



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 7, no. 2, jul./dez. 2014. ISSN 1982-4564.

Sentenças aditivas no direito italiano e a sua viabilidade na jurisdição constitucional brasileira

André Luiz Maluf Chaves e Thiago Rodrigues-Pereira***

Resumo: O presente trabalho tem o escopo de perscrutar o instituto das sentenças aditivas no direito italiano. Para tanto, analisaremos o desenvolvimento do instituto na doutrina e jurisprudência da Itália, com o objetivo de sustentar sua plena aplicabilidade ao modelo brasileiro.

Palavras-chave: Sentenças aditivas, Doutrina italiana, Técnicas de Decisão.

Abstract: This present work aims to scrutinize the institute of additive decisions on the Italian law. As for that, we are going to analyze the development of the doctrine and jurisprudence in Italy, with the objective of sustaining their applicability to Brazilian model.

Keywords: Additive decisions, Italian doctrine, Techniques of decision.

* Graduando em Direito na Universidade Federal Fluminense (UFF).

** Pós-Doutorando em Direito na Universidade Católica de Petrópolis (UCP), Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense (UFF).

1. Introdução

A celeuma da omissão inconstitucional é um tema que vem ensejando amplos debates no Direito Constitucional, de modo que o Poder Judiciário tem desenvolvido inúmeras técnicas de decisão com o fito de viabilizar o exercício de direitos constitucionalmente previstos e não regulamentados. Em que pese o grande esforço da doutrina e da jurisprudência, podemos perceber que o Direito brasileiro ainda está engatinhando nesse fascinante tema, de modo que inúmeras questões perduram sem respostas satisfatórias.

Uma das técnicas mais relevantes desenvolvidas pelo direito italiano, que repercutiu em países como Portugal, Espanha e Alemanha, para sanar omissões inconstitucionais, é a chamada sentença manipulativa de efeitos aditivos.

Nas sentenças aditivas o magistrado cria normatividade com vistas a suprir uma omissão inconstitucional comprovada, ou seja, sem alterar o texto da norma inconstitucional a decisão amplia o seu conteúdo normativo incluindo previsão que a torne constitucional: "*la sentencia manipulativa sería genéricamente la que modifica o integra el alcance normativo de la disposición*".¹ Visa-se através das sentenças aditivas assegurar o exercício de direitos previstos na Constituição, dando completude ao ordenamento.

A intenção deste trabalho é esclarecer, com base na doutrina italiana, o que são sentenças aditivas à luz da problemática da omissão inconstitucional e apontar os principais argumentos que sustentam a possibilidade de utilização desta técnica de decisão na jurisdição constitucional brasileira.

2. Noção de direitos fundamentais

A celeuma da omissão inconstitucional é um tema que vem ensejando amplos debates no Direito Constitucional, desafiando a doutrina, a jurisprudência e os legisladores.² Acerca do tema, o professor Gilmar Mendes³ afirma:

É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno. Ela envolve não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais. Ela desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional. Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna

¹ Romboli *apud* Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 75.

² Luis Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro* - 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. p. 54.

³ Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. Versão Digital. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1824/1825.

inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? Qual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador? Quais as consequências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?

Com tantos questionamentos sem soluções aparentes, podemos concluir, sem maiores esforços, que o tema é denso e complexo,⁴ de modo que o Direito brasileiro ainda está despertando para a sua relevância.⁵

Diante disso, o professor Gilmar Mendes sustenta a necessidade de uma *Teoria da omissão inconstitucional*⁶. Logo, mister a relevância de se encarar o tema de forma tão séria quanto o estudo da inconstitucionalidade por ação⁷, eis que, embora recente⁸, se mostra essencial para a segurança do Estado Democrático de Direito, conforme salienta o professor Gilmar Mendes:

Todos os que, tópicamente ou sistematicamente, já se depararam com uma ou outra questão atinente à omissão inconstitucional, hão de ter percebido que a problemática é de transcendental importância não apenas para a realização de diferenciadas e legítimas pretensões individuais. Ela é fundamental sobretudo para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna.⁹

Como sabemos, a Constituição é a norma fundamental do ordenamento jurídico, e, assim sendo, contém comandos cogentes, vedando ou impondo determinados comportamentos. É possível, portanto, violar a Constituição praticando atos contrários a ela, seja através de uma ação ou uma omissão.¹⁰ Esse entendimento foi primeiro defendido por Hans Kelsen na sua Teoria Pura do Direito quando afirmou:

⁴ Luis Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro* - 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. p. 54.

⁵ Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. Versão Digital. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1825/1826.

⁶ Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. Versão Digital. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, 1826.

⁷ Luis Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro* - 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. p. 54/55.

⁸ Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. Versão Digital. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1538.

⁹ Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. Versão Digital. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1825.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro* - 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. p. 53;

A norma fundamental, determinada pela Teoria Pura do Direito como condição da validade jurídica objetiva, fundamenta, porém, a validade de qualquer ordem jurídica positiva, quer dizer, de toda ordem coerciva globalmente eficaz estabelecida por atos humanos. De acordo com a Teoria Pura do Direito, como teoria jurídica positivista, nenhuma ordem jurídica positiva pode ser considerada como não conforme à sua norma fundamental, e, portanto, como não válida. O conteúdo de uma ordem jurídica positiva é completamente independente da sua norma fundamental. Na verdade - tem de acentuar-se bem - da norma fundamental apenas pode ser derivada a validade e não o conteúdo da ordem jurídica. Toda ordem coerciva globalmente eficaz pode ser pensada como ordem normativa objetivamente válida. A nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo das suas normas¹¹.

Tal como no caso de inconstitucionalidade por ação, também a omissão violadora da Constituição pode ser imputável aos três Poderes. Por exemplo, pode o Poder Executivo se abster de tomar medidas político-administrativas em matéria de educação (art. 208 da Constituição). Todavia, a questão nodal da inconstitucionalidade por omissão repousa na elaboração de atos normativos necessários à realização dos comandos constitucionais seja de normas de organização ou definidoras de direitos¹².

Segundo Alexandre de Moraes, a inconstitucionalidade por omissão consiste na conduta negativa do Poder público diante de uma conduta positiva determinada pela Constituição. Logo, a incompatibilidade entre o que a Carta Magna exige e a atuação do Poder pública configura a omissão inconstitucional.¹³

Luis Roberto Barroso, ao tratar da omissão legislativa, adverte que a simples inércia, ou seja, o mero *não fazer*, não configura, por si só, uma omissão inconstitucional, eis que o legislador tem sua margem de discricionariedade política para legislar. Todavia, nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma regulamentadora da atuação de determinado

¹¹ KELSEN, Hans. Trad. João Baptista de Machado. *Teoria Pura d Direito*. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 152.

¹² Tratam-se de normas de eficácia limitada na teoria de José Afonso da Silva em relação a classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia, ou seja, dependem que o legislador ordinário atue para que o direito previsto na Constituição possa ser efetivamente exercido. Sobre o tema ver SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pp. 81 e 82.

¹³ Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*, 30ª Ed. Atlas, São Paulo, 2014, p. 798.

preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima, configurando, assim, inconstitucionalidade por omissão.¹⁴

Lenio Streck aduz que, estipulada uma conduta na Constituição para que o Executivo ou o Legislativo atue, verifica-se uma inércia/omissão quando o responsável não realiza a obrigação imposta pela Constituição.¹⁵

Em suma, quando a Constituição impõe determinado comando, seja de forma explícita ou implícita, e qualquer dos três Poderes se abstém de realizá-lo, praticando uma conduta negativa diante de uma ordem emanada da Constituição, incorre em hipótese de omissão inconstitucional.

A inércia ilegítima do legislador poderá ser total ou parcial. A omissão inconstitucional total ocorre quando há um vazio normativo da matéria, ao passo que a omissão parcial é verificada quando a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que deveria ser abrigada ou quando o legislador atua de modo insuficiente relativamente à obrigação que a Constituição impôs¹⁶.

Em Portugal a Constituição (1976) trouxe regras sobre a inconstitucionalidade por omissão. Também na Alemanha e na Itália¹⁷ a temática já vinha sendo discutida desde o final da década de 50 e início da década de 60.¹⁸ No Brasil, a Constituição de 1988 concebeu dois remédios jurídicos para enfrentar a celeuma: o mandado de injunção (art. 5º, LXXI)¹⁹ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, §2).²⁰

Tendo em vista o amplo debate acerca do tema na Itália, utilizaremos como parâmetro de comparação a jurisdição e a doutrina italiana para perscrutar a problemática.

¹⁴ Luís Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro* - 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. p. 56;

¹⁵ Lenio Luiz Streck. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. RT. 2013. p. 891.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 59-60;

¹⁷ Por exemplo, a provável primeira sentença aditiva da Corte Constitucional italiana: Sentença n. 168/1963. Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 92.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p 55.

¹⁹ Art. 5º, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania

²⁰ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...)§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

3. Jurisdição constitucional italiana

Verifica-se que a criação de um Tribunal Constitucional específico para resguardar direitos, dirimir conflitos federativos entre outros, surge como resposta às atrocidades cometidas durante a 2ª guerra mundial. Isso nos remete ao embate teórico travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen.

Carl Schmitt, pautado sobre a tese de que a Constituição é emanada de um poder constituinte, sobrepõe a parte política à jurídica, diferenciando, daí, a existência de Constituição e leis constitucionais, aquelas correspondendo a uma decisão política fundamental. Acredita que o seu guardião deve ser alguém que possua o poder neutro, que é capaz de harmonizar todos os demais poderes.

A democracia de Schmitt, ainda, é pautada numa ótica homogênea, rebatendo o pluralismo, de modo que a democracia não tem uma relação direta com o parlamentarismo. São esses os pressupostos para enxergar no presidente do Reich o guardião da Constituição, visto que será a pessoa capaz de atender a todos os requisitos.

Para Kelsen, por sua vez, de maneira bem científica o ordenamento jurídico se pauta num escalonamento de normas, estando a Constituição no seu topo e as normas infraconstitucionais em conformidade com aquela. Este, portanto, é o pressuposto do controle de constitucionalidade, que verá em um Tribunal Constitucional o órgão competente a exercê-lo.²¹

Em resposta ao regime fascista anteriormente adotado, a Constituição italiana de 1948, nos termos do art. 138, consagrou no país uma Jurisdição Constitucional rígida garantindo estabilidade ao sistema, logo, necessário quórum específico para alteração da Constituição. Ademais, foi responsável pela criação²² de uma nova Corte Costituzionale, arts. 134 a 137, com competência para exercer o controle de constitucionalidade²³, dirimir conflitos federativos de atribuição e aqueles envolvendo acusações contra o Presidente da República, bem como zelar pela aplicação das normas constitucionais.

Esse modelo de justiça constitucional, que como visto é creditado a Hans Kelsen, que atribui a um tribunal ad hoc o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, pode ou não pertencer ao Poder Judiciário. No caso brasileiro, como é cediço, o STF, que é órgão do Judiciário, desempenha tanto a função de

²¹ Sobre o tema ver KELSEN, *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999 e SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Belo Horizonte:2007.

²² Vale ressaltar que o Tribunal só iniciou seus trabalhos de fato em 1956.

²³ O controle de Constitucionalidade realizado pela Corte é concentrado, e tem como objeto somente leis e atos normativos primários, podendo ser realizado de duas formas: i) o Estado ou regiões podem pedir diretamente para que a Corte se manifeste sobre a inconstitucionalidade de uma lei, seja regional ou Estatal; ii) quando na análise de um caso concreto o juiz verificar que a norma objeto da lide pode ser inconstitucional, deverá submeter tal decisão ao crivo da Corte. Destarte, verifica-se o importante papel do juiz de primeiro grau como filtro das questões que são levadas à Corte.

tribunal constitucional quanto de instância recursal tendo inclusive competência penal originária.²⁴

No tocante à Corte Costituzionale ela segue o modelo kelseniano, ou seja, não pertence ao Poder Judiciário, e constitui-se de 15 juízes, com mandato por nove anos, sendo um terço indicado pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento e um terço pelas magistraturas supremas, ordinárias e administrativas. São escolhidos magistrados pertencentes a qualquer grau de jurisdição, professores universitários titulares de Direito e advogados com pelo menos 20 anos de atividade profissional.²⁵

O controle concreto pela via incidental ocorre quando um juiz ou tribunal, ao visualizar uma possível inconstitucionalidade, submete esta à Corte Costituzionale, de forma fundamentada, desde que haja relevância e non manifesta infondatezza. Percebe-se a importância do filtro realizado pelo juiz ordinário quanto às questões que são levadas ao tribunal constitucional. Vale ressaltar que na Itália não há formas de acesso ao cidadão à jurisdição constitucional e que após declarada a inconstitucionalidade, a norma cessa sua eficácia vinte e quatro horas depois da publicação da decisão.²⁶

Com o passar das décadas e a frequente atuação da Corte Costituzionale no exercício do controle de constitucionalidade, surgiram debates envolvendo a possibilidade de atuação do tribunal constitucional quando verificada uma inconstitucionalidade por omissão capaz de ensejar a inviabilidade do exercício de direitos constitucionalmente previstos. Uma das técnicas mais relevantes desenvolvidas pelo direito italiano que repercutiu em países como Portugal, Espanha e Alemanha é a chamada sentença manipulativa de efeitos aditivos.

Léo Brust²⁷ discorre sobre o desenvolvimento das sentenças manipulativas na jurisdição constitucional italiana:

De forma que la lógica de la evolución del sistema italiano ha ido evolucionando paulatinamente desde la inicial necesidad de legitimación de la Corte, que la llevó a dar preferencia a las sentencias impositivas de estimación - para obligar el Poder Judicial a acatarlas -, y posteriormente a las sentencias interpretativas, manipulativas y a la modulación de los efectos temporales de sus decisiones. Una vez consolidado plenamente su papel institucional, la Corte aceptó un mayor protagonismo a los jueces, permitiéndoles que decidan

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. RT. 2013, pp. 422.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. RT. 2013, pp. 422.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. RT. 2013, pp. 423.

²⁷ Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 33:

cuestiones constitucionales, que antes eran tenidas como de su exclusiva competencia.²⁸

4. Sentenças manipulativas de efeitos aditivos no direito italiano

A chamada sentença manipulativa²⁹ de efeitos aditivos é uma das técnicas mais relevantes para solucionar a questão da omissão inconstitucional. Tem origem diante da omissão do Parlamento italiano em conformar a antiga ordem infraconstitucional fascista com a Constituição de 1947, haja vista a permanência desta legislação pré-constitucional mesmo depois da entrada em vigor da nova Constituição³⁰.

Acosta Sanchez³¹ faz um interessante resumo dos motivos pelos quais as sentenças aditivas ganharam força principalmente na Itália:

El dogma de la soberanía de la ley, que nunca gozó de gran tradición ni fuerza, cedió fácilmente a la supremacía de la Constitución. De manera adicional, las negativas vicisitudes del regimen parlamentario italiano han golpeado con más fuerza que ninguna otra democracia occidental el prestigio del legislador, cuya actividad ha estado marcada por la partidocracia y la inercia. [...] la jurisdicción constitucional na há llegado a engendrar en Italia en ningún nomento el típico temor al 'gobierno de los jueces'; el Tribunal Constitucional italiano ha conquistado um papel estelar em la realidad democrática em que se mueve; a diferencia de otros Tribunales Constitucionales europeos, 'no se preocupa em disimular su poder creador': reconoce sin embagos a su jurisprudência como fuente de Derecho; tiende a desligarse con facilidad de reglas de interpretación fijas y entiende la interpretación constitucional desde el realismo jurídico, sobre métodos ampliamente deductivos, en particular el histórico-evolutivo, es decir, la entiende como acto de voluntad y no

²⁸ De modo que a lógica da evolução do sistema italiano progrediu gradualmente, desde a necessidade inicial para a legitimidade do Tribunal, que a levou a dar preferência pelas sentenças estimativas - para forçar o Judiciário a obedecê-los - e, em seguida, a sentenças, interpretativas, manipulativas e a modulação dos efeitos temporais de suas decisões. Uma vez consolidado integralmente o seu papel institucional, o Tribunal aceitou um maior protagonismo aos juízes, permitindo que estes decidam questões constitucionais, que anteriormente eram mantidas como sua competência exclusiva. "Tradução nossa".

²⁹ Conforme sustenta a doutrina italiana (VEGA, 2003, apud BRUST, 2009) tais sentenças são assim denominadas em virtude da possibilidade de adição, substituição ou redução do conteúdo normativo do preceito questionado, não havendo um consenso sobre a terminologia, havendo autores como Rui Medeiros e Jorge Miranda que adotam o termo "modificativas".

³⁰ CAMPOS, Carlos de Alexandre de Azevedo. *Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa*. p. 25

³¹ SANCHEZ, Acosta apud ISRAEL, Lucas Nogueira. *O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos*, *Revista da PGBC* - v. 5 - n. 2 - dez. 2011. Disponível em http://www.bcb.gov.br/pgbcb/122011/revista_pgbc_vol5_num2.pdf. Acesso em 29 novembro de 2013, p. 27;

como acto de conocimiento, concepción esta típica del positivismo jurídico, como es sabido.³²

Na doutrina italiana, houve, durante algum tempo, extensa divergência. Delfino chamou-as decisões criativas, Rizza, decisões intermédias, Paladin definiu-as como decisões integrativas. A par de tais definições, era majoritária a referência às decisões estimatórias interpretativas, delineadas como todas em que a interpretação constitucional joga um papel instrumental. Por fim, formou-se um consenso, relativamente estável, no sentido de defini-las como espécie do gênero decisões manipulativas.³³ Portanto, para compreender o instituto da sentença manipulativa de efeitos aditivos como técnica de decisão apta a gerar eficácia de direitos constitucionais, é necessário analisar a classificação³⁴ estabelecida por Augusto Martin de La Vega (VEGA, 2003, apud BRUST, 2011) acerca das decisões prolatadas pela *Corte Costituzionale*. Nesse sentido afirma Léo Brust³⁵:

Para un análisis más claro del rico fenómeno tipológico de los pronunciamientos del Tribunal Italiano, las decisiones de la Corte se clasificarán en sentencias simples, que en principio son las que más atienen al art. 136 CI; sentencias interpretativas, que abarcan las interpretativas stricto sensu - en las cuales la Corte elige una interpretación constitucional o inconstitucional entre las deducibles del precepto cuestionado - y las manipulativas aditivas, reductoras y sustitutivas, en que la Corte manipula los preceptos legales para adecuarlos de inmediato a la Constitución; y, finalmente, la modulación de los efectos temporales de las sentencias hacia el pasado - con las sentencias de inconstitucionalidad sobrevenida - y hacia el futuro, con las admoniciones al legislador y las sentencias

³² O dogma da soberania das leis, que nunca gozou de grande tradiçao nem força, cedeu facilmente à supremacia da Constituição. De maneira adicional, os vícios negativos do regime parlamentarista italiano golpearam com mais força do que qualquer outra democracia ocidental o prestígio do legislador. Cujas atividades foi marcada pela 'partidocracia' e inércia. (...) a jurisdição constitucional não permitiu que ocorresse, em momento algum, o típico temos do 'governo de juizes'; o Tribunal Constitucional italiano conquistou um papel estelar na realidade democrática em que atua; à diferença de outros Tribunais Constitucionais europeus, 'não se preocupar em dissimular seu poder criativo': reconhece sem receios sua jurisprudência como fonte de Direito; tende a se desligar com facilidade das regras de interpretação e entende a interpretação constitucional desde o realismo jurídico, sobre métodos dedutivos, em particular histórico-evolutivo, em outras palavras, entende como ato de vontade e não como ato de conhecimento, concepção típica do positivismo jurídico, como é cediço. "Tradução nossa".

³³ PAIVA, Paulo Frederico. *Decisões com perfil aditivo não contrariam Constituição*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-mai-01/decisoes-perfil-aditivo-nao-sao-contrarias-constituicao> > Acesso em: 22 novembro de 2013, pp. 01.

³⁴ Embora existam outras classificações relevantes, como aquela adotada pelo Prof. português Carlo Blanco de Moraes, optamos por utilizar uma classificação presente no Direito italiano.

³⁵ VEGA, Augusto Martin de La *apud* BRUST, Léo. *A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas*. *Rev. direito GV* [online]. 2009, vol.5, n.2, pp. 507-526. Disponível em: < http://direitogv.fgv.br/sites/default/files/14_2.pdf > Acesso em: 20 novembro 2013; pp. 36;

aditivas de princípio, en las cuales el diálogo con los poderes judicial y legislativo se muestra más visible.³⁶

Constata-se que a jurisprudência da *Corte Costituzionale* cunhou tipologia própria, de modo que as sentenças manipulativas se dividem em sentenças aditivas, substitutivas e redutivas: *"De hecho, en los últimos años la Corte Costituzionale italiana en sus informes anuales ha dividido las sentencias manipulativas en reductoras o de estimación parcial, aditivas y sustitutivas."*³⁷ Roberto Romboli³⁸ esclarece a questão:

La jurisprudência constitucional, siempre com la finalidad de evitar la rígida alternativa entre declaración de falta de fundamento o de inconstitucionalidad, há elaborado, además, las denominadas sentencias manipulativas por las que la Corte procede a modificar o integrar las disposiciones sometidas a su enjuiciamiento de un modo que éstas salgan del juicio constitucional con un alcance normativo y un contenido diferente al originario. En el ambito de las decisiones manipulativas debe añadirse una ulterior consideración, la diferenciación entre decisiones aditivas e sustitutivas. Com las primeras se hace referencia a aquel tipo de decision con la que la Corte declara inconstitucional una cierta disposición por omitir algo (-en la parte en la que no prevé-).³⁹

Destarte, as sentenças manipulativas – em contraposição às sentenças simples – consistem em "*decisões jurisdicionais que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento*", conforme ensina

³⁶ Para uma análise mais clara do rico fenômeno tipológico dos pronunciamentos do Tribunal italiano, as decisões da Corte se classificam em sentenças simples, que em princípio são as que se referem o art. 136 da Constituição Italiana; sentenças interpretativas, que abarcam as interpretativas em sentido estrito - nas quais a Corte escolhe uma interpretação constitucional ou inconstitucional entre as dedutíveis do preceito questionado - e as sentenças manipulativas aditivas, redutoras e substitutivas, em que a Corte manipula os preceitos legais para adequar-los de pronto à Constituição; e, finalmente, a modulação dos efeitos temporais das decisões no passado - com as sentenças de inconstitucionalidade superveniente - e pro futuro, com as advertências ao legislador e as sentenças aditivas de princípio, nas quais o diálogos com os poderes Judiciário e Legislativo se mostra mais visível. "Tradução nossa".

³⁷ Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 84.

³⁸ ROMBOLI, Roberto. *El Control de Constitucionalidad de las leyes in Italia*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/4/est/est7.pdf>> Acesso em: 22 novembro de 2013; p. 14;

³⁹ A jurisprudência constitucional, sempre com a finalidade de evitar a rígida opção de declaração de inconstitucionalidade ou falta de fundamento, elaborou, ademais, as chamadas sentenças manipulativas para que a Corte possa modificar ou integrar as disposições submetidas a sua jurisdição de um modo que estas passem pelo juízo constitucional com um alcance normativo e um conteúdo diferente do originário. No âmbito das sentenças manipulativas, deve-se fazer uma consideração, a diferenciação entre as decisões aditivas e substitutivas. As primeiras fazem referência àquele tipo de decisão onde a Corte declara inconstitucional certa disposição por omitir algo (inconstitucional na parte que não traz previsão). "Tradução nossa".

Alexandre de Moraes.⁴⁰ São também chamadas de sentenças intermédias exatamente porque se situam entre as decisões de simples acolhimento ou de rejeição da inconstitucionalidade.

As sentenças aditivas, como espécie do gênero manipulativas, são aquelas que reconhecem a falta de elemento normativo necessário para que a norma em julgamento esteja de acordo com a Constituição (caso de omissão legislativa parcial) e que acrescentam a essa norma o elemento ausente, que pode ser outra norma ou princípio constitucional do ordenamento jurídico. Isso significa que à norma tida inconstitucional é complementada por outra norma que sana o vício de inconstitucionalidade: "*la sentencia manipulativa sería genéricamente la que modifica o integra el alcance normativo de la disposición*".⁴¹ Noutro giro, nos casos de omissão legislativa total, a sentença aditiva supre a falta da norma mediante a aplicação de outra norma já existente ou, cria regras que se apliquem ao caso concreto.

À luz do exposto, Léo Brust⁴² traz um caso julgado pela *Corte* que elucida a questão:

La sentencia 438/2005 ilustra bien esa diferencia, pues presenta una construcción compleja, asociando elementos típicos de una ilegitimidad constitucional reductora (nella parte in cui prevede che) a otros que le reconducen de hecho a una aditiva (senza osservare). En su dispositivo la Corte declara la ilegitimidad constitucional del art. 4 de la Ley n. 424 de 8 de junio de 1966, en la parte en que prevé la posibilidad de embargo y ejecución de los rendimientos provenientes del trabajo de los servidores de los entes públicos diversos del Estado, para compensar daños al erario, sin observar los límites establecidos en al art. 545 del Código de Enjuiciamiento Civil; Por tanto, al contrario de la decisión reductora, la aditiva indica que un precepto es inconstitucional en cuanto no establece..., o no prevé..., o omite..., o no incluye..., o excluye... algo que debería incluir para ser conforme a la Constitución.⁴³

⁴⁰ MORAES, Alexandre *apud* ISRAEL, Lucas Nogueira. *O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos*. *Revista da PGBC* – v. 5 – n. 2 – dez. 2011. Disponível em: < http://www.bcb.gov.br/pgbcb/122011/revista_pgbc_vol5_num2.pdf >. Acesso em 29 novembro de 2013; p. 26;

⁴¹ Romboli *apud* Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 75.

⁴² BRUST, op. cit. p. 92;

⁴³ A sentença 438/2005 ilustra bem essa diferença, pois apresenta uma construção complexa, associando elementos típicos de uma ilegitimidade constitucional redutora (na parte em que prevê que) a outros que reconduzem, de fato, a uma aditiva (sem observar). No seu dispositivo, o Tribunal declara a ilegitimidade constitucional do art. 4º da Lei n. 424 de 08 de junho de 1966, na parte em que prevê a possibilidade de embargos de execução dos rendimentos provenientes do trabalho dos servidores dos entes públicos diversos do Estado, para compensar os danos ao erário, sem observar os limites estabelecidos no art. 545 do Código de Processo Civil; Portanto, ao contrário da decisão redutiva, a aditiva indica que um preceito é inconstitucional enquanto não estabelece ..., ou não prevê ... ou omite... ou não inclui ... ou exclui... algo que deveria incluir para ser compatível com a Constituição. "Tradução nossa".

A sentença aditiva pode ser utilizada quando restar patente uma inconstitucionalidade por omissão que inviabilize o exercício de direitos constitucionalmente assegurados, ou para preservar a lei quando esta necessitar de uma "adição" ao seu conteúdo para ser compatível com a Constituição. Logo, utilizando uma sentença aditiva, o Judiciário prolata decisão de cunho normativo apta a concretizar o que já constava no texto constitucional.

Em outras palavras, nas sentenças aditivas o magistrado cria normatividade com vistas a suprir uma omissão inconstitucional comprovada, ou seja, sem alterar o texto da norma inconstitucional a decisão amplia o seu conteúdo normativo incluindo previsão que a torne constitucional. Visa-se, através das sentenças aditivas, assegurar o exercício de direitos previstos na Constituição, ou, tão somente, garantir a compatibilidade da lei com a Carta.

Conforme amplamente debatido no Direito Europeu⁴⁴, para que seja possível a prolação de sentenças aditivas, dois requisitos devem ser observados: a existência de omissão legislativa inconstitucional (*rime obbligate*, na expressão cunhada por Crisafulli, deve ser fruto de uma solução constitucionalmente obrigatória – e não de um juízo discricionário)⁴⁵ e a identificação de uma solução normativa constitucionalmente obrigatória. Assim, nesses casos, verifica-se que somente o patente descumprimento do dever constitucional de legislar enseja o exercício subsidiário de função normativa pela Corte Constitucional, sempre nos termos da solução normativa extraída da Constituição.

Em consulta no seu sítio eletrônico⁴⁶, encontramos no campo "*Le Funzioni*" a "*Dichiarazione di incostituzionalità e suoi effetti*" encontramos referência à possibilidade de prolação de sentenças aditivas:

Questa tecnica di decisione ha fatto parlare di sentenze "manipolative", in quanto esse, in qualche modo, riscrivono la legge per renderla compatibile con la Costituzione, ovvero di sentenze "additive", in quanto esse comportano l'inserimento nella legge di elementi nuovi - sempre ricavati dalla Costituzione o da altre leggi - necessari per adeguarla ai principi costituzionali.⁴⁷

⁴⁴ NETTO, Cláudio P. Souza; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Raposa Serra do Sol expõe limites às sentenças aditivas*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-mar-07/raposa-serra-sol-expoe-limites-producao-sentencas-aditivas> >. Acesso em: 21 novembro de 2013, p. 01.

⁴⁵ Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 560-561: "(...)el Tribunal y parte de la doctrina suelen justificar semejante intervención, alegando que las emite con base en la conocida solución "a rime obbligate", en la terminología de Crisafulli, es decir, siempre y cuando la decisión sea constitucionalmente obligada, puesto que la norma que extrae del ordenamiento supuestamente no le dejaría margen a elección".

⁴⁶ Disponível em: < <http://www.cortecostituzionale.it/> > Acesso em 23 de junho de 2014.

⁴⁷ Esta técnica de decisão ficou conhecida como sentenças "manipulativas", as quais, de alguma forma, reescrevem a lei para torná-la compatível com a Constituição, ou sentenças "aditivas", uma vez que envolvem a inserção de novos elementos na lei - sempre derivada da Constituição ou outras leis - necessários para adaptá-las aos princípios constitucionais. "Tradução nossa".

Destarte, verificamos que a Corte Costituzionale tem uma atuação reconhecidamente criativa através de sentenças aditivas, não havendo, a nosso sentir, qualquer óbice para sua aplicação na jurisdição constitucional brasileira.

5. Possibilidade de utilização de sentenças aditivas no Brasil

Atribui-se a Kelsen⁴⁸ a afirmação de que o intérprete da Constituição no exercício do controle de constitucionalidade, não poderia ir além da invalidação da norma. Daí surge o postulado de que a Corte Constitucional deve atuar como legislador negativo e nunca o contrário. Ora, conforme o sistema de escalonamento normativo proposto por Kelsen, onde a Constituição encontra-se no ápice, depreende-se que exatamente em razão da posição de supremacia que a Constituição exerce no ordenamento, se mostra perfeitamente possível a utilização de sentenças aditivas com vistas a gerar a eficácia da norma fundamental.

É cediço que no Brasil, o Supremo Tribunal Federal ainda se abstém de ratificar seu papel criativo frente ao postulado de legislador negativo amplamente difundido, não havendo um consenso na Corte sobre a definição de sentenças aditivas, tampouco parâmetros para sua utilização. Tal postura decorre da possibilidade de conflitos institucionais junto ao Legislativo, bem como do receio da doutrina pátria em razão da crescente judicialização de questões políticas e o chamado por alguns de ativismo judicial.

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais. A judicialização é um fato que decorre do modelo institucional e da conjuntura política e social instaurada no Brasil. No tocante ao ativismo judicial, pode-se dizer que sua ideia está associada a uma participação mais ampla e forte do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁴⁹

Não há óbice para que o STF, assim como a Corte italiana, ratifique o seu papel criativo nos casos de patente inconstitucionalidade por omissão passível

⁴⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp 153;

⁴⁹ Luis Roberto Barroso, *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 241-247

de utilização de sentenças aditivas para resguardar direitos. A sentença aditiva indicará que um preceito é inconstitucional enquanto não estabelece ..., ou não prevê ... ou omite... ou não inclui ... ou exclui... algo que deveria incluir para ser compatível com a Constituição, de modo que o tribunal manipulará o texto com o objetivo de conformá-lo à Norma maior. Neste sentido, nos casos de inconstitucionalidade por omissão parcial, o dogma de presunção relativa de constitucionalidade é levado em consideração para preservar o texto.

A prolação de sentenças aditivas não pode ser vista como uma conduta que destoaria das atividades definidas pela Constituição pertinentes à natureza da jurisdição constitucional, sobretudo quando se levanta a questão do seu caráter contramajoritário. A efetividade da Constituição é necessária para a sustentação do Estado Democrático. Passados mais de duzentos anos da Revolução Francesa o ultrapassado dogma de separação estática não mais se subsiste. Vivemos em tempos de direitos fundamentais. Modelos estáticos ou literais só fracassaram ao longo da história.

O Estado através de suas instituições deve agir em prol do povo que o legitima, a inércia ou omissão de um Poder para efetivar direitos pode e deve ser suprida pelo Judiciário. Tal raciocínio decorre da própria teoria constitucional, eis que os ministros, embora não sejam diretamente escolhidos, compõem a Corte que guarda a Constituição, sendo escolhidos pelo Executivo e sabatinados pelo Senado, ou seja, passando pelo crivo daqueles que foram eleitos pelo povo. A sua legitimidade decorre da Constituição e do próprio princípio democrático.

Neste sentido aduz Alexandre de Moraes⁵⁰:

A justiça constitucional, porém, não carece de legitimidade, pois a Constituição Federal consagrou a ideia de complementaridade entre democracia e Estado de Direito, pois enquanto a democracia se consubstancia no governo da maioria, baseado na soberania popular, o estado de direito consagra a supremacia das normas constitucionais, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do poder estatal, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria; sendo absolutamente necessária a compatibilização do *parlamento* (que representa o princípio democrático da maioria) com a *ajustiza constitucional* (que representa a garantia do estado de direito e a defesa dos direitos fundamentais e dos direitos da minoria).

Nos valendo de uma interpretação teleológica, podemos concluir que a própria Constituição de 1988 dispôs sobre a possibilidade de prolação de sentenças aditivas quando previu o Mandado de Injunção. Assim como Luis

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. *Escolha de ministros do STF precisa de mais participação de todos os poderes*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/justica-comentada-escolha-stf-envolver-poderes> > Acesso em: 11 de julho de 2014.

Roberto Barroso⁵¹, entendemos que a decisão em sede de MI deve se prestar a colmatar a lacuna que causa a omissão inconstitucional, sob pena de dar ao remédio constitucional os mesmos efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, o que destoaria, claramente, da vontade do constituinte.

A grande questão que se coloca perante tais decisões é a dos limites desse componente aditivo, que causa grandes controvérsias na jurisdição constitucional. No que toca a tais decisões, torna-se difícil determinar onde se situa o limite da atividade jurisdicional e começa a criação.

O direito alemão, por exemplo, possui uma posição restrita acerca do instituto das sentenças aditivas por entender que a estas violam a liberdade e discricionariedade do legislador. Diante de um dilema em que seja necessário declarar a inconstitucionalidade de uma lei na hipótese de omissão parcial, o tribunal prefere apenas comunicar ao Legislativo sobre tal inconstitucionalidade para que tome as medidas cabíveis, ao invés de alargar o seu conteúdo normativo para atender a parcela não beneficiada. Todavia, quando a Constituição expressamente impõe uma determinada forma de correção para a desigualdade presente no caso concreto a Corte admite decisões manipulativas.⁵²

No direito italiano, conforme visto, as sentenças modificativas desenvolveram-se largamente a partir das decisões da *Corte Costituzionale*, com apoio de grande parte da doutrina, de modo que a *Corte*, reconhecidamente, tem amparo para atuar de forma criativa. Diante de uma lei que confere direitos em termos discriminatórios, a corte constitucional restringe a declaração de inconstitucionalidade à parte da lei que expressa ou implicitamente exclui de suas disposições determinadas categorias que se encontram em situação igual, alargando, por essa via, o âmbito de aplicação da lei sob julgamento.

Apesar do grande desenvolvimento de tal categoria de sentença no direito italiano, isso não quer dizer que a corte constitucional não possua limites (MORAES, 2009, apud SOUZA, 2012, p. 105). O campo de aplicação das sentenças aditivas por violação ao princípio da igualdade, por exemplo, refere-se a hipóteses de extensão de tratamentos mais favoráveis. Ademais, o tribunal não está livre para fazer escolhas discricionárias. A nova norma ou solução extraída do julgamento não pode livremente advir do nada, devendo, conforme visto, resultar de preceitos e princípios legais ou da Constituição.

Não se trata de uma decisão livre, como seria a do Poder Legislativo, mas oriunda da própria Constituição ou na forma de uma conclusão necessária

⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit. p. 164.

⁵² SOUZA, Luiz Henrique Boselli. *As sentenças aditivas na jurisdição constitucional*, Disponível em: < http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77 >. Acesso em: 29 novembro de 2013; p. 106; *QUAL A PÁGINA?*

advinda do próprio caso sob juízo. O tribunal também pode estender normas já vigentes de forma analógica.

Augusto Martín de La Vega⁵³ ressaltou a possibilidade de utilização de decisões manipulativas de efeitos aditivos, levando-se em conta três fatores: a) a existência de uma Carta política de perfil marcadamente programático e destinada a progressivo desenvolvimento; b) a permanência de um ordenamento jurídico-positivo com marcados resquícios autoritários; e c) a ineficácia do Legislativo para responder, em tempo adequado, às exigências de atuação da Constituição e à conformação do ordenamento preexistente ao novo regime constitucional.

Sabemos das críticas efetuadas. A Ministra Ellen Gracie demonstrou sua preocupação com tais decisões por interferir na seara de competência e discricionariedade do Legislativo: "*não há como deixar de conferir à pretensão da autora o intuito de ver instituído, por meio de decisão judicial, em controle concentrado de constitucionalidade, aquilo que o legislador, até hoje, não concedeu*" (ADPF-QO 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 31.08.2007, p. 195). No mesmo sentido, autores como Luis Roberto Barroso e Clemerson Mèrlin Clève vêm com desconfiança a questão do Judiciário atuar de forma criativa, em razão de seus membros não serem escolhidos pelo povo, o que geraria um desequilíbrio institucional.

Ainda aqueles que criticam⁵⁴ a utilização de sentenças aditivas, admitem que no caso de obrigação constitucional a Corte tem legitimidade para prolatá-las:

De cualquier modo, Zagrebelsky acepta la tesis de que solo en presencia de una solución a rime oblligate la Corte puede emitir una sentencia manipulativa, por la simple razón de que en tal caso es indiferente que la operación integradora sea resuelta por ella o por la magistratura ordinaria.⁵⁵

Contudo, a nosso sentir, diante da inércia do legislador, as sentenças manipulativas surgem como instrumento garantidor de direitos constitucionalmente previstos. Através de tal técnica, a Corte manipula diretamente o conteúdo normativo da lei - integrando ou modificando seu sentido - para adequá-lo à Constituição.

⁵³ Por todos MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Versão Digital. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1938;

⁵⁴ Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 80/81.

⁵⁵ De qualquer forma, Zagrebelsky aceita as teses de que somente na presença de uma solução constitucionalmente obrigatória o Tribunal pode emitir uma sentença manipulativa, pela simples razão de que, nesse caso, é indiferente que a operação integradora seja realizada por ele ou pelo magistrado ordinário. "Tradução nossa".

Isto posto, não há que se falar em atuação da Corte como legislador positivo⁵⁶, já que o Tribunal só atua após ser provocado estando sujeito aos critérios da hermenêutica constitucional. Ademais, o espaço de criação está adstrito ao que determina a própria Constituição, ao contrário do que ocorre no Parlamento onde há iniciativa para propositura, modificação e cancelamento da lei, bem como a ampla conveniência e liberdade política. O Judiciário, ao prolatar sentenças manipulativas busca efetivar direitos constitucionais não resguardados em virtude de patente omissão inconstitucional.

Isso também é reforçado pelo surgimento no Brasil da chamada *doutrina brasileira da efetividade*, que busca tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.⁵⁷

A intenção da *doutrina da efetividade* é assegurar, na prática, que nas hipóteses em que a Constituição tenha assegurado direitos subjetivos, como por exemplo, direitos sociais, políticos, individuais ou difusos, eles podem ser exigidos diretamente do Poder Público ou de particular. Em outras palavras, a plena eficácia da Constituição passa a ser realizada, também, pelo Poder Judiciário.⁵⁸

A possibilidade de efetivação de direitos constitucionalmente previstos através do Poder Judiciário, decorre não só da força normativa da Constituição, mas também da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), posto que o Poder Judiciário é sempre provocado. Deve o juiz se valer da teoria geral do Direito (art. 4º da LINDB), não podendo se eximir de julgar. Ainda, se considerarmos que a Constituição resguarda direitos fundamentais, e cabe ao Judiciário a sua guarda, cabe também a ele o dever de concretizá-los, sobretudo quando há inércia do Executivo e do Legislativo.⁵⁹

O jurista português Vital Moreira⁶⁰ afirma que a clássica contestação feita por Konrad Hesse a respeito da teoria da autolimitação permanece inteiramente válida. Segundo Moreira, Hesse aduz que a mais importante função confiada a um Tribunal Constitucional é velar pela observância da Constituição - especialmente a proteção dos direitos fundamentais - sendo assim, poder-se-ia exigir uma atuação positiva da Corte, ou seja, uma intervenção mesmo com o risco de conflito entre autoridades.

⁵⁶ Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 80;

⁵⁷ Luis Roberto Barroso, *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 28/29.

⁵⁸ Luis Roberto Barroso, *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 29.

⁵⁹ Cláudio Pereira de Souza Neto, *Teoria da constituição, democracia e igualdade*, p. 26.

⁶⁰ MOREIRA, Vital, *apud*, PAIVA, Paulo. *Questão política pura?* Disponível em: < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/questao-politica-pura> > Acesso em: 10 de julho de 2014.

Sob a ótica da prolação de sentenças aditivas à luz da doutrina da efetividade, se mostra muito mais gravoso o reconhecimento de uma inconstitucionalidade por omissão pela Corte sem qualquer espécie de paliativo. Não se mostra prudente que sua regulamentação seja feita ao bel prazer do legislador, posto que, a partir do momento que a Constituição determina a obrigação de legislar e há um transcurso de tempo razoável sem qualquer manifestação do Parlamento, está configurada a mora do mesmo, não havendo mais que se falar em discricionariedade, mas sim, em cabal descumprimento da Constituição e das obrigações parlamentares.

Cumpra ainda ressaltar, com base nos diálogos constitucionais, que caso o legislador entenda que a Corte Constitucional extrapolou suas competências ou regulou a matéria de maneira contrária ao que ele entenda como correto, poderá, através da via legiferante, de maneira direta e sem necessidade de provocação, propor projeto de lei ou emenda constitucional com o fito de regulamentar a matéria.

Outrossim, vale mencionar o comentário de Claudio Pereira de Souza Neto acerca da possibilidade de concretização dos direitos sociais pelo Poder Judiciário:

Tais críticas podem ser superadas sob o prisma da própria teoria democrática. Se considerarmos que certos direitos sociais são condições da democracia (como fazem, p. ex., Habermas, Gutmann e Thompson), então o Judiciário, como seu guardião, possui também o dever de concretizá-los, sobretudo quando tem lugar a inércia dos demais ramos do Estado na realização dessa tarefa. Se o Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática.⁶¹

Por fim, sem qualquer pretensão de esgotar o tema ou adentrar com profundidade no estudo de casos, posto que não constitui o objetivo do presente trabalho, depreende-se de uma simples análise jurisprudencial que, sob o manto da interpretação conforme à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, o STF já vem realizando sentenças aditivas, ainda que sem utilizar tal denominação, conforme alguns julgados: STF: ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008 (Pesquisa com células-tronco embrionárias); STF: MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007 (Greve no serviço público).

⁶¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria da constituição, democracia e igualdade*, Disponível em <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129 \(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129 (3).pdf)> Acesso em: 21 de maio 2013, p. 26;

Consoante expõem Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco⁶², o tema guarda nítida relevância com a realidade brasileira sendo que o STF já utilizou tal decisão também em outros casos:

A crescente relevância, entre nós, da técnica decisória aditiva, foi exposta com proficiência por Carlos Blanco de Moraes: “Sensivelmente desde 2004 parecem, também ter começado a emergir com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos. Tal parece ter sido o caso de uma acção directa de inconstitucionalidade, a ADIn 310569, a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos. Esta eliminou, com fundamento na violação do princípio da igualdade, uma norma restritiva que, de acordo com o entendimento do Relator reduziria arbitrariamente para algumas pessoas pertencentes à classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores públicos. Poderá, igualmente, ter sido o caso no RMS-22.307 (mandado de segurança) que teria englobado os servidores civis num regime de aumentos legalmente concedido a militares”. Cabe ressaltar, ainda, o julgamento conjunto, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, dos mandados de segurança n. 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, em que se assentou que o abandono, pelo parlamentar, da legenda pela qual foi eleito tem como consequência jurídica a extinção do mandato. (...) Por fim, mencione-se o RE 405.579, Rel. Ministro Joaquim Barbosa. Trata-se de hipótese em que duas empresas, importadoras de um mesmo produto, foram discriminadas por concessão de benefício tributário a apenas uma delas, o que gera evidente desequilíbrio comercial. Em voto-vista da lavra do Ministro Gilmar Mendes, foi proposta a extensão do benefício tributário (redução de imposto de importação) a empresas não contempladas no inciso X do § 1º do art. 5º da Lei n. 10.182/2001, com vistas a sanar violação ao princípio da isonomia e restaurar o equilíbrio do mercado comercial.

Além destes casos, o clássico caso envolvendo a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol⁶³, bem como o julgamento da ADPF 54, Rel. Marco Aurélio, sobre a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos, elucidam de forma clara a questão. No caso do julgamento da ação popular que impugnava a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal adicionou à parte dispositiva do acórdão 19 cláusulas

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Versão Digital. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1940;

⁶³ STF - Pet: 3388/RR, Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Data de Julgamento: 19/03/2009 (Demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol). Para mais informações, ver: Cláudio P. Souza Netto; Ademar Borges de Sousa Filho. Raposa Serra do Sol expõe limites às sentenças aditivas.

condicionantes, as quais passariam a disciplinar a demarcação de qualquer terra indígena que, a partir de então, se realizasse no Brasil.

6. Conclusão

Ante o exposto, podemos concluir que as sentenças aditivas, espécie do gênero manipulativas⁶⁴, se mostram uma ferramenta legítima e constitucional ante uma patente inconstitucionalidade por omissão que inviabilize o exercício de direitos previstos na Lei Fundamental: "*las sentencias manipulativas serian producto de la naturaleza abierta y de compromiso de la Constitución, y de la libertad hermenéutica del Tribunal Constitucional*".⁶⁵

A utilização de sentenças aditivas é comumente feita em regimes democráticos onde existe uma separação das funções estatais, como Espanha, Itália e Portugal, sendo plenamente aplicável ao modelo brasileiro, desde que observados os dois requisitos vistos: a existência de omissão legislativa inconstitucional e a identificação de uma solução normativa constitucionalmente obrigatória.

A prolação de sentenças aditivas não pode ser vista como uma conduta que destoaria das atividades definidas pela Constituição pertinentes à natureza da jurisdição constitucional, sobretudo quando se levanta a questão do seu caráter contramajoritário. A efetividade da Constituição é necessária para a sustentação do Estado Democrático. Passados mais de duzentos anos da Revolução Francesa o ultrapassado dogma de separação estática não mais se subsiste. Vivemos em tempos de direitos fundamentais. Modelos estáticos ou literais só fracassaram ao longo da história.

O Estado através de suas instituições deve agir em prol do povo que o legitima, a inércia ou omissão de um Poder para efetivar direitos pode e deve ser suprida pelo Judiciário. Tal raciocínio decorre da própria teoria constitucional, eis que os ministros, embora não sejam diretamente escolhidos, compõem a Corte que guarda a Constituição, sendo escolhidos pelo Executivo e sabatinados pelo Senado, ou seja, passando pelo crivo daqueles que foram eleitos pelo povo. A sua legitimidade decorre da Constituição e do próprio princípio democrático.

Neste sentido aduz Alexandre de Moraes⁶⁶:

A justiça constitucional, porém, não carece de legitimidade, pois a Constituição Federal consagrou a ideia de

⁶⁴ Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 84: "*De hecho, en los últimos años la Corte Costituzionale italiana en sus informes anuales ha dividido las sentencias manipulativas en reductoras o de estimación parcial, aditivas y sustitutivas.*"

⁶⁵ Modugno *apud* Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 80/81.

⁶⁶ MORAES, Alexandre de. *Escolha de ministros do STF precisa de mais participação de todos os poderes*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/justica-comentada-escolha-stf-envolver-poderes> > Acesso em: 11 de julho de 2014.

complementaridade entre democracia e Estado de Direito, pois enquanto a democracia se consubstancia no governo da maioria, baseado na soberania popular, o estado de direito consagra a supremacia das normas constitucionais, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do poder estatal, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria; sendo absolutamente necessária a compatibilização do *parlamento* (que representa o princípio democrático da maioria) com *ajustiça constitucional* (que representa a garantia do estado de direito e a defesa dos direitos fundamentais e dos direitos da minoria).

Isto posto, não há que se falar em atuação da Corte como legislador positivo⁶⁷, já que o Tribunal só atua após ser provocado estando sujeito aos critérios da hermenêutica constitucional. Ademais, o espaço de criação está adstrito ao que determina a própria Constituição, ao contrário do que ocorre no Parlamento onde há iniciativa para propositura, modificação e cancelamento da lei, bem como a ampla conveniência e liberdade política. O Judiciário, ao prolatar sentenças manipulativas busca efetivar direitos constitucionais não resguardados em virtude de patente omissão inconstitucional.

Isso também é reforçado pelo surgimento no Brasil da chamada *doutrina brasileira da efetividade*, que busca tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.⁶⁸

A intenção da *doutrina da efetividade* é assegurar, na prática, que nas hipóteses em que a Constituição tenha assegurado direitos subjetivos, como por exemplo, direitos sociais, políticos, individuais ou difusos, eles podem ser exigidos diretamente do Poder Público ou de particular. Em outras palavras, a plena eficácia da Constituição passa a ser realizada, também, pelo Poder Judiciário.⁶⁹

Como visto, a possibilidade de efetivação de direitos constitucionalmente previstos através do Poder Judiciário, decorre não só da força normativa da Constituição, mas também da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), posto que o Poder Judiciário é sempre provocado. Deve o juiz se valer da teoria geral do Direito (art. 4º da LINDB), não podendo se eximir de julgar. Ainda, se considerarmos que a Constituição resguarda direitos fundamentais, e cabe ao Judiciário a sua guarda, cabe também a ele o dever de concretizá-los, sobretudo quando há inércia do Executivo e do Legislativo.⁷⁰

⁶⁷ Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 80;

⁶⁸ Luis Roberto Barroso, *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 28/29.

⁶⁹ Luis Roberto Barroso, *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 29.

⁷⁰ Cláudio Pereira de Souza Neto, *Teoria da constituição, democracia e igualdade*, p. 26.

O jurista português Vital Moreira⁷¹ afirma que a clássica contestação feita por Konrad Hesse a respeito da teoria da autolimitação permanece inteiramente válida. Com base em Hesse ele afirma que a mais importante função confiada a um Tribunal Constitucional é velar pela observância da Constituição - especialmente a proteção dos direitos fundamentais - sendo assim, poder-se-ia exigir uma atuação positiva da Corte, ou seja, uma intervenção mesmo com o risco de conflito entre autoridades.

Sob tal ótica de prolação de sentenças aditivas e doutrina da efetividade, se mostra muito mais gravoso o reconhecimento de uma inconstitucionalidade por omissão pela Corte sem qualquer espécie de paliativo. Não se mostra prudente que sua regulamentação seja feita ao bel prazer do legislador, posto que, a partir do momento que a Constituição determina a obrigação de legislar e há um transcurso de tempo razoável sem qualquer manifestação do Parlamento, está configurada a mora do mesmo, não havendo mais que se falar em discricionariedade, mas sim, em cabal descumprimento da Constituição e das obrigações parlamentares.

Cumpra ainda ressaltar que, se valendo da doutrina dos diálogos constitucionais, caso o legislador entenda que a Corte Constitucional extrapolou suas competências ou regulou a matéria de maneira contrária ao que ele entenda como correto, poderá, através da via legiferante, de maneira direta e sem necessidade de provocação, propor projeto de lei ou emenda constitucional com o fito de regulamentar a matéria.

Como visto, ainda aqueles que criticam⁷² a utilização de sentenças aditivas, admitem que no caso de obrigação constitucional a Corte tem legitimidade para prolatá-las:

De cualquier modo, Zagrebelsky acepta la tesis de que solo en presencia de una solución a rime oblligate la Corte puede emitir una sentencia manipulativa, por la simple razón de que en tal caso es indiferente que la operación integradora sea resuelta por ella o por la magistratura ordinaria.⁷³

O grande questionamento que aqui se busca inseminar é a necessidade de um estudo acerca dos limites e parâmetros aplicáveis às sentenças aditivas. Em outras palavras, um aprofundamento no panorama hermenêutico é essencial.

⁷¹MOREIRA, Vital, *apud*, PAIVA, Paulo. *Questão política pura?* Disponível em: < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/questao-politica-pura> > Acesso em: 10 de julho de 2014.

⁷² Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 80/81.

⁷³ De qualquer forma, Zagrebelsky aceita as teses de que somente na presença de uma solução constitucionalmente obrigatória o Tribunal pode emitir uma sentença manipulativa, pela simples razão de que, nesse caso, é indiferente que a operação integradora seja realizada por ele ou pelo magistrado ordinário. "Tradução nossa".

A utilização de tal técnica de decisão, largamente vista em países como Itália, Portugal e Espanha⁷⁴ deve ser fomentada na jurisdição constitucional brasileira, inclusive havendo julgados neste sentido. A dicotomia entre a situação pátria e a europeia é que nesta última há uma produção doutrinária e jurisprudencial significativa sobre o tema a fim de regular sua aplicação. Isto posto, mister um estudo sobre o instituto a fim de reforçar sua utilização e possibilitar uma atuação do STF de forma clara, sendo respaldada e aprimorada pela doutrina brasileira.

Ademais, a grande questão será encontrar a resposta constitucionalmente correta na hora do magistrado lançar mão das sentenças manipulativas com efeitos aditivos. Como visto, o STF já se vale de sentenças aditivas, sob a denominação das técnicas de interpretação conforme ou declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Não há mais espaço para decisionismos, o estabelecimento de *Standards* é necessário⁷⁵.

Destarte, mister a busca pela adequação da possibilidade de utilização de sentenças manipulativas com efeitos aditivos pelos magistrados de forma lógica com a utilização do filtro hermenêutico constitucional, a fim de dirimir possíveis omissões inconstitucionais, sem, contudo, proporcionar a multiplicação de decisionismos na jurisdição constitucional brasileira.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. - Belo horizonte: Fórum, 2012.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro* - 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012;

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRUST, Leo. A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas. *Rev. direito GV* [online]. 2009, vol.5, n.2, pp. 507-526. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/sites/default/files/14_2.pdf> Acesso em: 20 novembro 2013;

⁷⁴ Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. Versão Digital. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, pp. 1937;

⁷⁵ Vide: FERREIRA, Siddharta Legale. *Standards: o que são e como criá-los?*

_____. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. Universidad Salamanca. Facultad Derecho. Tesis Doctoral. 2011. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/83205/1/DDPG_BrustL_Lasentencia.pdf> Acesso em: 20 novembro 2013;

CAMPOS, Carlos de Alexandre de Azevedo. *Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/1124/1138>> Acesso em: 23 de junho de 2014.

FERREIRA, Siddharta Legale. Standards: o que são e como criá-los? *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 7, n. 2, ago./dez. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/51400>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos. *Revista da PGBC* – v. 5 – n. 2 – dez. 2011. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pgbcb/122011/revista_pgbc_vol5_num2.pdf>. Acesso em 29 novembro de 2013;

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Versão Digital. *Curso de direito constitucional* – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012;

_____. *Tratado de direito constitucional*, v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. Versão Digital – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012;

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª Ed. São Paulo, Atlas, 2004;

_____. *Escolha de ministros do STF precisa de mais participação de todos os poderes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/justica-comentada-escolha-stf-envolver-poderes>> Acesso em: 11 de julho de 2014.

NETTO, Cláudio P. Souza; FILHO, Ademar Borges de Sousa. *Raposa Serra do Sol expõe limites às sentenças aditivas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-07/raposa-serra-sol-expoe-limites-producao-sentencas-aditivas>>. Acesso em: 21 novembro de 2013;

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da constituição, democracia e igualdade*. Disponível em <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129 \(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129%20(3).pdf)> Acesso em: 21 de maio 2013;

ROMBOLI, Roberto. *El Control de Constitucionalidad de las leyes in Italia*. Disponível em: < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/4/est/est7.pdf> > Acesso em: 22 novembro de 2013;

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Novas tendências na jurisprudência do STF e a juristocracia*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-abr-12/diario-classe-novas-tendencias-jurisprudencia-stf-juristocracia> > Acesso em: 12 de abril de 2014.

PAIVA, Paulo Frederico. *Decisões com perfil aditivo não contrariam Constituição*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-mai-01/decisoes-perfil-aditivo-nao-sao-contrarias-constituicao> > Acesso em: 22 novembro de 2013;

_____. *Questão política pura?* Disponível em: < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/questao-politica-pura> > Acesso em: 10 de julho de 2014.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo, Malheiros Editores, 1998;

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STURLESE, Laura. *Tribunal Constitucional y Sistema Institucional Italiano*. Disponível em: < <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/626/113.pdf> >. Acesso em: 23 novembro de 2013;

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. *As sentenças aditivas na jurisdição constitucional*. Disponível em: < http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77 >. Acesso em: 29 novembro de 2013;

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. Belo Horizonte: RT, 2013.

Artigo recebido em 03 de outubro de 2014.

Artigo aprovado para publicação em 14 de dezembro de 2014.

DOI: 10.11117/1982-4564.07.20