

A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas

*Newton Pereira Ramos Neto**

1. INTRODUÇÃO

É inegável que a jurisdição constitucional brasileira deu um nítido salto de qualidade nos últimos anos, especialmente a partir de uma virada jurisprudencial em relação à efetividade de seus mecanismos de controle¹ e do esvaziamento de uma visão meramente formal do dogma da separação de poderes.² Desse modo, ingressou ela definitivamente na vida cotidiana do cidadão, não havendo mais praticamente nenhuma discussão sobre temas relevantes que não passe pelo crivo do Supremo Tribunal Federal. Inventada pelos modernos, a Constituição passa a ser reinventada pela jurisdição constitucional, dada a dimensão política e jurídica que assumiu e os novos contornos que passou a apresentar pela ópera daquela jurisdição.³

* Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Professor Universitário. Juiz Federal.

¹Como ressalta Bruce Ackerman, no contexto das constituições européias do pós-guerra e nas demais constituições mundiais que delas sofreram influxo, o perfil dos Tribunais Constitucionais voltou-se ao asseguramento da efetividade dos direitos e compromissos assumidos em um texto constitucional fruto do rompimento com sistemas autocráticos de governo (ACKERMAN, Bruce. *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 68).

²O princípio da separação dos poderes, tal como concebido tradicionalmente, sustentava-se como sistema de balanceamento entre as funções estatais, de modo a garantir a liberdade individual, nos termos do modelo liberal de Estado. Partia-se de premissas distintas daquelas que acalentaram a formação do *Welfare State*, que concebe o Poder Público como prestador de serviços e exige, em consequência, um controle do adimplemento das obrigações estatais.

³ SAMPAIO. José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO. José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 161.

Para isso contribuiu decisivamente a larga produção científica elaborada recentemente sobre o controle de constitucionalidade brasileiro, que foi capaz de sedimentar alguns pressupostos teóricos e, sobretudo, problematizar algumas questões cujo exame revela-se imprescindível para o equilíbrio da tensão existente entre os mecanismos de fiscalização e seus limites democráticos. A essa doutrina deve-se acrescentar a incessante busca pela construção de um modelo de jurisdição constitucional adequado à realidade brasileira, concebido sob inspiração de sistemas alienígenas, mas não uma mera reprodução mal acabada do que acontece na vida constitucional fora do Brasil.⁴

Por outro lado, impõe-se reconhecer que vivemos um momento de euforia constitucional. Atualmente, todas as relações jurídicas podem ser discutidas sob o prisma da Constituição. A era dos princípios, de seu turno, com a fluidez que é inerente ao exame de seus elementos, trouxe severas dificuldades no campo da interpretação constitucional. Assim, superados os esquemas lógico-dedutivos do positivismo, tornou-se hercúlea a tarefa de definição do conteúdo da norma regente do caso concreto, especialmente à luz de uma necessária racionalidade argumentativa⁵ e do reconhecimento de que o texto é a mera ponta do iceberg, sendo a posição do hermeneuta decisiva para a exata compreensão do preceito incidente na realidade social.⁶

Logicamente essa mudança de olhar teria consequências na atividade judicial, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a quem o legislador constituinte conferiu a tarefa de “guarda da Constituição”. Ocorreu, nesse contexto, a

⁴ Para nós, a riqueza do controle de constitucionalidade brasileiro está exatamente no aproveitamento das experiências internacionais bem-sucedidas – controle difuso e concentrado -, o que confere ao nosso sistema significativa pluralidade e fomenta a democratização do debate público sobre a validade das normas jurídicas.

⁵ Para um exame do constitucionalismo moderno à luz do pós-positivismo e da constitucionalização de direitos, vide, entre outros, CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Ed.Trotta, 2003; SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, volume 240 – abril/junho de 2005; MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento; Gustavo Binenbojm. (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 117-168.

⁶ Sobre a distinção entre norma e texto da norma (programa normativo), vide MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

maximização da função da Corte Suprema, que passou a exercer papel destacado no exame da validade e conteúdo das normas e relações jurídicas apreciadas sob o crivo de uma Constituição normativa, não mais vista como uma mera “promessa” – que, como tal, poderia ser cumprida ou não -, mas sim como um documento a ser levado a sério.⁷

Esse fenômeno, por um lado, tem grandes aspectos positivos, já que permitiu o reconhecimento e a efetivação de direitos que contribuem sobremaneira para a emancipação social e para a realização do compromisso constitucional de construção de uma sociedade justa e igualitária. Por outro, todavia, vem demonstrando o apequenamento dos demais poderes diante do “terceiro gigante”⁸, o que revela uma crise no equilíbrio das funções estatais que, acaso não debelada, pode conduzir à implosão do edifício da democracia construído em mais de duzentos anos de luta.

Assim, se houve um passo decisivo na busca de critérios mais precisos de exercício do controle de constitucionalidade, é chegado o momento de refletirmos seriamente sobre os limites do juiz constitucional no Estado Democrático de Direito, a fim de evitar que passemos de um marasmo jurídico para uma histeria judicial. Isto é, de um modelo de jurisdição constitucional excessivamente contido para outro politicamente invasivo, que não respeite a autonomia do cidadão e de seus órgãos de representação popular.

Permanecem, portanto, no cenário jurídico-constitucional pátrio, diversas questões cujo enfrentamento é condição essencial para o equacionamento do problema: como conciliar o exercício da jurisdição constitucional contemporânea com um ideal de democracia representativa? Qual o papel do juiz nessa quadra do desenvolvimento histórico? Teria ele posição privilegiada em relação ao legislador? Deve esse

⁷DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Entre nós, surgiu o “constitucionalismo brasileiro da efetividade”, expressão cunhada por Cláudio Pereira de Souza Neto para referir-se a uma estratégia teórica de superação da dicotomia norma/realidade social, com vistas à atribuição de máxima eficácia à norma constitucional. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro:Renovar, 2003, p. 285-326).

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução por Carlos Alberto Álvares de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 47.

magistrado, no exercício de sua tarefa hermenêutica, conter-se na moldura do legislador negativo, sob pena de violação à separação de poderes, ou prestigiar a qualquer preço a efetividade da Constituição, especialmente os direitos fundamentais ali contidos?

Neste ensaio, enfrenta-se o desafio de, em poucas linhas, demonstrar-se alguns aspectos que contribuíram para a expansão da jurisdicional constitucional e, sobretudo, o estágio em que nos encontramos hodiernamente: a criação de mecanismos de decisão que, sem negar a postura ativista necessária do juiz constitucional, construa soluções para os limites de atuação do Judiciário no cumprimento de sua missão, de modo que essa postura não venha a ser a própria negação de seu papel democrático no quadro atual do constitucionalismo.

Assim, não se pretende aqui demonstrar a verdade banal, embora negada ou ocultada em todas as épocas, da atividade “criativa” dos tribunais.⁹ Antes, pretende-se discutir como essa função deve ser exercida a fim de compatibilizar-se com um modelo ideal de Estado Democrático de Direito.

A tarefa é difícil porque o tema é complexo, não havendo fórmulas prontas que permitam a enunciação de verdades. Seu exame, por outro lado, implica necessariamente no rompimento de velhos paradigmas.¹⁰ Mas é preciso avançar. E avançar a partir do questionamento das pré-compreensões fenomênicas, porque é assim

⁹ Essa afirmação é de Mauro Cappelletti nas premissas de seu trabalho *Juízes legisladores?* No mesmo sentido, FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 37 e ss. As aspas foram propositalmente colocadas para ilustrar a necessidade de que a visão do papel ativista do Judiciário como uma atividade criativa do Direito seja acolhida com reservas em razão dos perigos que uma compreensão generalizada encerra. Numa concepção democraticamente adequada e à luz do pós-positivismo, a construção da resposta judicial ocorre dentro ou a partir do próprio sistema normativo, no âmbito de seu modelo de regras e princípios, considerando-se, para tanto, a integridade do Direito (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003) e sua interpretação como uma teia inconsútil (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*). Pelo menos nessa perspectiva, não há que se falar em livre criação judicial do Direito, no sentido proposto por Hart, como mecanismo de solução dos denominados *hard cases*, para os quais não há uma regra clara de incidência e caberia ao magistrado decidir a partir de razões morais, éticas etc., exercendo nítida competência legislativa (HART, Herbert L.A. *Conceito de Direito*. 2 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994; *Positivism and the Separation of Law and Morals*. Harvard Law Review, v. 71, 1958, p. 593.).

¹⁰ A expressão é surrada mas de uso ainda essencial para a compreensão do marco histórico pelo qual passa o constitucionalismo contemporâneo, especialmente a necessidade de redefinição da temática ora abordada. Para uma exata apreensão do termo, vide KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. 2. ed., enlarged. Chicago and London: University of Chicago Press, 1970. Há uma versão em português: *A estrutura das revoluções científicas*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

que a ciência se desenvolve, ainda que a passos lentos, próprios da instabilidade dos terrenos transitivos pelos quais caminhamos durante a travessia entre o velho e o novo.

Se o presente texto conseguir de algum modo estimular o debate sua missão já estará cumprida.

2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL MODERNA: A ASCENSÃO DO JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DA CRISE DA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS

Sob a perspectiva do liberalismo, entendia-se a lei como mecanismo de demarcação da esfera de intervenção estatal, uma ferramenta de contenção da ideologia que norteou o Estado absolutista. As constituições, por seu turno, adquiriram um matiz de instrumento quase que exclusivamente regulatório da atividade do Estado, em vista da necessidade de organização das competências e de limitação do poder em face dos direitos fundamentais recentemente reconhecidos. Nessa época, a filosofia positivista atribuía ao juiz o papel de mero ventríloquo, a quem cabia apenas enunciar o conteúdo linguístico dos Códigos, cuja literalidade supostamente seria capaz de dar solução aos mais variados litígios.¹¹

O papel do Judiciário altera-se significativamente com o declínio do paradigma liberal, de modo especial a partir da expansão do constitucionalismo na segunda metade do século XX.¹² As cláusulas compromissórias próprias do Estado do bem-estar social implicaram em atribuição de maior ênfase à função do Poder Executivo no campo da realização dos direitos fundamentais. Mais adiante, a partir da constatação do déficit de efetividade das cartas constitucionais em virtude da postura omissiva do poder político, passou-se à construção de uma hermenêutica voltada ao incremento do papel do Judiciário nessa seara.¹³ No período do pós-guerra, portanto, o processo inaugurado com a era das codificações – na qual a lei era exatamente a ferramenta de

¹¹ Sobre o tema, vide CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, mai. 1999.

¹² No caso brasileiro esse fenômeno tem outro marco inicial: o processo de redemocratização a partir da Constituição de 1988. Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, n. 13, 2009, no prelo.

¹³ Cf. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

contenção de um Poder Judiciário que historicamente não inspirava confiança - se inverte, passando o magistrado a construir direitos a partir das denominadas cláusulas programáticas, de nítido caráter aberto¹⁴, numa tendência de “normativização” da Teoria da Constituição.¹⁵

É dizer, no contexto da crise do Estado Social, e notadamente diante de uma demanda por novos direitos fundamentais¹⁶, a jurisdição constitucional é alçada ao patamar de um legislador concorrente ou subsidiário, no dizer de Habermas¹⁷, na sua forma negativa e positiva, no sentido da realização da ordem constitucional a partir de uma pauta axiológica de convicções tidas como majoritárias na sociedade.¹⁸ A complexidade da vida passa a ser resolvida sob a perspectiva de um “instrumentalismo constitucional” - basta a solução estar prevista na Constituição - e a crença no Poder

¹⁴“A indeterminação do Direito, por sua vez, repercutiria sobre a relação entre os Poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da ‘certeza jurídica’. Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter do Estado Social, do papel de ‘legislador implícito’. (VIANNA, Luiz Werneck et all. *A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 21). Na mesma linha, ressalta Mauro Capelletti que a consagração de direitos econômicos e sociais, notadamente a partir de cláusulas de conteúdo indeterminado, também é elemento que contribui decisivamente para o protagonismo judicial da era contemporânea (CAPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 68).

¹⁵Para Gilberto Bercovici, uma das poucas teorias constitucionais que tentou escapar dessa “normativização” foi a teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, proposta por Peter Häberle. Nessa teoria sustenta-se que todos os setores da sociedade estão vinculados ao processo de interpretação constitucional, de modo que não se pode limitar ou reduzir os intérpretes do texto constitucional aos atores jurídicos e participantes formais do processo constitucional (BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Gilberto Bercovici; José Filomeno de Moraes Filho; Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. (Org.). *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 109).

¹⁶Sobre a demanda por novos direitos fundamentais, a exemplo dos coletivos e difusos, vide PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito*. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, v. 1, p. 7-367.

¹⁷HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. Tradução por Manuel Jiménez Redondo Madrid: Trotta, 2005, p. 326 e ss. A citação serve para ilustrar a tendência hodierna de atuação dos tribunais constitucionais. Todavia, como se registrará mais à frente, entendemos que o equilíbrio entre a autonomia pública (soberania popular) e privada (direitos humanos), especialmente em países periféricos como o Brasil, exige uma postura ativa do Judiciário até como forma de se assegurar a liberdade do indivíduo, historicamente privado de direitos sociais básicos. Assim, a presente reflexão centra-se mais no *como* agir (limites de atuação) o Judiciário do que no *por que* agir (legitimidade).

¹⁸ Sobre a Constituição como ordem concreta de valores, vide ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81 e ss.

Judiciário como “Salvador da República”.¹⁹

Transitamos, assim, da desconfiança no Judiciário para o descrédito do Legislativo, numa espécie de “demonização” do processo político deliberativo.²⁰ Diante da paralisia histórica das instâncias políticas e de sua incapacidade de realizar propósitos tão audaciosos de uma Constituição extremamente compromissória – fenômeno por si só capaz de oportunizar um sentimento de fracasso constitucional –, o Judiciário passou a ocupar os espaços vazios, funcionando, hoje, como a imagem paternal de uma sociedade órfã e sua mais alta instância moral, na feliz expressão de Ingeborg Maus.²¹

De um lado, essa perspectiva atual da jurisdição constitucional permitiu o reconhecimento de que, a partir de uma leitura axiológica do direito, cabia ao Judiciário realizar as promessas consagradas no texto constitucional, tornando-as realidade vívida. De outro, ensejou a inclusão de argumentos políticos no discurso judicial, a partir de ferramentas argumentativas como a ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade²², cuja utilização acrítica pode nos conduzir a um retorno às tradições do positivismo, em que se reconhecia a existência de uma discricionariedade judicial a ser utilizada sempre em busca da solução que pareça mais justa.²³

¹⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 77.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 103. Há quem afirme, inclusive, que o constitucionalismo dirigente, ao pretender conter todos os princípios e possibilidade de conformação do ordenamento, favoreceria o crescimento do papel político do tribunal constitucional, que se autoconverteria em “senhor da Constituição” (BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993).

²¹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov 2000.

²² Uma tendência de “subjetivação” da interpretação constitucional na prática dos tribunais é patente. No recentíssimo julgamento acerca da legislação que proíbe a importação de pneus usados (ADPF 101, rel. Min. Cármen Lúcia, julgada em 24/06/09), o Min. Eros Grau, em seu voto-vista, fez considerações sobre a ponderação de princípios, ressaltando que esta se dá “*pelo subjetivismo de quem a opera.*” Disse, ademais, que “*princípios de direito não podem ser ponderados entre si, apenas valores podem submetidos a esta operação. Os princípios são normas, mas quando estão em conflitos com eles mesmos são valores*”, de modo que pode haver grave incerteza jurídica em razão da técnica da ponderação entre princípios relativos aos conflitos entre direitos fundamentais, pois a opção por um e não por outro é perigosa e ocorre de acordo com o intérprete.

²³ Na mesma linha, ressalta José Adércio Leite Sampaio que, por meio da razoabilidade, a Constituição escrita se esvaziou de conteúdo, abrindo-se janelas de incertezas nos discursos de aplicação constitucional. Com efeito, assevera o autor que “*a ‘Constituição judicial da razoabilidade’ é, portanto, uma ‘Constituição ad hoc’ e relativa (SCACCIA, 2000:379). A ‘Constituição do caso’ e ‘do juiz’ acaba por desnortear a própria teoria constitucional, pois em que bases se permite falar consistentemente em*

Daí a necessidade de demarcação dos limites da jurisdição constitucional, especialmente no que tange a uma possível atividade *quase* normativa, já que aqui é maior o ponto de tensão entre o exercício da função jurisdicional e a atividade parlamentar. Com isso, busca-se não reduzir a importância que o Poder Judiciário alcançou no espaço democrático atual, posto que inegável constituir esse poder elemento chave no equilíbrio entre a atividade política e a realização do texto constitucional. Ao contrário, encontrar o ponto exato em que a função jurisdicional é exercida de modo legítimo no ambiente democrático é tarefa essencial para que a jurisdição constitucional continue a gozar do prestígio e relevância que lhe atribuíram as mais diversas instâncias sociais e políticas no decorrer dos tempos.

3. DO DOGMA DO LEGISLADOR NEGATIVO AO RECONHECIMENTO DO PAPEL CONTEMPORÂNEO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

No modelo proposto por Kelsen no início do século XX sustentava-se que o Tribunal Constitucional deveria limitar-se a excluir do ordenamento a norma considerada inconstitucional, como uma espécie de função legislativa em “sentido negativo”.²⁴ Essa visão encontrou um reforço após a segunda guerra mundial. Considerando a experiência traumática anteriormente vivida, sob inspiração do modelo austríaco passou-se a defender, na Alemanha, o caráter jurisdicional e não “paralegislativo” do Tribunal Constitucional.²⁵ Não haveria, assim, espaço para a flexibilização da nulidade da norma incompatível com a Constituição.

um poder constituinte originário, se a sua obra for uma simples referência vaga entre os espectros de uma razoabilidade sem fim à disposição dos poderes constituídos?” (SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 94-95). Por sua vez, lembra Virgílio Afonso da Silva, sem firmar posição contrária à utilidade do referido princípio como ferramenta argumentativa no contexto da decisão judicial, que “*a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um tópos, com caráter retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘à luz do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional.’*” (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, nº. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002, p. 31).

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 261.

²⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 247.

De modo acrítico, a visão kelseniana passou a ser reconhecida como uma ideia imanente à jurisdição constitucional e ao postulado da separação de poderes. Entre nós, tal tendência ensejou inclusive a edição da Súmula 339 pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “*não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia*”.

Aliás, a perspectiva do legislador negativo ligava-se à noção de conformidade funcional e ao modelo de “constituição-moldura”, no qual caberia à Corte Constitucional limitar-se a verificar se o legislador obedece a seus limites de atuação no âmbito da moldura estabelecida pelo constituinte.²⁶ Essa ideia, portanto, própria do constitucionalismo liberal e das constituições sintéticas, até mesmo soa estranha no ambiente das constituições dirigentes, que impõem um sem-número de prestações ao Poder Público perfeitamente sindicáveis na seara judicial.

O fato, porém, é que a práxis judiciária nos mais diversos sistemas revelou que referido dogma encontrava-se em fase de superação – se é que, realmente, algum dia efetivamente vingou. As Cortes Constitucionais construíram técnicas de decisão que, expressa ou veladamente, importam no reconhecimento de algum papel criativo dos tribunais. A própria necessidade de tutela dos direitos fundamentais e de princípios constitucionais – entre os quais a segurança jurídica e a igualdade - demonstrou que nem sempre a solução mais adequada é o simples afastamento da norma inconstitucional, que pode gerar uma situação de inconstitucionalidade mais grave do que a manutenção da norma no ordenamento. Pensada nesse contexto, a gênese do modelo de decisões manipulativas decorreu exatamente do interesse crescente dos Tribunais Constitucionais pelos “efeitos colaterais” de suas decisões²⁷, notadamente a necessidade de, dentro dos limites democráticos, dar-se a maior efetividade possível à Constituição.

Por essa razão, a solução encontrada foi a mitigação do binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade como efeito da incompatibilidade da norma

²⁶Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 129.

²⁷MORAIS, Carlos Blanco. *Op. cit.*, p. 248.

com o texto constitucional, na medida em que o interesse público decorrente da sanção de nulidade, segundo o fundamento teórico ora majoritário, precisa harmonizar-se com outros interesses também tutelados na ordem jurídica.²⁸ Desse modo, o reconhecimento do fracasso do dogma do legislador negativo mais se impõe à vista da ideia praticamente assente de que há uma “via intermediária” no reconhecimento da inconstitucionalidade das leis, que ensejará exatamente o uso das decisões com caráter manipulativo.²⁹

4. AS SENTENÇAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Em linhas gerais, e tendo por base a modelação de sentido da norma sob julgamento ou dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, as sentenças do controle de constitucionalidade podem ser divididas em sentenças de nulidade e sentenças manipulativas.³⁰ Estas se diferem das primeiras exatamente porque nelas se busca uma via intermediária de solução para o caso constitucional, preservando-se parte do domínio normativo acaso existente, enquanto que nas primeiras a decisão é de tipo “extremo”³¹, já que se limitam a expurgar do mundo jurídico o ato tido por inconstitucional. Assim, a referida técnica de decisão, para além da formulação de um juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, comporta efeitos transformadores

²⁸ Não é nossa intenção, nos limites estreitos do presente trabalho, discutir se a mitigação dos efeitos da inconstitucionalidade viola o código binário do Direito, transgindo com seu caráter deontológico, como o faz parcela da doutrina (MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. 1. ed. São Paulo: Método, 2008.). A assertiva acima desenvolvida tem como finalidade apenas demonstrar como, diante do atual estágio de aplicação da teoria da inconstitucionalidade das normas – inclusive com o reconhecimento dessa “terceira via” de decisão por diversas ordens constitucionais (vide, e.g., o n.º 4 do art. 282º da Constituição Portuguesa) –, é importante a discussão sobre o papel criativo dos tribunais e os limites a ele inerentes sob o viés democrático.

²⁹ Veja-se que o fenômeno acima descrito em muito contribuiu para a superação do dogma restritivo, mas não se pode dar a ele um tom de exclusividade. É que, mesmo na ótica de uma inflexível sanção de nulidade da norma constitucional, é possível que se reconheça o papel criativo da jurisdição. Com efeito, notadamente nos casos de nulidade parcial, da interpretação da Corte Constitucional pode resultar um sentido da norma não pensado ou não reconhecido antes da decisão judicial.

³⁰ De forma diferente, José Adércio Leite Sampaio, por exemplo, chama as segundas de “sentenças intermediárias”, que se subdividem em sentenças normativas (aditivas, aditivas de princípio e substitutivas) e transitivas (SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 163).

³¹ Conforme terminologia de SEGURA, Angel Latorre & DIEZ-PICAZO, Luis. *La Justicia Constitucional en el Quadro de las Funciones del Estado*. In: *Justiça Constitucional e espécies*. Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade de Normas. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987, p. 198.

sobre a relação de significado ou sobre as consequências jurídicas produzidas pelo preceito normativo que é objeto da decisão.³²

No âmbito das sentenças manipulativas, encontram-se três modelos gerais: as sentenças restritivas dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, as sentenças interpretativas (que abrangeriam a interpretação conforme e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto) e as sentenças com efeitos aditivos.³³ Em todas essas modalidades, como dito alhures, existe um sentido de preservação da norma impugnada.

Nas sentenças aditivas há uma censura ao silêncio inconstitucional do legislador, com a junção de uma norma obtida mediante construção jurisprudencial³⁴, exprimindo, portanto, “*poderes tendencialmente normativos*”.³⁵ Nela, pois, reconhece-se a inconstitucionalidade da norma, nos termos originariamente veiculados, juntando-se, porém, um *quid* normativo extraído do ordenamento que permite à norma sobreviver a partir de sua reconstrução em termos constitucionalmente válidos. A inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição, o que justifica o acréscimo feito pelo órgão jurisdicional.³⁶

Observa-se, aliás, que as sentenças aditivas surgiram para evitar um estado de inconstitucionalidade mais grave imputável ao legislador ou à própria decisão de inconstitucionalidade. Foi essencialmente, pois, para dar resposta à necessidade de suprimimento das omissões relativas inconstitucionais – normalmente violadoras do

³² MORAIS, Carlos Blanco. *Op. cit.*, 109.

³³ Todavia, no âmbito da doutrina alienígena a classificação é variadíssima, não havendo um consenso acerca de um critério classificatório e conceitual. Sobre o tema, especialmente as diversas classificações e conceitos, vide, *e.g.*, VEGA, Augusto de la. *La sentencia constitucional en Itália*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

³⁴ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. *Op. cit.*, p. 110. Para o autor, contudo, referidas sentenças não são admissíveis no modelo português, diferentemente do que ocorre na França, onde é possível ao Conselho Constitucional, no exercício do controle preventivo, reconstruir a norma com o sentido determinado aditivamente. Em Portugal, para o autor, somente seriam admissíveis sentenças “atípicas” desprovidas de efeitos constitutivos, como é o caso das sentenças “apelativas” e “orientadoras”.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1017.

³⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Tomo VI. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 88.

princípio da igualdade - ou lacunas geradas pela própria decisão de inconstitucionalidade que nasceram as decisões com efeitos aditivos.³⁷

Em linhas gerais, portanto, o quadro que permite o uso das sentenças aditivas, segundo sua longa construção na doutrina estrangeira, pode ocorrer em duas situações.³⁸ Primeiro, quando a decisão de acolhimento do Tribunal elimina uma norma sem que seja possível a repristinação do direito anterior e do vazio normativo possa resultar lesão a direitos e expectativas legítimas dos cidadãos, bem como a interesse público relevante. Segundo, nos casos em que a legislação estipule sacrifícios ou benefícios a uma dada categoria de destinatários, silenciando quanto à inclusão de outras categorias em idêntica situação fática.

Como variação das sentenças aditivas, temos as sentenças substitutivas e as sentenças aditivas de princípio. As sentenças substitutivas possuem natureza dupla: primeiro, declara-se a inconstitucionalidade enquanto prevê ou sinala algo diferente daquilo que deveria ser estabelecido; segundo, mediante decisão *aggiuntiva*, acrescenta-se novo conteúdo normativo compatível com o texto constitucional. Nas sentenças substitutivas, considera-se que a “tarefa legislativa” é ainda superior àquela exercida nas sentenças aditivas, posto que nestas o Tribunal Constitucional altera o âmbito normativo do preceito, respeitando, todavia, do ponto de vista formal, o dispositivo anteriormente existente. Nas sentenças substitutivas, por seu turno, a norma criada importa em desconsideração parcial do texto então vigente.³⁹ Declara-se, assim, a inconstitucionalidade parcial da norma, conjugando-se o critério diverso de decisão com o segmento da norma não julgado inconstitucional.⁴⁰

Em relação às sentenças aditivas de princípio, ao invés de importarem em modificação direta da norma sob exame, elas apenas declaram a inconstitucionalidade da omissão do legislador, fixando um princípio diretivo da atividade a ser

³⁷ MORAIS, Carlos Blanco. *Op. cit.*, p. 263.

³⁸ Sem que se pretenda aqui esgotar todas as possibilidades historicamente já concebidas na doutrina e jurisprudência estrangeiras. O objetivo é apenas ilustrar as situações nas quais corriqueiramente ocorre a utilização dessa modalidade de sentença manipulativa.

³⁹ BRUST, Léo. Uma tipologia das sentenças constitucionais. *Revista da AJURIS*, ano XXXIII, n. 102, junho de 2006, p. 238.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1019.

posteriormente desenvolvida pelo Parlamento. A decisão da Corte Constitucional, no caso, passa a valer como diretriz principiológica a que os tribunais ordinários podem fazer alusão quando do exame de casos concretos até o futuro advento da legislação.⁴¹

Na Itália, como lembra Carlos Blanco de Moraes⁴², após um período de ampla utilização que ocorreu a até a metade da década de 80, houve um questionamento no seio da comunidade jurídica quanto aos efeitos “normativos” da sentença que assumiria caráter geral. A partir de então, o Tribunal Constitucional passou a utilizar-se da decisão com efeitos aditivos apenas quando a operação reconstitutiva decorresse diretamente de uma norma constitucional (solução constitucionalmente obrigatória). Nos casos em que a omissão legislativa ensejasse uma pluralidade de opções integrativas, aquela Corte passou a utilizar-se das sentenças aditivas de princípio.⁴³

Ou seja, mesmo no país onde as sentenças aditivas encontraram maior acolhida hoje se reflete sobre a necessidade de estabelecimento de limites para a integração normativa realizada por ato do Judiciário, como forma de evitar-se a invasão da esfera de liberdade do legislador, notadamente em face de um histórico de uso das sentenças aditivas a partir de parâmetros discricionários.⁴⁴ Assim, enquanto no Brasil apenas se inicia o debate sobre o reconhecimento da utilização de técnicas dessa natureza, na doutrina e jurisprudência estrangeira a discussão gira em torno exatamente dos limites e possibilidades dessa mesma utilização.

A vantagem das sentenças aditivas de princípio, pelo menos no que diz respeito a seu possível conflito com a atividade parlamentar, é patente: no âmbito do controle concentrado, impede o efeito traumático do Poder Judiciário diretamente interferir na atividade do legislador com efeitos *erga omnes*; no controle difuso, equivale aos efeitos das sentenças aditivas em sentido estrito, já que a diretriz apontada pela Corte Constitucional limitar-se-á aos efeitos *inter partes*. Por outro lado, trata-se de

⁴¹ BRUST, Léo. *Op. cit.*, p. 245.

⁴² *Op. cit.*, p. 260.

⁴³ Sobre esse ponto especificamente, há importante manifestação do Presidente da Corte Constitucional italiana, Renato Granata, em *La giustizia costituzionale nel 1997*. Conferenza stampa del 11 febbraio 1998. Disponível em: www.cortecostituzionale.it/informazione/interventi_dei_presidenti.

⁴⁴ MORAIS, Carlos Blanco. *Op. cit.*, p. 398.

proposta alternativa capaz de conter eventuais abusos no exercício da jurisdição constitucional diante da realidade irreversível do ativismo judicial.

Não nos ocuparemos das sentenças restritivas dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade e das sentenças interpretativas, na medida em que elas já sofreram amplo desenvolvimento na doutrina pátria – sem que com isso se esteja a dizer que o estudo relativo a essas modalidades de decisão não seja inçado de dificuldades e que ainda mereça ampla discussão.

Já o estudo das chamadas sentenças aditivas clama por uma urgente sistematização no constitucionalismo brasileiro, na medida em que se observa, especialmente no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma paulatina utilização dessa técnica de decisão, embora muitas vezes sob a roupagem de interpretação conforme.⁴⁵

Não se justifica, porém, a confusão terminológica.⁴⁶ Na interpretação conforme a Constituição, ao pretender-se dar um significado ao texto normativo compatível com a Constituição, a decisão se localiza no âmbito da *interpretação* da lei. Não há aqui, portanto, a extensão da norma examinada para situações que foram *intencionalmente* excluídas do raio de ação do texto normativo, como ocorre nas decisões com efeitos aditivos.

Na declaração de nulidade parcial sem redução de texto, por sua vez, o conteúdo decisório se situa no âmbito da *aplicação* da lei, pretendendo excluir de sua esfera de incidência algumas situações ou pessoas. Assim, enquanto a inconstitucionalidade parcial reduz o âmbito subjetivo ou objetivo da norma impugnada, mediante a inserção de cláusula restritiva, a sentença aditiva trilha exatamente o

⁴⁵Com efeito, nem sempre há uma exata correspondência entre aquilo que a doutrina expõe, aquilo que a jurisprudência sustenta aplicar e aquilo que a jurisprudência de fato aplica (AFONSO DA SILVA, Virgílio. *La interpretación conforme a la constitución: entre la trivialidad y la centralización judicial. Cuestiones Constitucionales*, v. 12, p. 3-28, 2005, p. 14).

⁴⁶Não se desconhece que tais classificações foram concebidas ainda no início da segunda metade do século XX e que resultam de um apego semântico ao texto normativo. Assim, embora tais distinções afigurem-se questionáveis a partir da virada hermenêutica, quando se passa ao reconhecimento de que vivemos em uma comunidade de princípios – cuja interpretação pode conduzir a algum afastamento do texto nas mais variadas formas –, mantém-se a referida classificação no presente trabalho como forma de facilitar a definição dos limites do STF no uso dessas técnicas de decisão.

caminho oposto, ampliando o âmbito de aplicação do preceito, incluindo sujeitos ou situações.⁴⁷

Na doutrina, diversas críticas são apontadas à utilização das sentenças aditivas. Em linhas gerais, afirma-se, inicialmente, que as sentenças aditivas seriam um expediente utilizado para, mediante suposta operação interpretativa, usurpar-se a função do legislador. Por outro lado, não haveria princípios constitucionais invocáveis a permitir uma posição aristocrática do Tribunal que objetive impor unilateralmente e com eficácia *erga omnes* as normas destinadas a colmatar lacunas derivadas da inconstitucionalidade da lei.⁴⁸

Tais críticas seriam inteiramente procedentes na hipótese de uso das sentenças aditivas sem parâmetros objetivos de legitimação do suprimento da omissão por parte da Corte Constitucional. Por isso, como passaremos a demonstrar, defende-se uma utilização moderada das sentenças aditivas, sempre sob a perspectiva da racionalidade possível no âmbito do discurso judicial e a partir de critérios restritivos.

4. LIMITES DO PAPEL CRIATIVO NO ÂMBITO DAS SENTENÇAS ADITIVAS

É fato inconteste que toda declaração de inconstitucionalidade importa, de certo modo, em inovação no ordenamento jurídico. Nos casos de inconstitucionalidade parcial, é plenamente possível que da sentença resulte uma norma distinta da desejada ou imaginada pelo legislador, sendo árdua a tarefa da Corte Constitucional de estabelecer os limites de sua atuação nesta seara.⁴⁹

Assim, o reconhecimento de que os Tribunais exercem atividade de algum modo criativa a partir do sistema jurídico concebido parece uma questão um tanto quanto pacífica no âmbito da doutrina, pelo menos à luz de uma concepção substancialista de democracia.⁵⁰ No caso das sentenças aditivas, se a manipulação dos

⁴⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 177.

⁴⁸ Sobre o tema, vide, entre outros, ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. II Mulino, 1995, e MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

⁴⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 179.

⁵⁰ Com efeito, no modelo de concepção de democracia moderna debatem-se duas correntes principais: o substancialismo, de autores como Ronald Dworkin e John Rawls, e o procedimentalismo, de Ely e

efeitos da declaração de inconstitucionalidade invariavelmente acarreta um resultado hermenêutico mais afastado da literalidade do texto normativo, há, neste âmbito, um ponto de maior fricção entre a atividade legislativa e jurisdicional. O debate principal, portanto, deve girar em torno dos limites de atuação dos tribunais, de modo a evitar uma invasão da liberdade de conformação atribuída constitucionalmente ao legislador.

No caso brasileiro, afora alguns precedentes conduzidos pelo Min. Gilmar Mendes⁵¹, em que efetivamente se inicia o enfrentamento da possibilidade de utilização de decisões com efeitos aditivos em nosso modelo de controle de constitucionalidade, o fato é que o STF tem-se limitado a utilizar referida técnica de decisão, à semelhança do que ocorre na Alemanha, invocando a interpretação conforme ou a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, como já ressaltado antes. Embora não se possa afirmar com certeza, talvez isso se deva a alguma dificuldade de reconhecer-se o efetivo papel criativo (*rectius*, integrativo) dos tribunais, com a superação do dogma do legislador negativo tão arraigado a nossa cultura jurídica.

O primeiro precedente do STF que representa uma espécie de rompimento com o dogma do legislador negativo parece ter sido o julgamento do RMS 22.307/DF.⁵² No caso, discutia-se se o advento das Leis n.ºs. 8.622/93 e 8.627/93 implicou revisão geral dos vencimentos dos servidores militares, com a preterição dos servidores civis. Entendeu-se, na oportunidade, que de fato tratava-se de revisão geral e, como tal, extensível às demais categorias de servidores em razão do postulado da isonomia,

Habermas. Para fins do presente trabalho, como já ressaltado, entende-se que uma intervenção mais direta dos tribunais na realização dos direitos é medida essencial especialmente em países de elevado déficit social como o Brasil. Veja-se que, mesmo em uma concepção procedimentalista, a autonomia privada dos cidadãos pressupõe o asseguramento de mínimos existenciais capazes de realizar efetivamente os ideais de igualdade e liberdade. Na medida em que inexistentes garantias básicas de saúde, educação etc. não se pode falar em liberdade individual que permita a participação legítima dos cidadãos nos processos públicos decisórios (autonomia pública). Sem condições básicas de existência digna que garantam a emancipação social, portanto, é impossível conceber-se o adequado funcionamento do processo democrático. Nesse mesmo sentido, entre outros: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 323 e ss.
⁵¹ Vide, nesse sentido, voto proferido no MI 670-9/ES, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, em que o ministro defende a legitimidade da utilização de decisões com efeitos aditivos no âmbito da Suprema Corte (julgado em 25/10/2007), discutindo, inclusive, seus limites. Embora paradigmático o julgado, parece-nos que, no caso do mandado de injunção, segundo o delineamento estabelecido pelo legislador constituinte, não se trata de decisão com efeitos aditivos, mas sim de verdadeira sentença normativa, ainda que com efeitos concretos, como tentaremos demonstrar mais adiante.

⁵²Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 13.07.97.

principalmente na sua versão instituída no art. 37, XV, da CF.⁵³ O mesmo ocorreu no julgamento do RE 476.390-7/DF⁵⁴, em que o voto do relator, Min. Gilmar Mendes, fora pelo parcial provimento da irresignação para, dando interpretação conforme à Constituição, determinar que as regras da Lei nº. 10.404/02, referentes à gratificação de desempenho de atividade técnico-administrativa – GDATA percebida por servidores públicos federais em atividade, fossem também aplicadas a servidores inativos.

Já na ADin 2.652-6/DF⁵⁵ o Supremo Tribunal Federal entendeu que a alteração procedida no art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil pela Lei nº. 10.358/2001, na parte em que ressalva “os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB” da imposição de multa por descumprimento de decisões judiciais, constitui discriminação injustificada em relação aos profissionais vinculados aos entes estatais. Daí o pedido ter sido julgado procedente para o fim de, “sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal” (*sic*) no sentido de que a ressalva aplica-se a todos os advogados independentemente de estarem sujeitos a outros regimes jurídicos.

Em ambos os casos, como se vê, o Supremo considerou que não havia decisão de caráter aditivo porque se tratava de “mera” materialização de norma constitucional ou porque ocorreu apenas interpretação conforme à Constituição, que se deve limitar a extrair do texto constitucional os sentidos constitucionalmente admissíveis da norma impugnada.⁵⁶

⁵³ Em seu voto, o Min. Maurício Corrêa, embora com a extensão de vantagens remuneratórias de dados servidores para outras categorias, não reconheceu que o Supremo atuava positivamente ao dizer que se limitou a aplicar o dispositivo constitucional.

⁵⁴ Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 29.06.2007.

⁵⁵ Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 14.11.2003.

⁵⁶ Gilmar Mendes, ao comentar a não observância pelo Tribunal Constitucional alemão dos limites da interpretação conforme, assevera que “*as ‘decisões fundamentais do legislador’, as suas valorações e os objetivos por ele almejados estabelecem também um limite para a interpretação conforme à Constituição. Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador. O princípio da interpretação conforme à Constituição não contém, portanto, uma delegação ao Tribunal para que proceda à melhoria ou ao aperfeiçoamento da lei. Qualquer alteração do conteúdo da lei mediante pretensa interpretação conforme à Constituição significa uma intervenção mais drástica na esfera de competência do legislador do que a pronúncia de nulidade, uma vez que esta assegura ao ente legiferante a possibilidade de imprimir nova conformação à matéria.*” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 290).

A preocupação que tal aspecto sugere não se reduz, entretanto, a um mero preciosismo conceitual. Na realidade, o não reconhecimento, na jurisprudência da Excelsa Corte, do uso de sentenças com efeitos aditivos pode conduzir à “importação” da referida técnica de decisão sem maior aprofundamento teórico acerca dos limites que no direito estrangeiro vêm sendo traçados para esse modelo.

Com efeito, ao mascararem-se os efeitos aditivos da sentença sob o argumento de tratar-se de interpretação conforme, justifica-se a decisão a partir da ideia de que a solução dada ao caso decorre de mera atividade interpretativa do dispositivo enunciado, com o raciocínio subjacente de que não se está a inovar o ordenamento jurídico. A solução judicial, pois, estaria adormecida no “espírito” da norma, assertiva que concede ao intérprete maior liberdade na busca daquele resultado.

Como consectário disto, na jurisprudência mais recente daquele Tribunal tem sido comum a proposta de acréscimo de cláusulas ou condições ao texto normativo que, embora pareçam viáveis do ponto de vista da justiça do caso concreto, não são decorrentes de uma solução constitucionalmente obrigatória. Portanto, não podem ser concebidas pelo Judiciário como forma de depurar a lei questionada da pecha de inconstitucionalidade.

Nesse contexto, no rumoroso julgamento da ADin 3510/DF⁵⁷, referente ao uso em pesquisas de células-tronco, diversos votos proferidos naquela instância foram no sentido de acrescentar condições relativas à possibilidade de utilização dos embriões. Tais adições justificaram-se-iam como forma de aprimorar a lei, tornando-a compatível com o sistema constitucional.⁵⁸

Portanto, impõe-se o incremento do debate sobre os critérios de utilização das sentenças aditivas, especialmente no momento em que há uma tendência

⁵⁷Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 04/06/2008.

⁵⁸No processo em que se discutia a constitucionalidade da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Petição 3.388-4/RO, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 26/03/2009), as condições propostas a partir do voto do Min. Menezes Direito, ao nosso ver, buscaram tão somente compatibilizar o usufruto dos índios com outros interesses resguardados na Constituição e com a legislação em vigor. No particular, pois, o STF parece ter-se limitado a interpretar o texto constitucional e o ordenamento jurídico.

perfeccionista do Tribunal Constitucional na análise dos casos levados à sua apreciação.⁵⁹

Conforme o desenvolvimento da matéria na doutrina e jurisprudência estrangeiras, a Corte Constitucional deve evitar o espaço reservado à atividade legislativa, uma vez que é comum o texto constitucional, através de normas vagas, atribuir ao legislador a escolha dos meios de realização da Constituição. Uma vez feita a opção, não cabe ao Judiciário, salvo manifesta violação a regra ou princípio constitucional, interferir no espaço conformador do Parlamento, objetivando a realização de metas coletivas. É dizer, deve agir não segundo critérios políticos, comportando-se como legislador, mas a partir dos parâmetros de interpretação e construção jurídicas inerentes à hermenêutica constitucional.⁶⁰

Assim, em que pese o fato das decisões aditivas sempre implicarem, de alguma forma, certa intervenção no domínio normativo por ato do Tribunal Constitucional, somente se reconhece legitimidade em sua utilização quando elas se limitem a revelar ou a indicar um princípio ou regra constitucional vocacionados para o preenchimento de um vazio jurídico carente de integração imediata.⁶¹ Noutras palavras, a disposição omitida na norma declarada inconstitucional deve ser imposta pela lógica do sistema legislativo e constitucional para legitimar-se seu acréscimo ao texto examinado.⁶²

Nesse contexto, as sentenças aditivas mostram-se legítimas tão somente quando perseguem a concretização de direitos a partir de argumentos de princípio.⁶³ Ainda que sua utilização decorra de inclusão de hipótese que não estava no estado de intenção do legislador⁶⁴ – como deve ocorrer na interpretação conforme, que se situa

⁵⁹SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. *Revista de Direito do Estado*, n. 12, p. 107-142, 2008, p. 110.

⁶⁰MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 91.

⁶¹MORAIS, Carlos Blanco. *Op. cit.*, p. 241.

⁶²Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 168.

⁶³“*Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...) Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.*” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 129).

⁶⁴Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 177.

nos lindes teleológicos definidos pelo ordenamento -, a adição operada judicialmente decorre de solução *constitucionalmente* obrigatória (*a rime obbligate*).⁶⁵ Essa perspectiva permite o uso das sentenças aditivas sem recurso a uma “discricionariedade judicial” própria do positivismo. Fora dessa hipótese – quando calcadas, pois, as sentenças aditivas em argumentos de políticas -, elas não se coadunam com o Estado Democrático de Direito.⁶⁶

A sentença de efeitos aditivos, ademais, somente se legitima no espaço democrático quando é possível extrair-se da Constituição uma *única* opção como correta como forma de sanar o vício legislativo.⁶⁷ A norma que irá preencher o vazio jurídico deve constituir uma extensão lógica de um princípio ou regra constitucional preceptiva e exequível por si própria⁶⁸, não havendo opções alternativas compatíveis com a Constituição.⁶⁹

Veja-se que o silêncio parcial do legislador equivale a uma regra implícita excludente de certos destinatários⁷⁰, de modo que fica autorizada a intervenção

⁶⁵ Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 168. Sobre a concepção de solução constitucionalmente obrigatória (*a rime obbligate*), vide CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. v. II. Padova: Cedam, 1984, p. 402 e ss.

⁶⁶ Sobre a inclusão de questões políticas no discurso judicial, ressalta Dworkin também que “*my own view is that the Court should make decisions of principle rather than policy – decisions about what rights people have under our constitutional system rather than decisions about how the general welfare is best promoted – and that it should make these decisions by elaborating and applying the substantive theory of representation taken from the root principle that government must treat people as equals.*” (*The Forum of Principle*. In *New York University Law Review*, n. 56, 1981)

⁶⁷ Ao tratar dos critérios costumeiramente utilizados com vistas à admissibilidade das sentenças manipulativas, menciona Rui Medeiros: “*O campo de aplicação das decisões modificativas restringe-se, nesta perspectiva, aos domínios em que a liberdade de conformação do legislador se reduz quase ao zero ou em que se pode afirmar que o legislador, caso tivesse previsto a inconstitucionalidade, teria alargado o âmbito de aplicação da lei.*” (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 501).

⁶⁸ Nesse contexto, entende-se que a argumentação desenvolvida no âmbito da ADPF 54/DF (rel. Min. Marco Aurélio) acerca da legalidade do aborto de fetos anencéfalos é eminentemente principiológica, de modo que eventual extensão das hipóteses de exclusão de antijuridicidade do art. 128 do CP ao caso em apreço deverá ser considerada legítima.

⁶⁹ PIZZORUSSO, Alessandro. *Sui limiti della potestà normativa della Corte Costituzionale*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 25. Milano: 1982, p. 305-312. Não parece constitucionalmente adequada, portanto, a decisão do STF no RE 91.707/MG (rel. Min. Moreira Alves, DJU de 29/02/1980) que procedeu, mediante sentença substitutiva, à alteração de percentual de multa tributária (de 100 para 30%) em face de seu caráter confiscatório. No caso, à falta de um parâmetro constitucional objetivo, cabia ao Tribunal simplesmente julgar inconstitucional a multa, sem enveredar por uma postura perfeccionista que visou sobretudo otimizar a legislação.

⁷⁰ Cf. MORAIS, Carlos Blanco. *Op. cit.*, p. 386.

jurisdicional porque, na prática, o juízo de desvalor dar-se-á sobre a exclusão realizada pelo Parlamento. Em situações distintas, ou não há inconstitucionalidade ou a solução do Tribunal Constitucional deverá ser a declaração de inconstitucionalidade com efeitos ablativos, já que, havendo um espaço de atuação discricionária para o legislador, não há como o Judiciário, sem malferimento da separação de poderes, fazer a opção que cabia ao Parlamento ter realizado à vista da escassa densidade da norma constitucional que serve de parâmetro no exame judicial.

No julgamento dos Mandados de Segurança n.ºs. 26.602, 26.603 e 26.604⁷¹, que tratavam da fidelidade partidária, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, manteve o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de que a troca de partidos configurava hipótese de perda de mandato, em que pese não haja previsão expressa na Constituição. No caso, a simples existência de divergência sobre o mandato pertencer ou não ao partido – premissa para a vedação alegada no feito - justificava uma decisão minimalista da Corte⁷², no sentido de que a decisão sobre os efeitos da troca de partido deveria decorrer de manifestação expressa do legislador constituinte. Na ocasião o Min. Eros Grau, especificamente, ponderou que as hipóteses de perda de mandato estão taxativamente enumeradas na Constituição. Assim, embora do ponto de vista da moral e da ética a decisão do Tribunal pareça correta, o fato é que aquela Corte recorreu a argumentos metajurídicos para chegar à conclusão final, imiscuindo-se em matéria que dependia de decisão do legislador, após o devido debate democrático nos foros políticos.⁷³

Da mesma fora, não se vê como democraticamente admissível a opção judicial de, a pretexto de “salvar-se” uma lei inquinada de inconstitucionalidade,

⁷¹ Rel. Min. Eros Grau, DJU de 17.10.2008.

⁷² Sobre o minimalismo judicial, vide SILVA, Alexandre Garrido da. *Op. cit.*, p. 115.

⁷³ O mesmo parece ter ocorrido por ocasião da edição das Súmulas Vinculantes 11 (uso de algemas) e 13 (nepotismo). Na primeira, ao determinar-se a justificação por escrito quando da utilização do instrumento e a nulidade do ato em decorrência do uso abusivo das algemas sem que haja norma jurídica criando respectivamente a obrigação e o efeito processual concebido na decisão judicial. Na segunda, porque a exclusão da aplicação da súmula à nomeação de parentes para cargos de secretários municipais, de estado e Ministros do Executivo também não possui previsão legislativa. Ao nosso ver, no primeiro caso, eventuais abusos deveriam ter como efeito a apuração com base na Lei n.º. 4.898/65 (abuso de autoridade). No segundo, o Tribunal deveria ter-se limitado a considerar que a vedação do nepotismo é consectário lógico do princípio da moralidade, sem enveredar sobre considerações relativas à conveniência de contratação de parentes para cargos estratégicos, valoração típica da atividade legislativa.

acrescer-se condições à norma voltadas à otimização de sua aplicação. É dizer: não cabe ao Judiciário “melhorar” o conteúdo normativo do preceito, sob argumentos de incremento da eficácia do dispositivo ou maior adequação da norma aos fins propostos. Tal perspectiva, a par de violar o caráter deontológico do Direito, adiciona ao discurso judicial argumentos de nítido teor político, quando se sabe que, salvo situações excepcionais, ou a lei é constitucional – embora a opção legislativa não pareça a melhor ao julgador – ou não é. Não há espaço, portanto, para o acréscimo de norma criada *ex nihilo* pelo Tribunal Constitucional⁷⁴, que deve limitar-se a aferir a coerência legislativa.

Por seu turno, mesmo nos casos em que o vazio normativo decorrente da decisão de acolhimento da alegação de inconstitucionalidade possa causar um estado mais grave de inconstitucionalidade temos que a legitimidade do Tribunal para adicionar elementos à lei inquinada de inconstitucional somente existe quando é possível extrair, do texto constitucional, uma hipótese objetiva de acréscimo à legislação como forma de torná-la compatível com a Constituição, como já ressaltado. É que, afora essa situação, não possui o Tribunal Constitucional, à semelhança do que ocorre na esfera legislativa, liberdade de agir no sentido de vincular os cidadãos através de cláusulas ou condições legislativas cuja imposição dependa de algum juízo discricionário.⁷⁵

Daqui pode-se concluir também que não cabe ao Tribunal inventar uma disciplina normativa inexistente, mas sim buscar apoio no próprio ordenamento jurídico, ainda que através da materialização de princípios constitucionais, para suprir a omissão legislativa.⁷⁶ Ou seja, a solução constitucionalmente obrigatória ou decorre de regra expressa ou implícita do texto constitucional ou da necessidade de prestigiar-se um princípio constitucional vitimado a partir da lei impugnada, como no caso das omissões parciais violadores do princípio da igualdade. Assim, é o ponto de partida do

⁷⁴ MORAIS, Carlos Blanco. *Op. cit.*, p. 368.

⁷⁵ Como lembra Jorge Pereira da Silva, o Tribunal Constitucional alemão tem sido restritivo quanto ao uso das sentenças aditivas especialmente quando a revelação das regras integrativas das lacunas pressupõe uma escolha discricionária. (SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 221). Nesse sentido também a doutrina majoritária italiana, v.g., CRISAFULLI, Vezio. *Op. cit.* Esse, inclusive, é o sentido da expressão *a rime obbligate*, ou seja, solução constitucionalmente obrigatória.

⁷⁶ MAZZAROLLI, Ludovico. *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*. Padova: Cedam, 2000, p. 76.

Tribunal (premissa constitucional vinculante) e o critério de argumentação (argumentos de princípio) que irão permitir o reconhecimento ou não da legitimidade da decisão com efeitos aditivos.

A ideia de que os argumentos de princípio legitimam as decisões aditivas afasta, por outro lado, o óbice decorrente da feição contramajoritária do Poder Judiciário. De fato, em se tratando de questões políticas (é dizer, o atendimento de metas coletivas), a seara própria para sua solução reside no Parlamento. Cuidando-se, porém, de manifesta violação a princípio, a decisão judicial limita-se a corrigir a diretriz legislativa, de modo a fazer cumprir o texto constitucional. Na medida em que a decisão judicial deva ser a menos original possível⁷⁷, no caso não se trata propriamente de inovação legislativa, mas tão somente de ampliação do sentido da norma a fim de compatibilizá-la com o texto constitucional.

Em conclusão, se é possível afirmar-se que, diante da ausência de regra, é viável encontrar-se solução judicial para os conflitos nos princípios, por que não se diria o mesmo quando editada regra que não contemplou certa categoria ou grupo em seu âmbito de aplicação, quando as circunstâncias fáticas e a exigência de isonomia assim recomendavam? Utilizadas devidamente, as sentenças aditivas, antes de negá-la, reafirmam a supremacia constitucional ao racionalmente realizar o texto da Constituição.

Nessa linha, entre anular uma lei que privilegia poucos ou alargar seu raio de alcance deve o Tribunal optar por esta última possibilidade, diretriz que, para além de prestigiar o princípio da igualdade, realiza a dignidade da pessoa humana nas suas mais variadas vertentes.⁷⁸

Veja-se que não se trata de discutir se o fator de discrimine é justo ou injusto, a partir de uma visão intuicionista – em que a decisão seria tomada exclusivamente à luz do caso concreto, sem calcar-se necessariamente em pressupostos aplicáveis a situações

⁷⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 133.

⁷⁸ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 99.

similares -, no dizer de Rawls⁷⁹, uma vez que a concessão de direitos ou vantagens, em princípio, é opção política a ser feita na seara própria. Cuida-se, em verdade, de corrigir-se a diretriz legislativa quando preterida parcela da sociedade que se encontra em identidade de situação, já que o princípio da igualdade determina a valoração equânime das circunstâncias sempre que os destinatários da norma encontram-se em mesma base fática. Não se trata, portanto, de corrigir decisões políticas, já que uma estratégia política para se atingir um objetivo coletivo não precisa tratar todos os indivíduos da mesma maneira.⁸⁰

Como exceção da assertiva acima desenvolvida temos, no ordenamento brasileiro, o caso do mandado de injunção, embora aqui se deva falar mais propriamente em sentença normativa e não com efeitos meramente aditivos.⁸¹ É que para o *writ* o próprio legislador constituinte atribuiu ao Poder Judiciário o suprimento *in concreto* da lacuna legislativa. Nesse caso, por expressa opção do legislador constituinte – pelo menos à luz de uma interpretação que busque dar alguma utilidade à referida ação mandamental -, concebeu-se um mecanismo de suprimento da inatividade legislativa com maior liberdade de atuação do Tribunal. Portanto, aqui cabe à Corte Constitucional um espaço mais amplo de criação, podendo suprir a lacuna legislativa a partir de um parâmetro aplicável a hipótese semelhante ou mesmo conceber um modelo legislativo específico para o caso até a efetiva atuação do Parlamento.⁸² Em contrapartida, porém, e a fim de evitar-se um sufocamento da atividade legislativa por ato do Tribunal, emprestou-se efeitos *inter partes* a esse mecanismo jurisdicional.

5. CONCLUSÃO

⁷⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução por Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁸⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 137. É o que ocorre, v.g., com a concessão de incentivos fiscais a determinados setores econômicos a fim de fomentar-se dada atividade. Trata-se de opção política insindicável pelo Poder Judiciário e, portanto, não extensível a outros setores, salvo se houver manifesta incongruência com o texto constitucional.

⁸¹ Em sentido contrário manifesta-se Jorge Miranda, para quem a decisão proferida pelo STF no MI 670 (greve no serviço público) caracteriza-se como aditiva (MIRANDA, Jorge. *Op. cit.* p. 90). Entendemos que a referida decisão enquadra-se em uma moldura diferente das sentenças aditivas, como antes ressaltado. Semanticamente, o próprio termo “adição” pressupõe uma regulação anterior que sofrerá acréscimo, o que inexistente nas omissões absolutas.

⁸² Mesmo aqui parece razoável entender-se que o Tribunal deve, prioritariamente, buscar no ordenamento um parâmetro normativo similar para colmatar a lacuna do legislador, de modo a apenas em caráter subsidiário criar pela via judicial uma solução normativa. Nessa perspectiva, aliás, o voto do relator no MI 670, Min. Gilmar Mendes.

A partir do exposto, vê-se que a nova perspectiva da jurisdição constitucional, por um lado, importou em incremento da tensão existente entre a atividade das Cortes Constitucionais e do Parlamento, tensão esta que encontra terreno propício sobretudo a partir da utilização das chamadas sentenças manipulativas. Por outro, essa postura do Judiciário exige uma autocontenção a fim de se salvaguardar as opções legítimas realizadas pelo Legislativo. Com isso parece possível evitar-se uma concepção global da jurisdição constitucional capaz de desequilibrar o modelo democrático de atuação das instituições concebido pelo legislador constituinte.

Nesse contexto, conceder ao Tribunal Constitucional um ilimitado poder interpretativo da Constituição, que possibilite extrair dela aquilo que não foi dito ainda que principiologicamente, seria ultrapassar a visão do juiz “boca da lei” para transformá-lo em um *Oráculo de Delphos*, a própria ideologia do texto constitucional, elevando as convicções subjetivas do julgador a normas constitucionais. Não pode a Corte, assim, funcionar como uma “câmara de revisão constitucional” supostamente apta a ditar o futuro com os valores que, em sua visão, devem ser adotados pela maioria de amanhã.⁸³ Haveria nessa ideia, inclusive, o risco de que pretensões vencidas no sufrágio eleitoral fossem incorporadas ao ordenamento através de sentenças “paralegislativas”, extrapolando o Judiciário seu papel de garante da Constituição.⁸⁴

Essa compreensão mitigada das sentenças aditivas, se não impede, pelo menos reduz consideravelmente uma apropriação do político pela técnica. Obsta uma fratura “tectônica” capaz de minar a possibilidade de caminharem juntas política e justiça a partir do necessário diálogo que a jurisdição constitucional deve travar com as instâncias políticas.

Reconhece-se, assim, que a busca do consenso em uma Corte Constitucional é uma forma muito mais rudimentar de solução de conflitos políticos do que todas as perspectivas criadas no âmbito da democracia moderna. Com efeito, no campo democrático há um Parlamento legitimamente escolhido pela população, cuja atividade

⁸³ Em sentido semelhante, ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 04 e ss.

⁸⁴ MORAIS, Carlos Blanco. *Op. cit.* p. 418.

deve levar em conta os múltiplos interesses hauridos em um ambiente de pluralismo social e que não podem ser negligenciados por uma interpretação única realizada no âmbito judicial. Portanto, limitando-se a jurisdição constitucional a realizar direitos extraídos do ordenamento a partir de um discurso racionalmente adequado, impede-se que o Judiciário volte aos tempos de desconfiança já relegados às profundezas obscuras da história da humanidade.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ACKERMAN, Bruce. *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. The New Separation of Powers. *Harvard Law Review*. Vol-113, NO 03, p. 642-727, January, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, volume 240 – abril/junho de 2005.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, n. 13, 2009, no prelo.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Gilberto Bercovici; José Filomeno de Moraes Filho; Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. (Org.). *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BRUST, Léo. Uma tipologia das sentenças constitucionais. *Revista da AJURIS*, ano XXXIII, n. 102, junho de 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Ed.Trotta, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição constitucional: Poder Constituinte permanente? In: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. v. II. Padova: Cedam, 1984.

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

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *The Forum of Principle*. In: New York University Law Review, n. 56, 1981.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. Tradução por Manuel Jiménez Redondo Madrid: Trotta, 2005.

HART, Herbert L.A. *Conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

_____. *Positivism and the Separation of Law and Morals*. Harvard Law Review, v. 71, 1958.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. 2. ed. Chicago and London: University of Chicago Press, 1970.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm. (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 117-168.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov 2000.

MAZZAROLLI, Ludovico. *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*. Padova: Cedam, 2000.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. 1. ed. São Paulo: Método, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Tomo VI. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, v. 1, p. 7-367.

PIZZORUSSO, Alessandro. Sui limiti della potestà normativa della Corte Costituzionale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 25. Milano: 1982, p. 305-312.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução por Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

_____. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SEGURA, Angel Latorre & DIEZ-PICAZO, Luis. La Justicia Constitucional en el Quadro de las Funciones del Estado. In: *Justiça Constitucional e espécies*. Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade de Normas. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987.

SILVA, Jorge Pereira. *Dever de legislar e protecção jurisdiccional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, nº. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002.

_____. La interpretación conforme a la constitución: entre la trivialidad y la centralización judicial. *Cuestiones Constitucionales*, v. 12, p. 3-28, 2005.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. *Revista de Direito do Estado*, n. 12, p. 107-142, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 285-326.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.

VEGA, Augusto de la. *La sentencia constitucional en Itália*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck et all. *A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 21.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1995.