espécie de *norma implícita*, que nega outro direito não mencionado ou o mesmo direito a um outro grupo, que também deveria ter sido contemplado pela norma e não o foi³².

A declaração de inconstitucionalidade, *parte ablativa ou demolitória* da decisão, incide apenas sobre a norma negativa implícita, que caracteriza a inconstitucionalidade por omissão parcial. A *parte reconstrutiva* ou restaurativa do julgado é aquela por meio da qual se adiciona o conteúdo que faltava, para que a norma possa ser considerada plenamente constitucional. Na hipótese, a Corte declara a norma “inconstitucional na parte em que não previu X”. Da declaração de inconstitucionalidade em tais termos decorre a inclusão do conteúdo faltante na norma.

As decisões aditivas mais comuns são aquelas por meio das quais se procura sanar uma violação ao princípio da igualdade: quando determinado direito foi assegurado a um grupo de pessoas, sem que houvesse qualquer justificativa para não assegurá-lo, nos mesmos termos, a um grupo que foi excluído. Nesse caso, a decisão aditiva implicará uma manipulação do comando normativo quanto aos sujeitos beneficiários da norma. A manipulação é consequência da declaração de inconstitucionalidade da norma implícita (que não reconheceu o direito ao grupo excluído). Declarada a inconstitucionalidade da norma implícita, remove-se o obstáculo que impedia a extensão do programa normativo ao grupo prejudicado, produzindo-se uma adição.

decisões interpretativas e construtivas ou manipulativas), não favorecendo uma melhor compreensão da prática brasileira.

³² ZAGREBLELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018; ROMBOLI, Roberto et. Al. *Il processo costituzionale: la tipologie dele decisioni*. *Il Foro Italiano*, v. 121, n. 3, p. 143-166; COLAPIETRO, Carlo. *Le sentenze additive e sostitutive dela Corte costituzionale*. Pisa: Pacini, 1990; DÍAZ REVORIO, Fracisco Javier. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001; BLANCO MORAIS, Carlos. As sentenças com efeitos aditivos. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 15-115; DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique de décisions interprétatives en France et en Italie*. Paris: Economica, 1997.

Há, ainda, na doutrina e na jurisprudência, alusão a decisões aditivas voltadas à concretização de outros princípios constitucionais. A título ilustrativo, a Corte Constitucional italiana declarou a inconstitucionalidade de normas processuais civis e penais que determinavam às testemunhas a prestação de juramento “diante de Deus”, por terem se omitido em prever a obrigação de prestar tal juramento apenas se a testemunha fosse crente. Entendeu que a omissão violava a liberdade de consciência das pessoas não religiosas³³.

Mais recentemente, a Corte declarou a inconstitucionalidade da lei que fixava a data do parto como termo inicial da licença maternidade, na parte em que não previu a fruição da licença ou de parte dela a partir da data do ingresso do recém-nascido prematuro na casa da família, no caso em que tivesse permanecido internado para tratamento de saúde. A Corte assinalou que o propósito da licença-maternidade não é apenas a proteção da saúde da mãe, mas também o estabelecimento do vínculo de afeto entre ela e o bebê, fundamental para o desenvolvimento sadio da criança³⁴.

A doutrina alude a múltiplas subcategorias de decisões aditivas, que, por sua menor relevância, não serão exploradas em maior detalhe aqui³⁵. Merece registro, todavia, a categoria designada decisão *aditiva de princípio*. No caso das aditivas de princípio, em lugar de acrescentar diretamente conteúdo à norma, as Cortes estabelecem diretrizes e parâmetros a serem observados pelo legislador e/ou pelas demais instâncias judiciais, no julgamento dos casos concretos, a fim de que supram a omissão parcial declarada inconstitucional. As decisões aditivas de princípio produzem menor resistência no Legislativo e no Judiciário do que as aditivas em sentido estrito e têm, ainda, o aspecto positivo de promover um diálogo institucional entre Corte Constitucional, Legislativo e demais instâncias judiciais³⁶.

³³ ITÁLIA. Corte Constitucional. Sentença n° 11, 1979.

³⁴ ITÁLIA. Corte Constitucional. Sentença n° 116, 2011.

³⁵ Fala-se na existência de decisões *aditivas de garantia*, que promovem a ampliação dos destinatários de um direito de liberdade ou poder; em decisões *aditivas de prestação*, aludindo-se a julgados que estendem prestações a um grupo ilegitimamente excluído. Alude-se, ainda, a decisões *aditivas de efeitos redutivos*, quando o conteúdo adicionado à norma implicar uma redução do seu alcance, como no caso em que se ampliam os grupos não alcançados por uma determinada vedação e, por consequência, opera-se a redução do conjunto de pessoas sobre as quais incide a proibição.

³⁶ As decisões aditivas de princípio como categoria resultam sobretudo do embate travado entre a Corte Constitucional italiana e a magistratura ordinária acerca do alcance de suas respectivas competências. Na percepção da magistratura ordinária, suas decisões deviam observância a eventuais declarações de inconstitucionalidade proferidas pela Corte Constitucional, mas não ao conteúdo positivo que esta viesse a acrescentar às normas. A sua submissão a tal conteúdo positivo, em seu entendimento, violaria

Embora haja importantes controvérsias quanto à utilização de decisões aditivas em sentido estrito, pode-se afirmar que elas têm melhor aceitação quando é possível demonstrar argumentativamente que a superação da omissão relativa só poderia ocorrer de uma única forma obrigatória à luz da Constituição (*soluzione a rime obbligate*)³⁷ ou, ainda, quando, mesmo que possível, em tese, a solução por mais de uma forma, as alternativas não eleitas pela Corte Constitucional seriam: (i) inverossímeis, (ii) incompatíveis com o próprio regime estabelecido pelo legislador, (iii) menos compatíveis com princípios constitucionais sob uma perspectiva sistêmica ou (iv) desproporcionais (inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito)³⁸.

Quando, todavia, se verifica que determinada omissão poderia ser preenchida de diversas maneiras, entende-se que há, no caso, um espaço político de discricionariedade aberto ao legislador, que não pode ser substituído pelo juízo da Corte Constitucional, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes³⁹.

a sua independência na formulação do “direito vivente”. Por razões que extrapolam o objeto deste trabalho, a consolidação da autoridade da Corte Constitucional dependeu, na experiência italiana, de uma permanente “acomodação” de seus poderes às expectativas da magistratura ordinária. A solução para esse conflito passou pela idealização da categoria das decisões aditivas de princípio, que permitiram a construção de uma relação de cooperação entre Corte Constitucional e magistratura. V. BOGDANDY, Armin von; PARIS, Davide. La construcción de la autoridad judicial. *Revista de Derecho del Estado*, n. 43, p. 8, maio/ago. 2019; COSTA, Teresa Cristina de Melo. Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: cidadania, Estado e globalização, 2019 (no prelo), p. 120-121; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 164.

³⁷ CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. 4. ed. Pádua: Cedam, v. II, 1978. p. 363-370; ZAGREBLELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018. p. 229-257; BLANCO MORAIS, Carlos. As sentenças com efeitos aditivos. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 15-115; BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 160-211; SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 411-468; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 261-317.

³⁸ BLANCO MORAIS, Carlos. As sentenças com efeitos aditivos. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 33-115.

³⁹ Observa-se que a Corte Constitucional italiana apresenta bastante adesão a esse critério e que, quando, eventualmente, o caso é de discricionariedade legislativa e sequer é possível explicitar, à luz da Constituição, um princípio ou diretriz, a Corte profere uma decisão de inadmissibilidade por respeito

As decisões aditivas não são estranhas à prática do Supremo Tribunal Federal, que, em inúmeros casos, acrescentou conteúdos às normas cuja constitucionalidade foi chamado a apreciar. Basta lembrar a decisão por meio da qual o Tribunal reconheceu a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencefálicos. No caso, discutiu-se se a interrupção configuraria o crime de aborto, tal como tipificado nos arts. 124 e 126 do Código Penal, uma vez que o art. 128 do diploma não explicitava a hipótese como uma excludente de ilicitude que possibilitasse a interrupção da gestação. Vale conferir o teor das normas penais:

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O debate em torno da interrupção da gestação de fetos anencefálicos opunha o direito do feto à vida ao direito da mulher à saúde, à liberdade, à autonomia e à privacidade. Ao examinar a matéria, o STF observou, contudo, que a maioria dos fetos anencefálicos (por volta de 75% deles) não alcançava o nascimento com vida, e que a maior parte da fração remanescente vivia menos de 24 horas. Por essa razão, entendeu que seria possível equiparar o feto anencefálico ao natimorto ou a uma vida inviável. Assim, não haveria que se falar em violação ao direito à vida, em caso de interrupção da gestação, ao menos não em proporção que justificasse o intenso sacrifício dos direitos da mulher,

à discricionariedade. V. ZAGREBLELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018. p. 241-247.

representado pela imposição do dever de levar a gestação até ao final, com todo o sofrimento e o dano psíquico (quando não físico) decorrente da experiência.

Veja-se que a decisão poderia ser formulada nos exatos moldes das decisões italianas, de forma a “declarar a inconstitucionalidade do art. 128 do Código Penal, na parte em que se omitiu em prever expressamente que não se pune o aborto praticado por médico, *se comprovada a existência de feto anencefálico*”. A previsão não poderia ser extraída do programa normativo do dispositivo, razão pela qual não comportava interpretação conforme à Constituição. Entretanto, reconhecer a possibilidade de interrupção da gestação, em tais condições, era a única solução possível para superar a omissão parcial e compatibilizá-la com a Constituição.

3.2 DECISÕES CONSTRUTIVAS SUBSTITUTIVAS

As decisões construtivas substitutivas caracterizam-se por abranger uma declaração de inconstitucionalidade do diploma legal pelo que dispõe (e não pelo que omite, tal como ocorre no caso da decisão aditiva), *com a substituição judicial da disciplina inconstitucional por outra*. No caso das decisões substitutivas, a parte ablativa da decisão incide sobre uma *norma explícita* (e não sobre uma norma implícita, como no caso das decisões aditivas)⁴⁰.

A declaração da inconstitucionalidade da norma, pelo que ela prevê, gera, então, uma omissão normativa ou um vácuo, que é tão ou mais danoso e violador da Constituição do que a própria norma declarada inconstitucional. Essa é justificativa para que, além de declarar a inconstitucionalidade, a Corte supra a omissão inconstitucional gerada por sua própria decisão. Nessa hipótese, a Corte declara “a inconstitucionalidade da disposição, na parte em que prevê ‘X’, em lugar de prever ‘Y’ para estar em conformidade com a Constituição”. O conteúdo que se explicita que a norma deveria ter previsto, para estar de acordo com a Constituição, corresponde ao componente reconstrutivo do julgado.

⁴⁰ ZAGREBLELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018; ROMBOLI, Roberto et. Al. *Il processo costituzionale: la tipologia delle decisioni*. *Il Foro Italiano*, v. 121, n. 3, p. 143-166; COLAPIETRO, Carlo. *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*. Pisa: Pacini, 1990; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001; MORAIS, Carlos Blanco. *As sentenças intermédias da justiça constitucional*, 2009; MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique de décisions interprétatives en France et en Italie*. Paris: Economica, 1997.

Nessalinha, a Corte Constitucional italiana declarou a inconstitucionalidade do juramento por meio do qual a testemunha deveria declarar, “diante de Deus (se crente) e dos homens”, que diria apenas a verdade, em lugar de se ter previsto que a testemunha assumiria “responsabilidade moral e jurídica” de dizer toda a verdade e de nada ocultar em seu depoimento. A Corte concluiu que este era o teor do juramento que se adequava à liberdade de consciência tutelada pela Constituição⁴¹.

Em outro caso, mais recente, a Corte declarou a inconstitucionalidade da norma que estipulou a pena mínima de 5 anos e máxima de 15 anos, aplicável ao crime de “alteração do estado civil de um recém-nascido, em razão de falsa certificação ou outra fraude”. Entendeu-se que, para estar de acordo com a Constituição, as penas para tal ilícito deveriam se situar entre 3 e 10 anos, já que eram essas as penas aplicáveis ao crime de “alteração de estado civil em decorrência da troca de recém-nascidos”. A Corte concluiu que as penas do primeiro ilícito (certificação falsa ou outra fraude) eram desproporcionais, se considerado o segundo ilícito (troca de recém-nascido) porque: (i) o primeiro e o segundo delitos eram semelhantes, dado que sua tipificação tinha o propósito de proteger o mesmo bem jurídico: o conhecimento da ascendência do recém-nascido. Entretanto, (ii) o segundo delito, apenado mais brandamente, era mais grave, uma vez que envolvia a fraude ao registro de dois recém-nascidos, que teriam sido trocados. Essa circunstância levou a Corte a substituir a pena mais grave do primeiro delito pela pena mais branda, estipulada para o segundo delito⁴².

As decisões substitutivas enfrentam, no direito comparado, resistências ainda maiores do que aquelas enfrentadas pelas decisões aditivas. É que nas decisões aditivas, sobretudo no caso de omissões parciais violadoras da igualdade, a adição atém-se a estender determinado regime jurídico já constante da norma a um grupo de pessoas não contemplado. Nas decisões aditivas baseadas na violação de outros princípios, supre-se uma omissão eventualmente involuntária do legislador com um mero acréscimo. Entretanto, no caso das decisões substitutivas, o que se faz é colocar no lugar do regime produzido pelo Legislativo outro regime jurídico, que não foi aquele que tal Poder pretendeu editar. Há, portanto, no caso das decisões substitutivas, um

⁴¹ ITÁLIA. Corte Constitucional. Sentença nº 149, 1995.

⁴² ITÁLIA. Corte Constitucional. Sentença nº 236, 2016.

plus em relação à criação e inovação pelo Judiciário, mesmo se comparadas às decisões aditivas.

As decisões substitutivas também não são estranhas à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A título ilustrativo, raciocínio semelhante foi desenvolvido pelo STF na decisão por meio da qual afastou o cabimento de ação penal condicionada à representação, em caso de violência doméstica contra a mulher. O Tribunal ponderou que dados empíricos indicavam que o número de representações na hipótese era ínfimo, e que tal estado de coisas se devia à esperança da vítima de que a violência não voltasse a acontecer (o que geralmente enseja sua reiteração com maior gravidade), à situação de desigualdade entre homens e mulheres inclusive no âmbito doméstico, ao medo de retaliação e aos próprios danos emocionais que a situação de reiterada subordinação e violência é capaz de gerar.

Por isso, sujeitar a ação estatal, no caso, à vontade da vítima, corresponderia a violar a dignidade humana e o direito à igualdade da mulher, bem como implicaria desrespeito ao dever estatal de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º, da CF/1988)⁴³, ensejando, ainda, desrespeito ao princípio da proporcionalidade por proteção deficiente. Veja-se o trecho do acórdão transcrito abaixo:

Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão.⁴⁴

Com base nesses argumentos, o Supremo Tribunal Federal não apenas declarou a inconstitucionalidade das normas que previam, no caso, a ação penal condicionada a representação, mas supriu o vácuo deixado pela declaração de

⁴³ CF/1988, art. 226, § 8º: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

⁴⁴ BRASIL. STF, ADIn 4424, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 01.08.2014.

inconstitucionalidade da previsão, de modo a determinar que, na hipótese, o ilícito se sujeitaria à ação penal pública incondicionada justamente porque somente essa modalidade de ação penal estaria apta a promover a adequada concretização das normas constitucionais em questão.

Constou do dispositivo da decisão que o Tribunal julgava “procedente a ação direta para, *dando interpretação conforme* aos arts. 12, I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal”. É de se notar, contudo, que a solução de atribuir à ação penal o caráter de ação pública incondicionada em hipótese alguma poderia ser extraída do programa normativo dos dispositivos interpretados (o que demonstra a importância da sistematização aqui proposta para o aprimoramento da jurisdição do STF). Confira-se o seu teor:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I – ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

[...]

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Ao contrário, o conteúdo original do dispositivo, que previa expressamente a ação condicionada à representação da vítima, foi suprimido pela decisão e reformulado, de forma a substituí-lo pela ação incondicionada. Na linha já descrita, a decisão poderia ter sido formulada como um julgado que “declarou a inconstitucionalidade da lei que tratou da persecução penal de ilícitos de violência doméstica contra a mulher, *na parte em que previu o cabimento de ação penal condicionada a representação, em lugar de prever a ação penal incondicionada*”, única apta a promover a adequada tutela dos direitos em questão à luz da Constituição.

4 CRÍTICAS ENFRENTADAS PELAS DECISÕES CONSTRUTIVAS

Como antecipado acima, as decisões construtivas (manipulativas) enfrentam múltiplas críticas na doutrina e na jurisprudência. Têm relevância entre elas, para o debate brasileiro, cinco conjuntos distintos de argumentos, relacionados ao respeito: (i) ao princípio democrático, (ii) ao princípio da separação dos poderes, (iii) ao equilíbrio orçamentário, bem como (iv) a argumentos consequencialistas, que debatem os resultados sistêmicos de conferir ao Judiciário o poder de manipular o conteúdo das leis que aprecia. Passa-se, a seguir, ao exame de tais argumentos.

4.1 PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Afirma-se, em primeiro lugar, que o recurso, por parte de uma suprema corte, a técnicas de decisão pelas quais se modifica o conteúdo de normas produzidas pelo Legislativo viola o princípio democrático, uma vez que juízes não eleitos pelo voto popular estariam alterando o significado de leis produzidas por aqueles que receberam mandato do povo justamente para produzir tais normas. Observa-se que um mesmo direito previsto na constituição pode comportar concretização por diversas vias, e que sociedades altamente complexas, como as sociedades contemporâneas, tendem a acolher uma multiplicidade de formas distintas de solucionar determinados conflitos de interesse. Por essa razão, apenas representantes eleitos – cujas concepções justamente refletem tal pluralidade de perspectivas e valores – estariam legitimados a fazer tais escolhas⁴⁵.

Quanto a essa primeira crítica, é importante reiterar, como já mencionado, que, de modo geral, aqueles que defendem a utilização de decisões construtivas reconhecem que elas constituem uma alternativa viável para o juiz, *quando for possível demonstrar, argumentativamente, a existência de uma única solução constitucional* para o preenchimento da omissão parcial. A existência de uma solução constitucional obrigatória estará presente, em primeiro lugar, quando

⁴⁵ ZAGREBLELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018. p. 229-257; BLANCO MORAIS, Carlos. As sentenças com efeitos aditivos. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 95-115; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 261-317; BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 160-211.

se puder inferir de regras ou dos princípios constitucionais a presença de uma única solução para a questão, sem que se possa identificar qualquer alternativa⁴⁶.

Também se concebe a possibilidade de utilização de decisões judiciais construtivas quando for possível reduzir as poucas alternativas de solução existentes em tese a uma única, por via argumentativa, demonstrando que as demais alternativas são inviáveis em concreto. Em ambos os casos, a adição corresponderia à declaração pela Corte de um conteúdo que já se encontrava imanente no ordenamento jurídico⁴⁷.

Ambas as decisões indicadas acima, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, parecem atender a esse critério. No caso que versava sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, o Tribunal deveria decidir se a Constituição de 1988 proibia a medida. Ao concluir que a mulher era titular de direitos que lhe permitiam formular essa escolha, não havia outra decisão possível além de autorizar a interrupção. O relator da decisão chega a indicar, em seu voto, a inexistência de qualquer solução terapêutica possível que pudesse permitir a superação da anencefalia ou a morte do feto, indicando, portanto, que a alternativa de buscar tratamento médico para o feto era inverossímil. Já no caso que tratava de ilícito relacionado à violência doméstica, afastada a possibilidade de ação condicionada à representação da vítima, por ser inapta a proteger as mulheres contra a violência doméstica, a única possibilidade que se oferecia para assegurar efetivamente a proteção da mulher em tal âmbito era a previsão de ação pública incondicionada.

⁴⁶ ZAGREBLELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018. p. 229-257; BLANCO MORAIS, Carlos. As sentenças com efeitos aditivos. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 15-115; BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 160-211; SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 411-468; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 261-317. O último autor parece, contudo, entender que, no caso das decisões substitutivas, sempre se estará diante de um quadro de discricionariedade do legislador, não havendo uma única solução obrigatória. Assim compreende, ao que parece, porque, se realmente houvesse uma solução constitucional latente, esta incidiria diretamente, sem a necessidade da componente reconstrutiva incluída pela Corte (p. 301). Vale ponderar, contudo, que a decisão pode estar latente mas não ser clara ou haver resistência à sua implementação, hipótese em que o acréscimo substitutivo produzido pela Corte desempenha um papel criativo que incrementa o grau de certeza do Direito.

⁴⁷ Nesse sentido, MORAIS, Carlos Blanco. *As sentenças intermédias da justiça constitucional*, 2009, p. 33-115.

Há, por fim, quem pondere que, no caso das decisões substitutivas, quando um vácuo normativo gravíssimo é produzido pela declaração de inconstitucionalidade da norma, pode ser justificável que o próprio tribunal supra a norma faltante, ainda que haja mais de uma alternativa constitucionalmente válida, desde que se demonstre, com base no princípio da proporcionalidade, (i) que a providência se justifica, ante os efeitos gerados pelo vácuo normativo, que agravariam a situação de inconstitucionalidade, (ii) que não há medida menos onerosa, à luz das demais normas constitucionais em tensão, e (iii) que não é possível aguardar a manifestação do legislador⁴⁸.

Em tal situação, contudo, defende-se, preferencialmente, sob inspiração da prática alemã, o uso de medidas cautelares transitórias (medidas de necessidade), por meio das quais se evitariam vácuos muito danosos, até que o legislador pudesse se manifestar. A transitoriedade e a espera pela manifestação do legislador, na hipótese, causariam menor restrição a outros princípios constitucionais relevantes, a exemplo do princípio da separação dos poderes, do que uma decisão de mérito pelo tribunal⁴⁹. Essa última hipótese, mais complexa, mereceria um estudo próprio, que extrapola os limites desse trabalho.

De resto, a tensão entre jurisdição constitucional e democracia já foi amplamente debatida literatura, tendo sido demonstrado que existe uma relação de interdependência e de mútua implicação entre ambas. A atuação das Cortes constitucionais presta-se, em diversas circunstâncias, à proteção de direitos fundamentais e de normas que são imprescindíveis para a preservação do adequado funcionamento do processo democrático e que podem ser colocados

⁴⁸ GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 317. O teste tripartite acima foi formulado pelo autor nos seguintes termos: “É possível, todavia, reparar as inconstitucionalidades que seriam combatidas através do emprego de técnica substitutiva através da aplicação das chamadas medidas de necessidade, desde que superado o exame tripartido: i) a não intervenção criativa da Corte agravaria a inconstitucionalidade; ii) inexistência de movimentação congressual consistente de adotar nova normativa sobre a matéria; iii) as normas produzidas correspondem ao mínimo de criatividade possível”. À parte a hipótese aludida acima, contudo, o autor expressa profundas reservas às sentenças substitutivas, por entender que se inserem, como regra, nas situações em que há múltiplas soluções para a omissão, o que demandaria a atuação discricionária do legislador, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.

⁴⁹ GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 299.

em risco por ações ou omissões das instâncias majoritárias⁵⁰. Nesses termos, ainda que não eleitos, os juízes atuam em proteção à democracia.

4.2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Afirma-se, igualmente, que as decisões aditivas e substitutivas correspondem à produção de norma geral pelo Judiciário, equiparável a uma lei. Ainda que a parte ablativa da decisão pudesse configurar mera atuação como legislador negativo, amplamente aceita pela doutrina, a parte reconstrutiva de tais decisões, que adiciona ou substitui conteúdos, configuraria inequívoca atuação como legislador positivo. Haveria, nesse caso, usurpação dos poderes do Legislativo, violação ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da legalidade.

Esses argumentos são rebatidos pela alegação de que, ainda que o Judiciário inove, ao proferir decisões construtivas, o conteúdo decorrente da componente restaurativa da decisão deve sempre equivaler a uma solução constitucional possível – idealmente, aliás, a única cabível. O juiz não produz um ato puro de vontade, tal como faria o legislador, mas explicita uma solução que já estava imanente no sistema. Essa atuação se dá dentro dos limites do exercício da jurisdição: depende de provocação por aqueles que detenham legitimidade para tal, tem por limite os termos em que a demanda é formulada e seu alcance e segue um processo em que se observam contraditório, ampla defesa e devido processo legal. A decisão deve ser fundamentada e, ao se desincumbir

⁵⁰ Para uma defesa da legitimidade democrática da jurisdição constitucional sob uma perspectiva substantiva, de proteção a direitos, v. DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 271-331; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 80-103; ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Para o exame da questão por uma perspectiva mais procedimental, v. ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. A theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, p. 73-183; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 297-354. Na literatura nacional, v. BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018; SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. Disponível em: <<https://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ART.+Sarmiento+-+Ubiquidade+Constitucional.pdf>>; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. Disponível em: <https://www.academia.edu/11309248/Representa%C3%A7%C3%A3o_democr%C3%A1tica_do_Judici%C3%A1rio_reflex%C3%B5es_preliminares_sobre_os_riscos_e_dilemas_de_uma_ideia_em_ascens%C3%A3o>.

de tal fundamentação, o Magistrado tem um ônus reforçado de demonstrar a existência de uma resposta obrigatória à luz da constituição⁵¹. A constituição, a seu turno, também é lei, inclusive de hierarquia superior, razão pela qual uma decisão proferida com base nela não pode ser considerada, tampouco, como violadora do princípio da legalidade⁵².

Por outro lado, argumenta-se, o juiz, uma vez provocado, e diante de uma violação constitucional, ainda que por omissão, não pode pronunciar um *non liquet*. É certo que de tal impossibilidade não decorre necessariamente o poder de suprir a omissão, adicionando ou suprimindo conteúdo à lei. Entretanto, o alcance dos poderes judiciais deve ser definido à luz do direito positivo em que a instituição se insere. Não há um modelo estanque ideal de separação de poderes. No âmbito do direito comparado, há países em que juízes são mais atuantes em termos de decisões construtivas (manipulativas), como a Itália, e outros mais restritivos.

No Brasil, é importante ter em conta que a Constituição Federal previu dois instrumentos distintos – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção – para o enfrentamento de omissões inconstitucionais. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inicialmente, conferiu o mesmo tratamento a ambos os institutos e concluiu que, nos dois casos, a Corte só poderia declarar a inconstitucionalidade, constituir o legislador em mora e

⁵¹ CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. 4. ed. Pádua: Cedam, v. II, 1978. p. 363-370; ZAGREBLELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018. p. 229-257; MORAIS, Carlos Blanco. *As sentenças intermédias da justiça constitucional*, 2009, p. 33-115; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*, 2016, p. 261-317; BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 160-211; SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 411-468.

⁵² Há, contudo, consideráveis vezes que afirmam categoricamente a impossibilidade de proferir decisões manipulativas em matéria penal, se forem restritivas dos direitos do réu. V., nesse sentido: BLANCO DE MORAIS, Carlos. *As sentenças intermédias da justiça constitucional*, 2009, p. 107-108; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*, 2016, p. 306-317; SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 458. Entretanto, a questão não é pacífica. Como reconhece Accioly, existem precedentes da Corte Constitucional italiana e do Supremo Tribunal Federal que proferem decisões que poderiam ser classificadas como aditivas em *malam partem*. O debate específico quanto à matéria penal extrapola os propósitos do presente trabalho, embora mereça aprofundamento.

instá-lo a agir. Entendeu-se, originalmente, que não seria possível ao STF suprir a omissão com a produção da norma, sequer para oferecer uma solução com efeitos limitados às partes⁵³.

Com o tempo, contudo, a jurisprudência da Corte avançou em matéria de mandado de injunção, admitindo que, em caso de omissão, o Tribunal criasse soluções que inicialmente produziam efeitos *inter partes*, mas às quais, mais adiante, se passou a reconhecer efeitos *erga omnes*⁵⁴. Mais tarde, esses efeitos foram inclusive regulados por lei⁵⁵. E, recentemente, o STF reconheceu a possibilidade de suprir a omissão legislativa também no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão⁵⁶. Nota-se, portanto, que a jurisprudência do STF admite atualmente sua atuação para suprir a norma faltante, com efeitos gerais e vinculantes, *em caso de omissões absolutas*, em que não houve qualquer manifestação do legislador. Seria surpreendente entender que o Tribunal não pode suprir uma omissão relativa, quando já atuou para suprir omissões absolutas.

O invocado dogma do legislador negativo, segundo o qual uma Corte constitucional poderia apenas suprimir normas do mundo jurídico, mas não poderia lhes acrescentar conteúdo, não encontra verdadeiramente amparo na jurisprudência do STF, que tanto por meio de simples interpretação, quanto por meio de manipulação, desempenha, há muito, uma atividade criativa que contribui para a construção do direito. Nem poderia ser diferente, em um mundo complexo que exige decisões com base em princípios vagos, colisões de normas

⁵³ Para uma evolução do instituto, v. BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade do Direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva: 2016. p. 169-191 e 292-320.

⁵⁴ Veja-se, a título exemplificativo, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca do direito de greve dos servidores públicos. A própria Corte reconheceu que a decisão prestava-se a suprir a lacuna normativa acerca do exercício do direito de greve para toda e qualquer categoria de servidor, mesmo que distinta das categorias que propuseram o mandado de injunção. V. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670 e MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, MI 670 e MI 708, DJ 31.10.2008, e MI 712, Rel. Min. Eros Grau, DJ 31.10.2008.

⁵⁵ Lei nº 13.300/2016, art. 9º, §§ 1º e 2º.

⁵⁶ BRASIL. STF, ADO 26, Rel. Min. Celso de Mello, J. 13.06.2019, acórdão pendente de publicação. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão que tinha por objeto a mora do Congresso Nacional em editar lei criminalizando os atos de homofobia e transfobia. O STF proferiu decisão prevendo que, até que sobreviesse a referida lei, tais atos se ajustariam aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716/1989, configurando racismo, compreendido em sua dimensão social. Tudo leva a crer, portanto, que o antigo entendimento da Corte, segundo o qual a ADO somente se prestaria a reconhecer a mora do legislador e instá-lo a agir, ficou superado.

constitucionais e uso de ponderação. O mito do legislador negativo é tributário de um formalismo que está ultrapassado na compreensão contemporânea do direito constitucional, e que pode, a seu turno, ocultar um comportamento estratégico pelo qual se deseja, de fato, evitar a efetiva concretização de valores constitucionais⁵⁷.

Com essas considerações, obviamente, não se pretende afirmar que o Supremo Tribunal Federal pode atuar sem limites ou que não profere eventualmente decisões que possam desbordar de determinadas fronteiras. O que se pretende demonstrar, apenas, é que não é compatível com o sistema brasileiro descartar toda e qualquer hipótese de interpretação construtiva das leis para sanar meras omissões parciais, em um contexto em que a Constituição, tal como compreendida pela Corte, lhe autoriza a sanar até mesmo omissões absolutas. Se a atuação em tais termos encontra-se consolidada no Tribunal, a crítica à sua atuação e o debate a respeito devem se voltar não para a viabilidade de tal operação propriamente, mas sim para os limites e *standards* que deve respeitar.

Não bastasse isso, a decisão judicial que, em lugar de declarar a inconstitucionalidade total de uma lei, declara apenas a sua inconstitucionalidade parcial e procura adequá-la à Constituição – ainda que disponha de um conteúdo reconstrutivo – procura preservar ao menos parte do regime proposto pelo legislador. Nessa medida, observa o princípio da separação dos poderes, o princípio da presunção da constitucionalidade das normas e promove o máximo aproveitamento das valorações já produzidas pelas instâncias majoritárias.

4.3 EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO

Afirma-se, igualmente, que decisões aditivas e substitutivas podem gerar custos que não possuem previsão orçamentária⁵⁸. A observação procede, sobretudo, no caso das decisões aditivas de prestação, em que se pode estender o

⁵⁷ Para um relato sobre a superação do dogma do legislador negativo pelo Supremo Tribunal Federal, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 159-167.

⁵⁸ ZAGREBLELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018. p. 247-251; BLANCO MORAIS, Carlos. *As sentenças intermédias da justiça constitucional*, 2009, p. 101-102; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*, 2016, p. 302-306; SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 445-448.

acesso de grupos não contemplados a determinados serviços, mas não se limita a elas. Como já demonstrado, também a preservação dos direitos de primeira geração impõe a manutenção de instituições e de serviços que têm custos⁵⁹.

Quanto ao ponto, vale observar, todavia, que decisões que produzam impacto orçamentário podem ser objeto de modulação temporal para dar tempo ao legislador para promover adequada dotação orçamentária. De resto, alega-se que não há no direito constitucional normas absolutas, de modo que até mesmo esse princípio sujeita-se a ponderação diante de outros valores de igual hierarquia.

Vale, contudo, o registro de que, em um cenário de recursos limitados, toda decisão alocativa será igualmente desalocativa de verbas para outras destinações, circunstância que pode comprometer a adequada implementação de políticas públicas pelas instâncias majoritárias, às quais caberia em primeira mão a sua formulação. É preciso, portanto, cautela na operação com o princípio e seriedade em considerá-lo como um importante limite a ser enfrentado argumentativamente. Parcimônia e consciência das próprias capacidades institucionais são essenciais aqui⁶⁰.

4.4 ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS

Por fim, um conjunto de argumentos consequencialistas é invocado para demonstrar a inconveniência da atuação judicial por meio de decisões construtivas. Afirma-se que a atuação judicial suprime a presença de incentivos que gerariam a mobilização popular necessária para provocar a atuação do legislador. Entende-se que a reiterada substituição da atuação legislativa pela atuação judicial produziria um quadro de perpetuação da mora e de inadimplência do Legislativo⁶¹.

⁵⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: Norton & Company, 1999.

⁶⁰ V. sobre o tema: BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurispr. Mineira*, Belo Horizonte, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009; SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 553-586; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, Estado de Direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Quaestio Juris*, Rio de Janeiro v. 8, n. 3, p. 2080-2114, nov. 2015.

⁶¹ GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*, 2016. p. 261-317; BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das*

Afirma-se, por outro lado, que o Judiciário pode não estar aparelhado da mesma forma que os demais poderes para avaliar as consequências sistêmicas das suas decisões, sobretudo em matérias que demandem expertise técnica⁶². Alude-se, ainda, ao risco de emprego das aludidas técnicas de decisão de forma não sincera pelo Judiciário, com o propósito de impor as preferências e agendas pessoais dos juízes, favorecendo-se uma excessiva politização da justiça⁶³.

Quanto ao ponto, vale assinalar que os mesmos riscos parecem estar igualmente presentes na atividade interpretativa de modo geral. Mais uma vez, é importante lembrar, ainda, que o juiz não pode pronunciar um *non liquet*, uma vez chamado a decidir, e que, havendo uma solução constitucional possível, deve efetivá-la. Deve-se salientar a importância de assegurar força normativa à Constituição, que estabelece direitos e deveres dos quais o Legislativo não pode dispor, nem por ação nem por omissão. Não bastassem tais considerações, o Poder Legislativo tem a sua própria agenda e nem sempre ela é convergente com os interesses dos representados⁶⁴. Por fim, grupos minoritários não encontram voz nas instâncias majoritárias e são titulares de direitos constitucionais, não sendo realista esperar que seus direitos sejam contemplados pelo legislador em um contexto de sub-representação nas instâncias políticas.

Por fim, no que diz respeito à expertise necessária a endereçar questões técnicas e a antever consequências sistêmicas, é preciso, de fato, estar atento ao excesso de ambição judicial. Para tanto, além da natural autocontenção dos tribunais, doutrina e jurisprudência devem delinear *standards* restritivos e impor maior ônus argumentativo às decisões emanadas do Judiciário. Um caminho de prudência e diálogo é o do pronunciamento judicial que determine ao Executivo,

decisões do STF. Curitiba: Juruá, 2014. p. 160-211; SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 411-468.

⁶² Para o debate acerca do exercício da jurisdição constitucional e capacidades institucionais, v. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, University of Chicago, n. 28, p. 1-48, 2002.

⁶³ Sobre a inevitabilidade de projeção das preferências pessoais dos Magistrados sobre suas decisões, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 371-378.

⁶⁴ Para uma compreensão dos mecanismos pelos quais a vontade dos representantes eleitos pode ser divergente daqueles que os elegeram, v. LAIN, Corinna. Upside-Down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*, v. 101, p. 113-183, 2012. V. tb. BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, p. 24-50, 2015.

por exemplo, apresentar programa de ação e cronograma para tratamento da matéria, em lugar de o próprio Judiciário procurar discipliná-la.

CONCLUSÃO

A despeito da consolidação do dogma da nulidade das normas inconstitucionais, o ordenamento jurídico brasileiro admite soluções intermediárias, que produzem efeitos que se situam entre a procedência e a improcedência da arguição de inconstitucionalidade. Essas decisões intermediárias implicam uma atuação mais criativa por parte do Judiciário, com o propósito de preservar a validade das leis impugnadas e de adequar o seu conteúdo à Constituição. No que respeita à intensidade com que se dá a atuação criativa dos juízes, o trabalho propôs a classificação das decisões intermediárias em dois tipos distintos:

(i) as *decisões interpretativas* constituem julgados por meio dos quais o intérprete atribui significado à norma, a partir do seu próprio programa normativo, ainda que esse significado não seja o mais evidente. Nesse caso, há atuação criativa do juiz, uma vez que um sentido menos óbvio, em alguma medida, é acrescentado à norma;

(ii) as *decisões construtivas (manipulativas)* são aquelas por meio das quais o intérprete ajusta o significado das normas, adicionando-lhe ou substituindo-lhe conteúdos que não podem ser extraídos diretamente do seu programa normativo. Nessa hipótese, a atuação criativa do juiz é ainda maior, muito embora deva ser justificada à luz do ordenamento jurídico.

No gênero *decisões interpretativas*, enquadram-se as seguintes espécies de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal:

(i) *interpretação conforme a Constituição*: trata-se de técnica de decisão interpretativa por meio da qual:
(a) se promove a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes; (b) se declara a não incidência da norma a uma determinada

situação de fato; (c) se exclui uma determinada interpretação reputada inconstitucional;

(ii) *declaração de nulidade parcial sem redução de texto*: intimamente relacionada à interpretação conforme, constitui uma técnica interpretativa que implica a exclusão de um determinado significado que poderia ser conferido à lei, por ter sido considerado inconstitucional;

(iii) *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e apelo ao legislador*: técnica de decisão interpretativa e apelativa que pode se dar em três situações distintas: (a) quando a declaração de inconstitucionalidade incide sobre uma omissão total; (b) quando a inconstitucionalidade é reconhecida no âmbito de uma ação direta interventiva (tendo em vista a especificidade deste instrumento); e (c) quando se declara a inconstitucionalidade da lei, mas a sua supressão é postergada, apelando-se ao legislador para que atue, de forma a evitar o vácuo normativo;

(iv) *declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade*: trata-se de decisão interpretativa (e eventualmente apelativa) que, à luz de circunstâncias de fato juridicamente relevantes, mas notadamente em mutação, reconhece que a norma ainda é compatível com a Constituição, dadas particularidades da situação, mas antecipa que, uma vez findo o processo de mutação, a norma terá se tornado inconstitucional, podendo-se instar o legislador a agir antes que isso ocorra.

As *decisões construtivas (manipulativas)*, a seu turno, apresentam as seguintes espécies:

(i) *decisões aditivas*: são decisões construtivas que declaram a presença de uma inconstitucionalidade por omissão parcial – *em virtude do que a norma deixou de prever* – e, para evitar sua invalidação total, adicionam a ela o conteúdo faltante.

(ii) *decisões aditivas de princípio*: trata-se de subespécie de decisão aditiva, por meio da qual, em lugar de adicionar o conteúdo necessário a suprir a omissão parcial, se estabelecem diretrizes e parâmetros para que o legislador ou as demais instâncias o façam, tendo em vista as particularidades dos casos concretos que são chamadas a apreciar.

(iii) *decisões substitutivas*: são decisões construtivas que declaram a inconstitucionalidade de parte de uma norma *pelo que previu*, substituindo a sua porção ilegítima pelo conteúdo que a compatibiliza com a constituição, de forma a evitar um vácuo normativo que seria ainda mais gravoso.

A atuação criativa dos tribunais em tais termos suscita múltiplas críticas, entre as quais se destacam as alegações de que tais decisões – sobretudo as construtivas (manipulativas) – ensejam: (i) violação ao princípio democrático, na medida em que implicam alteração do regime jurídico estipulado pelo legislador (através de adição ou substituição de conteúdo) por juízes não eleitos pelo voto popular; (ii) desrespeito ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da legalidade, porque corresponderiam à atuação do juiz como legislador positivo, em usurpação de função atribuída ao legislativo e em desrespeito à lei; (iii) desrespeito ao equilíbrio orçamentário, já que algumas de tais decisões estabelecem direitos e prestações que implicam gastos não previstos no orçamento.

Por fim, a doutrina traz uma série de considerações consequencialistas acerca dos efeitos negativos decorrentes da atuação judicial criativa, como desmobilização da cidadania na busca por direitos no espaço democrático, perpetuação do comportamento inadimplente do legislador, politização da justiça, interferência sobre normatizações que exigem expertise técnica e outros resultados adversos, de caráter sistêmico, que o Judiciário não seria capaz de antecipar.

Essas críticas são enfrentadas, de modo geral, com a ponderação de que o intérprete, ao proferir decisões manipulativas, deve adotar as seguintes cautelas: (i) desincumbir-se de um ônus reforçado de justificação da sua decisão, de modo a reconduzi-la ao ordenamento jurídico; (ii) demonstrar que a solução que se

propõe para suprir a omissão normativa é a *única constitucionalmente possível* ou, havendo soluções alternativas, reduzi-las, argumentativamente, a uma única solução viável, demonstrando que as demais são inverossímeis, incompatíveis com o regime jurídico já posto pelo legislador, sistematicamente menos compatíveis com princípios constitucionais ou desproporcionais; (iii) justificar sua decisão à luz do princípio da proporcionalidade e/ou modulá-la sempre que implicar conflito com outros princípios constitucionais, como o princípio relativo ao equilíbrio orçamentário.

Os temas explorados no presente artigo são relativamente novos e pouco elaborados na teoria constitucional e na teoria da decisão judicial. Encontram-se, portanto, em fase de desenvolvimento, sujeitos a aprofundamento e aprimoramento. Ainda assim, procurou-se oferecer uma arrumação dos conceitos relevantes, investigando limites e possibilidades. Subjacente às ideias aqui expostas está a compreensão do papel da jurisdição constitucional a seguir explicitada. Uma Corte suprema tem o dever de fazer valer a Constituição no máximo de suas potencialidades. Por outro lado, não deve presumir demais de si mesma, desconsiderando a deferência devida aos outros Poderes. Há um equilíbrio dinâmico entre esses dois vetores, que varia em função da conjuntura institucional e da realidade fática. O papel criativo dos tribunais, como quase tudo na vida, deve combinar prudências e ousadias, fazendo o rio da história avançar, mas sem deixá-lo transbordar de suas margens.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, jul./set., p. 55-66, 1999.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: Os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *O controle da constitucionalidade do Direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, p. 24-50, 2015.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurisp. Mineira*, Belo Horizonte, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016.

BLANCO MORAIS, Carlos. As sentenças com efeitos aditivos. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, p. 15-115, 2009.

BOGDANDY, Armin von; PARIS, Davide. La construcción de la autoridad judicial. *Revista de Derecho del Estado*, n. 43, p. 5-24, maio/ago. 2019.

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

BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas: os casos das Cortes constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. *Revista de Processo*, v. 246, p. 403-427, ago. 2015.

COLAPIETRO, Carlo. *Le sentenze additive e sostitutive della corte costituzionale*. Pisa: Pacini, 1990.

CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. 4. ed. Pádua: Cedam, v. II, 1978.

DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique de décisions interprétatives en France et en Italie*. Paris: Economica, 1997.

DÍAZ REVORIO, Fracisco Javier. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

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

HABERMANS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: Norton & Company, 1999.

LAIN, Corinna. Upside-Down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*, v. 101, p. 113-183, 2012.

MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MEYER, Emílio Peluso Neder Meyer. *Decisão e jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 2080-2114, nov. 2015.

_____. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. Disponível em: <https://www.academia.edu/11309248/Representa%C3%A7%C3%A3o_democr%C3%A1tica_do_Judici%C3%A1rio_reflex%C3%B5es_preliminares_sobre_os_riscos_e_dilemas_de_uma_ideia_em_ascens%C3%A3o>.

ROMBOLI, Roberto et. al. Il processo costituzionale: la tipologie dele decisioni. *Il Foro Italiano*, v. 121, n. 3, p. 143-166.

SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, p. 411-468, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. Disponível em: <<https://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ART.+Sarmiento+-+Ubiquidade+Constitucional.pdf>>.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Forum, 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, University of Chicago, n. 28, p. 1-48, 2002.

ZAGREBLELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018.

Submissão em: 22.08.2019

Avaliado em: 25.08.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 23.08.2019 (Avaliador B)

Aceito em: 26.08.2019