



**Universidade de Brasília – UnB**  
**Faculdade de Direito**  
**Programa de Pós-Graduação**  
**Mestrado**

**LUCAS NOGUEIRA ISRAEL**

**A LEGITIMIDADE DAS SENTENÇAS MANIPULATIVAS  
COM EFEITOS ADITIVOS NO CONTROLE JUDICIAL DE  
CONSTITUCIONALIDADE: ENTRE A SUPREMACIA  
JUDICIAL E A SUPREMACIA PARLAMENTAR**

**BRASÍLIA**  
**2014**

**LUCAS NOGUEIRA ISRAEL**

**A LEGITIMIDADE DAS SENTENÇAS MANIPULATIVAS  
COM EFEITOS ADITIVOS NO CONTROLE JUDICIAL DE  
CONSTITUCIONALIDADE: ENTRE A SUPREMACIA  
JUDICIAL E A SUPREMACIA PARLAMENTAR**

**Dissertação apresentada ao Curso de Pós-  
Graduação em Direito como requisito parcial  
para obtenção do título de Mestre em Direito,  
Estado e Constituição pela Faculdade de Direito  
da Universidade de Brasília – UnB.**

**Orientador: Professor Doutor Gilmar Ferreira  
Mendes**

**BRASÍLIA  
2014**

**LUCAS NOGUEIRA ISRAEL**

**A LEGITIMIDADE DAS SENTENÇAS MANIPULATIVAS  
COM EFEITOS ADITIVOS NO CONTROLE JUDICIAL DE  
CONSTITUCIONALIDADE: ENTRE A SUPREMACIA  
JUDICIAL E A SUPREMACIA PARLAMENTAR**

**Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.**

**Brasília-DF, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2014.**

**O candidato foi considerado aprovado pela banca examinadora.**

---

**Professor Doutor Gilmar Ferreira Mendes**  
**Orientador**

---

**Professor Doutor Jorge Amaury Maia Nunes – UnB**  
**Membro**

---

**Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco – IDP**  
**Membro**

---

**Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins – UnB**  
**Membro Suplente**

Para Francisco e Madalena, com admiração e  
afeto.

## AGRADECIMENTOS

A elaboração de uma dissertação é um trabalho individual e, muitas vezes, solitário. Porém, essa tarefa não seria possível sem a colaboração e a ajuda de pessoas essenciais.

Agradeço ao meu orientador, professor Gilmar Ferreira Mendes, pelo incentivo e pelo apoio teórico dado durante essa longa caminhada. O interesse por esse tema surgiu a partir de suas aulas de direito constitucional na UnB. Eventuais acertos que esse trabalho possa ter são frutos do conhecimento adquirido. Muito obrigado.

Agradeço por terem, gentilmente, aceitado o convite para participarem da banca aos professores Paulo Gustavo Gonet Branco, Jorge Amaury Maia Nunes e Argemiro Cardoso Moreira Martins. Agradeço ainda ao professor Jorge Amaury pelo estímulo e pelo apoio teórico dado ainda durante o processo de seleção para o mestrado. Muito obrigado.

Agradeço ao professor Marcelo Neves pelas sugestões e pela contribuição teórica no curso da pesquisa. Suas aulas sobre teoria do estado e da constituição foram essenciais para o desenvolvimento de um juízo crítico e reflexivo.

Agradeço aos professores Marcos Faro de Castro, Juliano Zaiden Benvindo e Cláudio Ladeira de Oliveira. As aulas de filosofia política e direito constitucional foram importantes para o contraponto desta pesquisa.

Agradeço aos amigos do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais”. As discussões aos sábados foram fundamentais para o amadurecimento das minhas ideias.

Agradeço o apoio institucional do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o que faço em nome da Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito. Muito obrigado pelo incentivo.

Agradeço aos bibliotecários do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios pelo auxílio na pesquisa bibliográfica, o que faço em nome de Helen Barbosa e Daniel Ribeiro.

Agradeço a Ricardo Pereira, Clarissa Mendes e Camila Marques pelo estímulo dado na fase de elaboração do projeto de pesquisa e, posteriormente, na etapa de desenvolvimento da dissertação.

Agradeço a Márcio Maffili pelas longas e intermináveis conversas que tivemos sobre meu tema, pela leitura da minha dissertação, bem como pelas sugestões e críticas feitas ao meu trabalho. Palavras não podem expressar a minha eterna gratidão.

Agradeço a Josiane Amaral que, mesmo passando por um momento pessoal difícil, encheu-me com palavras de carinho. Não me esquecerei desse gesto de desprendimento. Muito obrigado.

Agradeço aos meus pais, Francisco e Madalena, e aos meus irmãos, Fábio e Mário, pelo apoio emocional e por terem me proporcionado um ambiente de calma e tranquilidade durante a elaboração da dissertação. Vocês constituem uma parte importante de mim.

## RESUMO

Esta dissertação estuda as sentenças manipulativas com efeitos aditivos e a legitimidade da utilização dessas decisões no controle judicial de constitucionalidade. Essas decisões surgiram na experiência institucional da Itália e, posteriormente, foram identificadas em outros países, como o Brasil. Inicialmente, o trabalho analisa o conceito e as classificações dessas técnicas decisórias, as quais se dividem em sentença aditiva, sentença aditiva de princípio e sentença substitutiva. Em seguida, a dissertação aborda as três correntes doutrinárias existentes sobre a legitimidade dessas decisões. A primeira abordagem advoga a legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos com base na noção de supremacia e perfeccionismo judicial. A segunda posição afirma a ilegitimidade dessas técnicas decisórias porque violariam o chamado dogma do legislador negativo e o princípio majoritário. A terceira corrente argumenta serem essas decisões legítimas quando são decorrentes de uma solução única e constitucionalmente obrigatória. Essas três correntes são analisadas de forma crítica. Por fim, a dissertação apresenta uma proposta para o problema da legitimidade dessas decisões que se afasta tanto da supremacia judicial quanto da supremacia parlamentar. Nessa perspectiva, o trabalho defende a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade e de suas técnicas decisórias como um arranjo institucional ou, mais precisamente, como um procedimento de tomada de decisão jurídico-político, possível de ser estabelecido em uma sociedade democrática. Ademais, a partir da noção de interação consensual ou conflituosa entre cortes e legislaturas, a dissertação propõe uma sentença manipulativa com efeitos aditivos de natureza provisória, que, assim, não vincule a atividade de legislador. Ao final, oferece parâmetros para utilização dessas técnicas com a finalidade de evitar uma sobreposição entre as instituições judiciais e parlamentares, bem como promover, em vez de enfraquecer, a deliberação democrática nas instituições eleitas.

**PALAVRAS-CHAVES:** Sentenças aditivas. Controle de constitucionalidade. Legitimidade. Procedimento de tomada de decisão. Diálogo institucional.

## ABSTRACT

This dissertation studies the manipulative sentences with additive effects and the legitimacy of the use of these decision techniques in judicial review. These decisions arose in Italy's institutional experience and, subsequently, have been identified in other countries, such as Brazil. Initially, the dissertation analyzes the concept and categories of these decision techniques, which are divided into additive sentence, additive sentence of principle and substitutive sentence. Then, it addresses the three existing doctrinal approaches about the legitimacy of these decisions. The first one advocates the legitimacy of the manipulative sentences with additive effects based on the notion of judicial supremacy and perfectionism. The second position argues the illegitimacy of these techniques because they violate the negative legislator and the majority rules. The third one claims that these decisions are legitimate when deriving from a unique and mandatory constitutional solution. These three approaches are analyzed critically. Finally, this dissertation presents a proposal to the issue of the legitimacy of these decisions that departs from both judicial supremacy and legislative supremacy. In this perspective, it defends the legitimacy of judicial review and its decision techniques such as an institutional arrangement or, more specifically, such as a legal and political decision-making procedure, that can be established in a democratic society. Furthermore, regarding the notion of consensual or conflictual interaction between courts and legislatures, the dissertation proposes a manipulative sentence with additive effects that do not bind the legislatures. At the end, it presents parameters for using these techniques in order to avoid an overlap between judicial and legislative institutions, and also in order to promote rather than undermine democratic deliberation in elected institutions.

**KEYWORDS:** Additive sentences. Judicial review. Legitimacy. Decision-making procedure. Institutional dialogue.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1 AS SENTENÇAS MANIPULATIVAS COM EFEITOS ADITIVOS.....</b>	<b>15</b>
1.1 As sentenças simples e as sentenças manipulativas com efeitos aditivos.....	15
1.2 A sentença aditiva.....	20
1.3 A sentença aditiva de princípio.....	28
1.4 A sentença substitutiva.....	31
1.5 A interpretação conforme a constituição.....	34
1.6 As sentenças manipulativas com efeitos aditivos na prática judicial do Supremo Tribunal Federal.....	42
<b>2 O DEBATE ATUAL NA DOUTRINA SOBRE A LEGITIMIDADE DAS SENTENÇAS MANIPULATIVAS COM EFEITOS ADITIVOS.....</b>	<b>53</b>
2.1 A posição favorável à legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos.....	54
2.1.1 A supremacia judicial e a natureza vinculante das sentenças aditivas em relação ao legislador.....	57
2.1.2 O caráter essencialmente contramajoritário das cortes na proteção de direitos individuais e de minorias.....	65
2.1.3 A omissão do legislador, o princípio majoritário e a proteção de minorias.....	70
2.2 A posição contrária à legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos.....	77
2.2.1. O dogma do legislador negativo.....	80
2.2.2 O dogma do legislador negativo e a prática judicial das demais decisões de inconstitucionalidade.....	89
2.2.3 A impossibilidade de utilização de sentenças manipulativas com efeitos aditivos e o quadro de supremacia parlamentar.....	93
2.3 A posição intermediária acerca da legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos.....	100

2.3.1 As sentenças manipulativas com efeitos aditivos e a solução constitucionalmente obrigatória.....	102
--	-----

<b>3 UMA PROPOSTA PARA AS SENTENÇAS MANIPULATIVAS COM EFEITOS ADITIVOS E A ANÁLISE DA PRÁTICA JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>109</b>
---	------------

<b>3.1 A legitimidade e o entrincheiramento do controle judicial de constitucionalidade como procedimento de tomada de decisão.....</b>	<b>111</b>
---	------------

<b>3.2 A relação entre cortes e legislaturas no controle de constitucionalidade: a dinâmica entre o consenso e o conflito interinstitucional.....</b>	<b>121</b>
---	------------

<b>3.3 A relação entre cortes e legislaturas no âmbito das sentenças manipulativas com efeitos aditivos.....</b>	<b>132</b>
--	------------

<b>3.4 A relação entre cortes e legislaturas: parâmetros para utilização das sentenças manipulativas com efeitos aditivos.....</b>	<b>141</b>
--	------------

<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>149</b>
-----------------------	------------

<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>155</b>
-------------------------	------------

## INTRODUÇÃO

Hamilton, no Federalista 78, ao justificar o controle de constitucionalidade pelo poder judiciário dentro do desenho institucional de separação de poderes, afirmou que esse era o poder menos perigoso e com menos meios para violar a constituição. Segundo Hamilton, as cortes, diferentemente do poder executivo, não possuíam a força pública nem as honrarias; e, diferentemente do poder legislativo, não detinham o dinheiro e tampouco dispunham dos direitos e deveres dos membros da comunidade. Em resumo: o judiciário não tinha a “espada” nem a “bolsa”, não tinha a “força” nem a “vontade”, mas somente o julgamento (HAMILTON, 2010, p. 458).

Essas observações permitiram a Hamilton chegar a três conclusões: 1) “que o Poder Judiciário é sem questão alguma o mais fraco dos três [poderes]”; 2) “que, por isso mesmo, não pode atacar nenhum dos dois outros com boa esperança do resultado”; 3) “que é preciso dar-lhe todos os meios possíveis [dentre eles, o controle de constitucionalidade] para poder defender-se dos outros dois” (HAMILTON, 2010, p. 458).<sup>1</sup>

Certamente Hamilton, ao defender essas ideias, não imaginava a dimensão que o controle judicial de constitucionalidade ganharia tanto na experiência institucional norte-americana quanto em democracias mais recentes, como o Brasil. Paulatinamente, a afirmação de que as cortes eram instituições intrinsecamente contramajoritárias e possuíam a palavra final em matéria de direitos fundamentais tornou-se comum. A par disso, temas dos mais diversos (políticos, econômicos, morais, científicos) tornaram-se objetos de apreciação pelo poder judiciário e, nos jornais e revistas, as cortes passaram a ocupar cada vez mais os cadernos de política, economia, ciência, cultura.

Como retrato da dimensão que ganhou o controle judicial de constitucionalidade no desenho político-institucional, podem ser citadas, no contexto estadunidense, decisões da Suprema Corte norte-americana, como *Brown v. Board of Education* (que versou sobre a segregação racial nas escolas públicas), *Roe v. Wade* (que apreciou a questão do aborto), *United States v. Windsor* (que apreciou a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo), *Bush v. Gore* (que tratou do resultado das eleições presidenciais).<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Essas observações, posteriormente, foram o ponto de partida de Bickel (1962) em sua obra: “*The Least Dangerous Branch*”.

<sup>2</sup> Esse fenômeno foi retratado nos Estados Unidos como *juristocracy* ou *judicial supremacy*. Cf.: WHITTINGTON, 2007; KRAMER, 2004.

De igual maneira, no cenário brasileiro, temas como união homoafetiva, aborto de anencéfalos, legalização da maconha, ações afirmativas, utilização de células-tronco, perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária, verticalização eleitoral, financiamento de campanha eleitoral foram ou são objetos de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>3</sup>

Nesse ínterim, já no continente europeu, em especial na segunda metade de século XX, surgiram na Itália decisões que, dogmaticamente<sup>4</sup>, foram denominadas pela doutrina italiana de sentenças manipulativas com efeitos aditivos, ou simplesmente sentenças<sup>5</sup> aditivas (em sentido amplo). Segundo essa doutrina, essas decisões fugiriam do dogma do legislador negativo da jurisdição constitucional, segundo o qual as cortes não criariam direito.

Em linhas gerais, as sentenças manipulativas com efeitos aditivos ou sentenças aditivas (gênero) são definidas como decisões que manipulam o conteúdo da norma objeto de apreciação pela corte com a produção de efeitos aditivos. Elas dividem-se em: sentenças aditivas (espécie), sentenças aditivas de princípio e sentenças substitutivas.

A presente dissertação tem por objeto o estudo dessas técnicas decisórias e de sua legitimidade. Na doutrina, existem, basicamente, três correntes sobre o tema. A primeira abordagem, a partir de uma compreensão associada à supremacia e ao perfeccionismo judicial, defende a legitimidade dessas decisões, em linhas gerais, por serem os tribunais os guardiões da constituição e por serem essas decisões indispensáveis para proteger o cidadão contra as omissões tirânicas do legislador. Por sua vez, a segunda posição sustenta serem essas decisões inadmissíveis, grosso modo, por violarem o dogma teórico do legislador negativo da jurisdição constitucional e a regra majoritária, de modo que caberia apenas ao legislador a supressão de omissões. Por fim, a terceira corrente advoga uma posição intermediária e, nesse sentido, afirma que essas decisões são legítimas quando decorrem de uma solução *a rime obbligate*<sup>6</sup>, ou seja, quando são fruto de uma solução constitucionalmente obrigatória que, dessa forma, não violaria o campo de atuação do legislador democrático, porque ele não poderia atuar de maneira diversa.

Pretende-se, neste trabalho, analisar de forma crítica essas três correntes doutrinárias com a pretensão de afastar-se delas. Em seguida, a partir de uma análise procedimental e institucional do controle judicial de constitucionalidade, busca-se apresentar uma proposta

---

<sup>3</sup> Esse fenômeno foi retratado por Vieira (2008) como “supremocracia”. O termo tem referência “à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes” (VIEIRA, 2008, p. 445).

<sup>4</sup> Dogmática é a reflexão do sistema jurídico dentro do próprio sistema, o que lhe permite conferir identidade. Cf.: NEVES, 2013, p. 119.

<sup>5</sup> Nesta dissertação, emprega-se o termo “sentença” em sentido amplo e, dessa forma, como sinônimo de decisão ou de acórdão. Opta-se pela expressão “sentença aditiva” por fidelidade à origem do instituto, tal como concebido na Itália.

<sup>6</sup> Em tradução literal: solução “de rimas obrigatórias”.

para as sentenças com efeitos aditivos que se distancie tanto da supremacia judicial quanto da supremacia parlamentar.

No primeiro capítulo, serão abordados os conceitos e as categorizações das sentenças manipulativas com efeitos aditivos. Em um primeiro passo, analisar-se-á a diferenciação dogmática entre sentenças simples e sentenças manipulativas, bem como a diferenciação entre sentenças manipulativas com efeitos aditivos e sentenças manipulativas com efeitos redutivos. Em seguida, tratar-se-á da conceituação das espécies de sentenças manipulativas com efeitos aditivos: sentença aditiva (em sentido estrito), sentença aditiva de princípio e sentença substitutiva. A par da análise sobre a conceituação dessas técnicas decisórias, serão examinados precedentes da Corte Constitucional italiana em que essas técnicas foram empregadas. Outrossim, será analisada a conexão entre a técnica de interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas com efeitos aditivos. No final do primeiro capítulo, com o intuito de tornar o tema mais próximo da realidade institucional brasileira, empreender-se-á o exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o fim de investigar a presença de sentenças com efeitos aditivos, bem como enfatizar a diferença entre o discurso judicial e a prática do tribunal quando trata da matéria.

No segundo capítulo, serão examinadas de maneira crítica as três correntes doutrinárias sobre a legitimidade das sentenças com efeitos aditivos. De início, abordar-se-á os argumentos da posição favorável à legitimidade dessas técnicas decisórias. Dentro dessa corrente, será discutida a questão da supremacia judicial e da natureza vinculante das sentenças com efeitos aditivos em relação ao legislador. Também será questionado o caráter essencialmente contramajoritário das cortes constitucionais presente na primeira corrente, bem como será enfrentada a problemática referente à omissão do legislador e à proteção de minorias. Em segundo passo, serão abordados os argumentos da corrente contrária à legitimidade das sentenças com efeitos aditivos. No âmbito dessa corrente, será discutido o problema do legislador negativo, segundo o qual as cortes constitucionais devem limitar-se a exercer um papel negativo, sem construção ou criação do direito. Será debatido se essa limitação metafísica tem razão de existir na teoria kelseniana de separação de poderes e na realidade prática das cortes. Ainda dentro da corrente contrária às sentenças com efeitos aditivos, será analisada a conexão entre a impossibilidade de utilização dessas técnicas decisórias e a supremacia parlamentar. Por fim, serão examinados os fundamentos da corrente intermediária que afirma serem essas decisões legítimas quando decorrentes de uma solução constitucionalmente obrigatória. Nesse contexto, será analisada se a limitação proposta pela corrente intermediária, de fato, atinge sua finalidade. Além disso, será discutida a

problemática referente à existência de uma resposta correta e única no âmbito da interpretação judicial. Ao final do segundo capítulo, será considerada a possibilidade de estabelecimento de limitações institucionais às sentenças com efeitos aditivos.

No terceiro capítulo, a partir das críticas feitas às três correntes doutrinárias, será apresentada uma proposta para o problema da legitimidade das sentenças com efeitos aditivos. Em um primeiro passo, analisar-se-á a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade – e de suas técnicas decisórias – como procedimento de tomada de decisão jurídico-político, possível de ser estabelecido em uma sociedade democrática. Em seguida, será examinada a interação entre cortes e legislaturas no âmbito do controle de constitucionalidade – e das sentenças com efeitos aditivos – a partir de um diálogo interinstitucional que se afaste tanto da supremacia judicial quanto da supremacia parlamentar, bem como possibilite tanto a ação coordenada quanto conflituosa entre as instituições. Em consequência, defender-se-á que as sentenças manipulativas com efeitos aditivos tenham natureza provisória no sentido de não vincular a ulterior atividade do legislador. Por derradeiro, serão apresentados alguns parâmetros para a utilização das sentenças manipulativas com efeitos aditivos com a finalidade de evitar a sobreposição entre os procedimentos judiciais e parlamentares e de promover a deliberação democrática nas instituições eleitas.

# 1 AS SENTENÇAS MANIPULATIVAS COM EFEITOS ADITIVOS

## 1.1 As sentenças simples e as sentenças manipulativas com efeitos aditivos

Dogmaticamente, no âmbito do controle judicial de constitucionalidade, as sentenças simples são decisões que: (1) acolhem o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei e, por consequência, retiram-na do ordenamento jurídico; (2) rejeitam o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei e mantêm-na no ordenamento jurídico (SANCHEZ, 1998, p. 285; MORAIS, 2005, p. 238).

As sentenças simples fundam-se na ideia de que a jurisdição constitucional está limitada pelo que a doutrina convencionou denominar de legislador negativo. Isto é, no exercício do controle de constitucionalidade, a corte deve somente exercer um juízo de exclusão, em que a lei reputada inconstitucional é suprimida do ordenamento jurídico – função legislativa em sentido negativo –, sem, no entanto, criar direito.

Trata-se, portanto, de um controle judicial de constitucionalidade que transcorre de forma linear (ELIA, 1985, p. 316). Nele, a lei impugnada é compatível ou incompatível com a constituição – na verdade, com a interpretação que a corte confere à constituição. No primeiro caso, rejeita-se o pedido de inconstitucionalidade; no segundo, acolhe-se o pedido e pronuncia-se a inconstitucionalidade da lei com efeitos retroativos – quando se adota o modelo de nulidade – ou sem efeitos retroativos – quando se adota o modelo de anulabilidade.

O modelo de nulidade absoluta foi consagrado nos Estados Unidos, em especial a partir de *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana em 1803<sup>7</sup>. A tese, em

---

<sup>7</sup> Embora *Marbury v. Madison* seja um marco da história do controle judicial de constitucionalidade, Thayer destaca que já havia sinais dessa prática antes mesmo da guerra da independência norte-americana entre 1775 a 1783. Como colônia britânica, uma das formas de implementar a autoridade da Coroa era a anulação da legislação local, quando em contradição com as leis da Inglaterra, por meio de procedimentos judiciais perante cortes locais e por apelo último ao *Privy Council*. Com a independência dos Estados Unidos, a prática da revisão judicial da legislação manteve-se em alguns estados da federação, mas agora com base em constituições estaduais. Foi o que ocorreu em Connecticut, Rhode Island, North Carolina, dentre outros. Sobre o tema, cf.: THAYER, 1893, p. 130-139. Também sobre as origens do controle judicial de constitucionalidade nos estados americanos antes de *Marbury v. Madison*, cf.: KRAMER, 2004, p. 35-72.

linhas gerais, era de que a lei contrária à constituição não era lei e, por isso, era nula desde o princípio.

Já o modelo de anulabilidade foi adotado na Áustria com a Constituição de 1920, que estabeleceu uma corte constitucional como único órgão competente para desempenhar o controle de constitucionalidade das leis. A tese teve influência direta de Kelsen (2013c, p. 249) que defendia a cassação da lei em conflito com a constituição por uma decisão judicial com natureza constitutiva.<sup>8</sup> O modelo foi adotado por outros países europeus, como a Itália.

Entretanto, em ambos os modelos, as decisões eram limitadas ao binômio constitucionalidade e inconstitucionalidade da lei. Dessa maneira, rejeitava-se o pedido de inconstitucionalidade da lei ou reconhecia-se a inconstitucionalidade com ou sem efeitos retrativos.

Posteriormente, na segunda metade do século XX, notadamente na Itália<sup>9</sup>, surgiram decisões que procuraram uma via intermediária ou alternativa entre o simples acolhimento e a mera rejeição do pedido de inconstitucionalidade. Elas foram denominadas de sentenças manipulativas<sup>10</sup> pela doutrina italiana.

Segundo Crisafulli (1976, p. 1703), essas decisões nasceram a partir de uma exigência prática da Corte Constitucional italiana de suprir vazios deixados pelo legislador ou pela própria decisão de inconstitucionalidade da lei.

---

<sup>8</sup> Nesse sentido, a Constituição austríaca, nos termos dos arts. 140 e 140a, prevê que a anulação da lei inconstitucional produza efeitos a partir do dia da publicação da decisão da corte constitucional. No entanto, a decisão não será aplicada em relação ao caso concreto que provocou a anulação, bem como é possível que a decisão tenha os efeitos suspensos pelo prazo máximo de um ano. Cf.: KELSEN, 2013b, p. 304-305.

<sup>9</sup> Embora sejam um traço marcante da experiência institucional italiana, as sentenças manipulativas estão presentes na jurisdição constitucional de Portugal, Espanha, Áustria, Alemanha, Estados Unidos, dentre outros. Sobre o tema, ver: SAMPAIO, 2001, p. 168-170; MORAIS, 2005, p. 253-277. Por exemplo, no caso alemão, destacam-se a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (§ 31, al. 2, da LTC), as medidas transitórias dadas pelo tribunal constitucional em caso de vazios legislativos (§ 32 da LTC) e as decisões de rejeição com apelo ao legislador. Por sua vez, nos Estados Unidos, embora o termo sentença manipulativa não seja empregado, existem também decisões de perfil aditivo. Por exemplo, as decisões da Suprema Corte *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), que criou uma série de regras a serem mencionadas aos acusados presos criminalmente ou *United States v. Windsor*, 570 U.S. (2013), que declarou inconstitucional a lei federal de defesa do casamento (*DOMA Act*). Nesta última, a corte declarou a inconstitucionalidade da lei na parte em que define o casamento como a união entre o homem e a mulher por violação ao princípio da igualdade, no entanto, adotou uma decisão minimalista e não se pronunciou sobre o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo em todo território estadunidense, porque entendeu que cabe a cada estado disciplinar o tema.

<sup>10</sup> A expressão sentença manipulativa foi introduzida no léxico-jurídico por Elia (1965, p. 562). Conquanto o termo manipulativo seja majoritariamente utilizado (ZAGREBELSKY, 1977, p. 156; CRISAFULLI, 1984, p. 405; ROMBOLI, 1999, p. 192; GUASTINI, 2003, p. 65; dentre outros), fala-se também em sentenças intermédias (RIZZA, 1973, p. 320), sentenças integrativas (PICARDI, 1977, p. 603), sentenças normativas (SILVESTRI, 1981, p. 1695) e sentenças criativas (MODUGNO, 1985, p. 564). No Brasil, Sampaio (2001, p. 163) usa a expressão sentenças intermediárias e as divide em: sentenças normativas (interpretação conforme a constituição, aditivas, aditivas de princípio e substitutivas) e sentenças transativas ou transacionais (inconstitucionalidade sem efeito ablativo, inconstitucionalidade com ablação diferida, apelativas e de aviso).

Nesse sentido, Vega (2003, p. 226) sublinha que fatores técnico-jurídicos e político-institucionais contribuíram para que as sentenças manipulativas se tornassem uma característica do sistema constitucional da Itália.

Dentre os fatores técnico-jurídicos estavam: a) a necessidade de mitigar o disposto no artigo 136.1 da Constituição, segundo o qual a lei declarada inconstitucional “deixa de ter eficácia no dia seguinte ao da publicação da decisão”; b) a ausência de efeito *erga omnes* e de eficácia vinculante das sentenças interpretativas de rejeição; c) a possibilidade de evitar que a decisão proferida pela corte constitucional ocasione vazios no ordenamento a partir de decisões autoaplicativas (VEGA, 2003, p. 226-229).

De outro lado, encontravam-se nos fatores político-institucionais: a) a existência de uma Constituição com forte carga programática; b) a continuidade de um ordenamento jurídico infraconstitucional com fortes resquícios do período autoritário do fascismo; c) a ineficácia do parlamento em dar uma resposta em tempo socialmente adequado às demandas de atuação da Constituição; d) a necessária adequação do ordenamento legal preexistente à ordem constitucional vigente; e) a ausência de um instrumento de tutela direta de direitos fundamentais, tal como o recurso de amparo espanhol ou a reclamação constitucional alemã – *Verfassungsbeschwerde* (VEGA, 2003, p. 229-235).

Somado a esses fatores, destaca-se o fato de a Corte Constitucional italiana, diferentemente de outros tribunais (em especial, os europeus), não ter se preocupado em esconder ou dissimular o poder criativo, ou construtivo, existente na interpretação judicial do direito (SANCHEZ, 1998, p. 306).

Por outro lado, uma vez surgidas as sentenças manipulativas na prática judicial italiana, veio a necessidade de sistematização teórico-dogmática pela doutrina.

Em sentido amplo, as sentenças manipulativas, diversamente das sentenças simples, são decisão em que o juízo de constitucionalidade ocorre de forma complexa. Nesse sentido, elas constituem decisões que manipulam: (1) os efeitos no tempo da decisão de inconstitucionalidade; (2) o conteúdo da norma submetida a julgamento (RUGGERI; SPADARO, 2004, p. 139; MORAIS, 2005, p. 240).<sup>11</sup>

No primeiro grupo, estão pronunciamentos em que a manipulação ocorre quanto ao aspecto temporal da norma impugnada. Eles compreendem: (a) a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade – declara-se a lei inconstitucional, mas não a

---

<sup>11</sup> A combinação desses dois tipos de pronunciamentos pode ocorrer. Assim, é possível uma sentença manipular o conteúdo da norma impugnada e, ao mesmo tempo, modular seus efeitos no tempo. Sobre o tema, cf.: RUGGERI; SPADARO, 2004, p. 147.

retira do ordenamento jurídico; (b) a declaração de inconstitucionalidade diferida – declara-se a lei inconstitucional, porém afirma outro momento no futuro para a incidência do vício; (c) a declaração de constitucionalidade provisória – rejeita-se o pedido de inconstitucionalidade, mas assevera tratar-se de situação de constitucionalidade temporária, com o fim de incentivar o legislador a promover alteração legislativa futura (RUGGERI; SPADARO, 2004, p. 148-156).<sup>12</sup>

No segundo grupo, encontram-se pronunciamentos em que a manipulação ocorre quanto ao aspecto material. Eles abrangem: (a) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto<sup>13</sup>; (b) a interpretação conforme a constituição; (c) a sentença aditiva; (d) a sentença aditiva de princípio; (e) a sentença substitutiva.

Por sua vez, em sentido mais estrito, as sentenças manipulativas ficam adstritas ao segundo grupo de pronunciamentos. Nessa perspectiva, as sentenças manipulativas – de conteúdo – são definidas como decisões que manipulam o significado da norma posta em julgamento, de maneira que a norma desponte do juízo de constitucionalidade em conformidade com a constituição. Essa acepção mais estrita é a encontrada com maior frequência na doutrina italiana.

Nesse sentido, Malfatti, Panizza e Romboli (2003, p. 136) definem as sentenças manipulativas como aquelas em que a corte “procede uma modificação e integração das disposições submetidas ao seu exame, de modo que estas saiam do juízo constitucional com um âmbito normativo e conteúdo diverso daquele originário.” Segundo os autores, elas são decisões autoaplicativas, na medida em que o órgão judicial modifica diretamente a norma objeto de exame e indica “o caráter imediato de seus efeitos que prescindem de qualquer intervenção parlamentar sucessiva.” (MALFATTI; PANIZZA; ROMBOLI, 2003, p. 305).

Na mesma linha, Guastini (2003, p. 65) considera as sentenças manipulativas como pronunciamentos por meio dos quais a “Corte Constitucional não se limita a declarar a inconstitucionalidade das normas que lhe são submetidas, mas que – comportando-se como um legislador – modifica diretamente o ordenamento com o objetivo de harmonizá-lo com a Constituição”.

<sup>12</sup> Diversamente da Itália, no Brasil, a modulação desses efeitos está prevista no artigo 27 da Lei 9.868/1999.

<sup>13</sup> Os italianos, comumente, chamam as sentenças de inconstitucionalidade parcial de sentenças redutivas. Eles incluem nesse grupo tanto a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto quanto a inconstitucionalidade parcial com redução de texto. Ver: ZAGREBELSKY, 1987, p. 654; CERRI, 1994, p. 94-95; RUGGERI; SPADARO, 2004, p. 141-142. Contudo, a inconstitucionalidade parcial com redução de texto, ainda que tenha algum tipo de efeito modificativo (por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade da disposição normativa na parte em que contém uma regra de exclusão explícita), é, na verdade, uma sentença simples que importa na eliminação parcial de determinada disposição normativa.

Em sentido próximo, embora com enfoque para a natureza interpretativa desses pronunciamentos, Crisafulli (1984, p. 405) conceitua as sentenças manipulativas como “decisões interpretativas de acolhimento” que têm como característica comum afetar a norma atribuída à disposição normativa e não a própria disposição normativa<sup>14</sup>. Tais sentenças, por isso, exigem uma releitura da disposição normativa. Esta, embora preserve sua validade, passa a exprimir norma diversa daquela que foi declarada inconstitucional.

Em regra, a doutrina italiana associa as sentenças manipulativas às decisões com perfil aditivo. Nesse rumo, diversos autores apontam como os tipos principais de sentenças manipulativas: a sentença aditiva, a sentença substitutiva (CRISAFULLI, 1984, p. 406-409, GUASTINI, 2003, p. 65-66; MALFATTI; PANIZZA; ROMBOLI, 2003, p. 136), assim como, mais recentemente, a sentença aditiva de princípio (RUGGERI; SPADARO, 2004, p. 143). Essas três técnicas de decisão formam, genericamente, o que se denomina na doutrina como sentenças manipulativas com efeitos aditivos ou simplesmente como sentenças aditivas em sentido amplo (MORAIS, 2005, p. 364)<sup>15</sup>.

Entretanto, a despeito de as sentenças manipulativas estarem comumente relacionadas à produção de efeitos aditivos, a manipulação de conteúdo ou do âmbito de incidência da norma impugnada pode gerar efeitos redutivos. É dizer: a sentença manipulativa, além de aditiva, pode ser redutiva. É o que ocorre com a declaração de nulidade parcial sem redução de texto (ZAGREBELSKY, 1987, p. 654; RUGGERI; SPADARO, 2004, p. 141-142) e com a interpretação conforme a constituição (CERRI, 1994, p. 94-95) a depender do resultado interpretativo. Na primeira, a redução normativa está na eliminação de uma das hipóteses de aplicação da norma atribuída ao texto<sup>16</sup>. Já na segunda, a redução normativa está na exclusão

<sup>14</sup> De acordo com Zagrebelsky (1987, p. 654), a distinção entre disposição normativa e norma abriu espaço para o surgimento das sentenças manipulativas. Com efeito, disposição normativa (ou texto da norma) é a forma linguística por meio da qual a norma se expressa – nível do significante –, e norma é sentido atribuído à disposição normativa – nível do significado – ou ao resultado da interpretação da disposição normativa. Sobre a diferenciação entre norma e texto da norma, embora com conceitos não coincidentes, cf.: NEVES, 2013, p. 1-9; MÜLLER, 2010, p. 54-61

<sup>15</sup> Morais (2005, p. 376-379) inclui no grupo das sentenças aditivas em sentido amplo a sentença demolitória com efeitos necessariamente aditivos. Esta consiste em decisão que declara inconstitucional lei específica que restrinja certo direito, de maneira que outra lei – cujo conteúdo encontrava-se restringido pela primeira – passe a expandir automaticamente seus efeitos. Entretanto, a sentença demolitória é, rigorosamente, uma decisão simples que, ao declarar inconstitucional lei específica, tem como consequência indireta a aplicação de lei geral. Sobre o tema, cf.: RUGGERI; SPADARO, 2004, p. 144.

<sup>16</sup> A inconstitucionalidade parcial sem redução de texto consiste na exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação da norma sem que haja alteração no texto normativo. Declara-se, portanto, a inconstitucionalidade de determinada hipótese de aplicação da norma atribuída ao texto (a norma é inconstitucional se aplicada à hipótese H1, mas não à hipótese H2), sem proceder qualquer alteração na disposição normativa. Daí a expressão “sem redução de texto”. No Brasil, a declaração de nulidade parcial sem redução de texto está prevista no artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999. Sobre o tema, cf.: BRANCO; MENDES, 2011, p. 1368; BITTENCOURT, 1968, p. 128.

de um dos significados atribuíveis à disposição normativa, o que, porém, não impede que o significado apontado como constitucional produza efeitos aditivos.

Analisado o conceito de sentenças manipulativas, o objeto de estudo desta dissertação são as sentenças manipulativas com efeitos aditivos, também denominadas de sentenças aditivas (gênero), que se dividem, como visto, em sentença aditiva (espécie), sentença aditiva de princípio e sentença substitutiva.

Nesse contexto, a seção 1.2 trata da conceituação dogmática da sentença aditiva (espécie) e da sua relação com a omissão legislativa. Além disso, esta seção aborda a diferenciação entre sentença aditiva de prestação e sentença aditiva de garantia, bem como apresenta exemplos de sentenças aditivas na jurisprudência da Corte Constitucional italiana. Em seguida, a seção 1.3 analisa o conceito de sentença aditiva de princípio, assim como destaca exemplos de sua utilização na prática judicial italiana. Já a seção 1.4 versa sobre o conceituação da sentença substitutiva, bem como aponta precedentes em que referida técnica decisória foi utilizada. Por sua vez, a seção 1.5 discute a conexão entre os limites da interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas com efeitos aditivos. Por fim, a seção 1.6 examina a utilização de sentenças manipulativas com efeitos aditivos na experiência institucional do Supremo Tribunal Federal com enfoque para a diferença entre o discurso e a prática judicial.

## 1.2 A sentença aditiva

A sentença aditiva ou adjuntiva<sup>17</sup> configura técnica de decisão em que se declara a inconstitucionalidade da disposição normativa na parte em que não prevê<sup>18</sup> algo que deveria dispor para estar em conformidade com a Constituição; e, ao mesmo tempo, como consequência dessa declaração, atribui-se à disposição normativa impugnada norma com conteúdo mais amplo.

---

<sup>17</sup> A expressão sentença aditiva foi inserida na dogmática-jurídica por Lavagna (1984) com o artigo “*Sulle sentenze additive della Corte Costituzionale*”. Sobre a origem da expressão, ver: BRANCO, 2009, p. 117. A doutrina utiliza também a expressão sentença adjuntiva. Cf.: ZAGREBELSKY, 1977, p. 157; PIZZORUSSO, 1982, p. 307; CRISAFULLI, 1984, p. 407.

<sup>18</sup> A sentença aditiva, em geral, adota a fórmula “na parte em que não prevê/contém/compreende” (RUGGERI; SPADARO, 2004, p. 142).

Por meio da sentença aditiva, a corte constitucional intervém, conforme Zagrebelsky (1987, p. 655), para declarar “inconstitucional a disposição normativa ‘na parte em que não’ prevê algo que deveria prever” ou, nas palavras de Guastini (1991, p. 136), para declarar inconstitucional “uma disposição ‘na parte em que não prevê’ uma certa coisa quando deveria prever para ser conforme com a constituição”.

O que é inconstitucional é a ausência de previsão textual, a falta de algo. A partir dessa premissa, a decisão de inconstitucionalidade atinge uma norma (ideal) negativa atribuída à disposição normativa pelo intérprete. No entanto, com a eliminação desse obstáculo (implícito), a norma passa a expandir seus efeitos, de modo a resultar do juízo constitucional com um âmbito normativo mais extenso (ZAGREBELSKY, 1977, p. 157; CRISAFULLI, 1984, p. 403-404).

A sentença aditiva, portanto, tem como escopo remediar a deficiência de disciplina considerada constitucionalmente ilegítima pela corte e, simultaneamente, determinar efeito normativo mais amplo do que aquele que era atribuível à disposição normativa antes da decisão (ELIA, 1985, p. 302; LAVAGNA, 1984, p. 669). Em outras palavras: a sentença aditiva provoca a extensão ou ampliação do conteúdo normativo de forma que a norma atribuída ao dispositivo normativo pelo juízo de constitucionalidade passe a conter algo que o texto da disposição não prevê expressamente.

Dessa forma, por meio da sentença aditiva, tem-se a inconstitucionalidade da lei, porque “falta” certa hipótese que, porém, “vem concretamente indicada/criada pelo mesmo juízo de inconstitucionalidade.” (RUGGERI; SPADARO, 2004, p. 142-143); ou, conforme destaca Morais (2005, p. 380), por intermédio dessa técnica de decisão, declara-se a inconstitucionalidade da norma de exclusão implícita e, ao mesmo tempo, repara-se a lacuna gerada pela nulidade com a identificação de uma norma aplicável à espécie.

Por exemplo, uma disposição normativa atribui direitos a um grupo de sujeitos S1, mas nada dispõe em relação ao grupo S2. No entanto, segundo o entendimento da corte, a disposição normativa deveria atribuir direitos a S1 e a S2 para estar em conformidade com a constituição. Por conseguinte, declara-se inconstitucional a disposição normativa na parte em que não prevê S2, de maneira que a norma atribuída à disposição normativa passe a conferir direitos a S1 e a S2. Dito de outro modo: é como se a corte declarasse inconstitucional uma norma (ideal) que excluísse o grupo de sujeitos S2, e, concomitantemente, atribuisse à disposição normativa impugnada uma norma que contivesse S1 e S2. Nesse segundo momento, é que ocorre o efeito aditivo (GUASTINI, 2003, p. 65).

Como se constata, a sentença aditiva tem um caráter binário ou bilateral (ELIA, 1985, p. 304; MORAIS, 2005, p. 370). Em um primeiro momento, declara-se a inconstitucionalidade da norma de exclusão deduzida a *contrario sensu* da disposição normativa (componente ablativa ou demolitória). No segundo momento, indica-se a norma que faltava para o dispositivo impugnado estar em consonância com a Constituição (componente reconstrutiva ou aditiva).

O momento inicial é rescindente, constituído de uma declaração de inconstitucionalidade de uma norma de exclusão ideal. Já o momento final é aditivo, fundado na necessidade de: a) preencher a omissão censurada pela parte ablativa da declaração de inconstitucionalidade; b) integrar a lacuna gerada pelo juízo de inconstitucionalidade; e c) reconstruir o sentido da norma posta em exame (MORAIS, 2005, p. 382).

Dessa forma, por intermédio dessa técnica de decisão, a corte pode controlar a carência legislativa e, por conseguinte, a omissão do legislador, que, no seu entendimento, esteja em desconformidade com a constituição.

O juízo de constitucionalidade sobre a deficiência legislativa, no entanto, não é mais negativo, porém positivo (ELIA, 1985, p. 303-304; VEGA, 2003, p. 238-239). Ele tem “o efeito de introduzir indiretamente a disciplina que faltava” (CRISAFULLI, 1984, p. 404), na medida em que se estende o âmbito normativo da disposição impugnada a situação semelhante, em regra, por meio da analogia<sup>19</sup>. Em resumo: a sentença aditiva tem o efeito de atribuir à disposição normativa impugnada uma norma – em regra, tirada por analogia – destinada a regular hipótese similar à prevista pelo legislador.

Percebe-se, portanto, que a sentença aditiva está associada a um quadro de omissão legislativa parcial ou relativa. A omissão parcial, segundo a doutrina, ocorre sempre que o legislador atuar de forma incompleta no cumprimento do dever de legislar (MORAIS, 2005, p. 457). Em outras palavras: a omissão parcial ocorre quando “o legislador já actuou em

---

<sup>19</sup> Analogia significa a “a transposição da regra dada na lei para uma previsão (A), ou para várias previsões semelhantes entre si (de A<sup>1</sup> a A<sup>x</sup>) para a previsão B semelhante a A, a qual não está regulada na lei, e é imaginada pelo julgador [...]. Essa transposição funda-se no reconhecimento de que em todos esses casos é apropriada a mesma apreciação jurídica; em virtude da sua semelhança, a consequência jurídica de A vigora por analogia também para B” (LARENZ, 1969, p. 438-439). Ademais, vale destacar que semelhança não significa identidade, mesmo porque se idênticas as situações, desnecessária a analogia. Assim, quando se diz que duas situações são semelhantes entre si, “quer dizer que coincidem uma com a outra sob determinados aspectos, mas não em outros. As previsões não podem portanto nem ser iguais nem absolutamente desiguais; a sua comparação, assim possível, terá como resultado [...] que a igualdade prevalece sobre a diferença” (LARENZ, 1969, p. 439).

cumprimento do seu dever, mas, por alguma razão, não levou a sua tarefa até o fim” (SILVA, 2003, p. 89).<sup>20</sup>

A seu turno, a omissão relativa acontece quando há violação ao princípio da igualdade. Nesse sentido, ela ocorre quando o legislador aprova uma lei que confere direitos ou obrigações para determinada categoria de pessoas ou para determinadas situações, mas se abstém de aplicar o mesmo regime a outra categoria ou a outras situações merecedoras de tratamento isonômico. Trata-se, dessa forma, de uma inconstitucionalidade relativa. Não porque é uma inconstitucionalidade de menor gravidade, mas porque o regime de tratamento diferenciado é inconstitucional quando comparados dois grupos de pessoas ou duas situações (MORTATI, 1972, p. 927-928; MORAIS, 2005, p. 458).<sup>21 22</sup>

Examinado o conceito de sentença aditiva e sua conexão com a omissão legislativa, cabe agora analisar alguns exemplos de sua utilização na prática judicial da Corte Constitucional italiana.

A primeira sentença aditiva da Corte Constitucional italiana foi a sentença 168/1963 (ELIA, 1985, p. 301; VEGA, 2003, p. 221). O julgamento versou sobre a constitucionalidade de dispositivos da Lei 195/1958, que instituiu o Conselho Superior da Magistratura. O artigo 10, parágrafo primeiro, da referida lei dispôs competir ao Conselho Superior da Magistratura deliberar sobre recrutamentos, transferência e promoção de magistrados. Por outro lado, o artigo 11, parágrafo primeiro, atribuiu ao ministro da Justiça a iniciativa para formular os pedidos de recrutamento, transferência e promoção de magistrados. Alegou-se a inconstitucionalidade do segundo dispositivo, sob o fundamento de ferir a autonomia do poder judiciário. A corte entendeu que, se de um lado a autonomia do Conselho Superior da Magistratura deveria ser preservada, do outro, os artigos 107 e 110 da Constituição

---

<sup>20</sup> A omissão parcial diferencia-se da omissão total, que ocorre quando o legislador descumpre integralmente o dever de legislar.

<sup>21</sup> A omissão relativa distingue-se da omissão absoluta, que ocorre quando não há violação ao princípio da igualdade (MORAIS, 2005, p. 458). De outro lado, vale registrar que alguns autores denominam a omissão relativa também de omissão parcial. Nesse sentido, cf.: BRANCO; MENDES, 2011, p. 1086.

<sup>22</sup> Ainda no campo da omissão legislativa, cumpre destacar que a doutrina, comumente, diferencia a omissão da lacuna legislativa. Afirma-se que a omissão é um inadimplemento voluntário de um dever de legislar, ao passo que a lacuna é um inadimplemento involuntário, isto é, uma incompletude contrária à intenção do legislador. Nesse sentido, cf.: LARENZ, 1969, p. 436-437; MORTATI, 1972, p. 927. No entanto, salvo para aqueles que acreditam que interpretar é descobrir a vontade do legislador, a diferenciação citada expressa dificuldades significativas. Primeiro, porque o legislador não é um ente único dotado de manifestação volitiva. Segundo, porque a intenção do legislador é um conceito de caráter metafísico, de difícil realização no mundo empírico. Outrossim, além do problema da vagueza e da ambiguidade da linguagem jurídica, a dificuldade de se fazer um resgate histórico fidedigno que retrate a suposta intenção do legislador é patente. Basta indagar por que meios o juiz descobre a suposta intenção do legislador sem que isso resulte em um mero decisionismo judicial. Dessa forma, entende-se ser irrelevante saber a intencionalidade do legislador. O que interessa é o fato objetivo da incompletude da disposição normativa. Incompletude que, no entendimento da corte, é inconstitucional e que, portanto, abriria espaço para a prolação de uma sentença aditiva.

estabelecem formas de cooperação do ministro da Justiça com o poder judiciário<sup>23</sup>. Nesse contexto, conforme entendimento da corte, embora o artigo 11 não fosse inteiramente inconstitucional, ele deveria prever a iniciativa do Conselho Superior da Magistratura para a formulação de requerimentos de recrutamento, transferência e promoção de magistrados, ao lado da iniciativa do ministro da Justiça. A corte, assim, declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo na parte em que não previu – ou excluiu de forma implícita – a iniciativa do próprio Conselho Superior da Magistratura.

Na mesma linha, seguiram-se outras decisões. Por exemplo, a sentença 190/1970 em que a corte italiana apreciou a constitucionalidade do artigo 304, parágrafo primeiro, do Código de Processo Penal, que previu apenas a presença do Ministério Público no interrogatório do acusado. Em atenção aos princípios da paridade de armas e da ampla defesa, a corte declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo na parte em que não previu a presença do defensor do réu. Em consequência, no quadro da orientação interpretativa da corte, a decisão implicou a obrigatoriedade da presença do Ministério Público e do defensor.

A sentença 190/1970, conforme decisão da corte, apresentava um duplo efeito. O primeiro deles residia na eliminação de norma que implicitamente excluía a presença do defensor do acusado no interrogatório. O segundo consistia na atribuição, ao referido dispositivo, de norma que passasse a prever a presença do Ministério Público e do defensor do acusado no interrogatório, o que, segundo entendimento da corte, estava em conformidade com a Constituição da Itália.

A orientação adotada na sentença 190/1970 foi reafirmada pela sentença 62/1971, ocasião em que a corte ratificou a decisão anterior, bem como esclareceu que essa tinha natureza vinculante e decorria do poder institucional da corte de declarar a inconstitucionalidade de norma quando contrária à Constituição (ZAGREBELSKY, 1977, p. 161; MODUGNO, 1985, p. 564).

Na mesma toada, cite-se a sentença 133/1970 que versava sobre a constitucionalidade do artigo 145 do antigo Código Civil. Esse artigo previu que, no caso de dissolução do matrimônio, o pagamento de pensão alimentícia ao homem estava condicionado à circunstância de ele não possuir meios para autossustentação, sem prever a mesma condição para o pagamento de pensão à mulher. A corte, por violação ao princípio da igualdade, declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo na parte em que não previu que o

---

<sup>23</sup> O artigo 107.1 da Constituição da Itália prevê: “O Ministro da Justiça tem a faculdade de promover a ação disciplinar [contra magistrados]”. Já o artigo 110 estabelece: “Sem prejuízo das competências do Conselho Superior da Magistratura, compete ao Ministro da Justiça a organização e o funcionamento dos serviços relacionados a justiça.”

pagamento da pensão alimentícia à ex-mulher também estava condicionado ao fato de ela não possuir meios para autossustentação.

Igualmente por violação ao princípio da igualdade, a Corte Constitucional italiana, na sentença 9/1964, declarou inconstitucional o artigo 574 do Código Penal, que estabeleceu como condição de procedibilidade para ação penal de crimes contra menores a representação do pai, na parte em que não previu também a representação da mãe.

Também com natureza aditiva, registre-se a sentença 27/1975. Essa tratou da constitucionalidade do artigo 546 do Código Penal, atualmente revogado, que dispôs sobre o crime de aborto com consentimento da mulher. Alegou-se que, de acordo com o artigo 24 do Código Penal (estado de necessidade), a interrupção da gravidez seria lícita apenas quando fosse constatado o perigo atual de dano grave à saúde da mulher. Em vista do bem estar físico e do equilíbrio psíquico da gestante, a corte entendeu que o perigo de dano não precisava ser atual, mas poderia ser meramente previsto. Assim, o tribunal declarou a inconstitucionalidade do artigo 546 do Código Penal, na parte em que não previu que a gravidez possa ser interrompida quando a gestação implicar dano ou perigo de dano inevitável para a saúde da mãe, desde que medicamente atestado.

Não apenas nas décadas de 60 e 70, nos anos 80, as sentenças aditivas estiveram presentes na jurisprudência da Corte Constitucional italiana (ELIA, 1985, p. 314-320). Nesse sentido, aponta a doutrina que, no período de 1980 a 1987, as decisões com perfil aditivo representaram mais de 55% (cinquenta e cinco por cento) das decisões do tribunal constitucional italiano (VEGA, 2003, p. 223-225).

No entanto, o fenômeno não se restringiu aos mencionados períodos. Mais recentemente, a Corte Constitucional italiana também registra número considerável de sentenças aditivas.

A título de exemplificação, mencionam-se: 1) a sentença 476/2002 declarou a inconstitucionalidade do artigo 1º, parágrafo 3º, da Lei 210/1992 – que previu o pagamento de indenização para pessoas contaminadas por doenças infectocontagiosas em vacinações obrigatórias ou em transfusões de sangue –, na parte em que não previu a mesma indenização para os profissionais de saúde que tenham sido contaminados por ocasião desses procedimentos médicos; 2) a sentença 171/2002 declarou inconstitucional os artigos 4º e 9º da Lei 1.124/1965 – que tratou da indenização obrigatória a trabalhadores por infortúnio e doenças laborais –, na parte em que não previu, entre os beneficiários, os trabalhadores em licença que estejam ocupando cargos em sindicatos; 3) a sentença 275/2003 declarou inconstitucional o artigo 8º, parágrafo primeiro, alínea “a”, da Lei 362/1991 – lei que

reorganizou o setor farmacêutico –, na parte em que não previu que a participação na gestão de farmácias comunitárias é incompatível com o exercício de qualquer outra atividade no setor de produção, distribuição e intermediação de medicamentos.<sup>24</sup>

Ademais, ao examinar a prática judicial da Corte Constitucional italiana, destaca a doutrina que uma sentença pode ser formalmente aditiva, mas operar efeitos de redução normativa. É a hipótese da sentença que estende uma norma de exclusão, isto é, na parte em que não exclui algo que deveria excluir para estar em conformidade com a Constituição (LAVAGNA, 1984, p. 675; CERRI, 1994, p. 96). Nesse sentido, a sentença 364/1988 que declarou inconstitucional o artigo 5º do Código Penal. Esse artigo dispunha ser o conhecimento da lei penal inescusável, o que afastaria a hipótese de excludente de culpabilidade decorrente de erro de proibição inevitável<sup>25</sup>. A corte, no entanto, declarou a inconstitucionalidade do referido artigo, na parte em que não excluiu a culpabilidade em caso de erro de proibição inevitável<sup>26</sup>. Portanto, trata-se de uma sentença formalmente aditiva, mas com efeitos de redução normativa.

Por outro lado, uma sentença pode ser lexicalmente redutiva, mas operar efeitos de adição normativa. É a hipótese da sentença que reconhece a inconstitucionalidade de uma exclusão explícita e, portanto, declara a inconstitucionalidade da disposição normativa na parte em que exclui algo que não deveria excluir para estar em conformidade com a Constituição (LAVAGNA, 1984, p. 675; RUGGERI; SPADARO, 2004, p. 142). Nesse sentido, a sentença 40/1958 que declarou a inconstitucionalidade do artigo 35, parágrafo segundo, da Lei 1052/1924. Esse dispositivo excluía a possibilidade de recurso para o Conselho de Estado italiano na hipótese de litígios relacionados a questões alfandegárias. A corte, no entanto, declarou a inconstitucionalidade do mencionado artigo, na parte em que excluiu esse recurso, o que, automaticamente, ocasionou a possibilidade de impugnação dessas questões. Ou seja, uma sentença formalmente redutiva, mas com efeitos aditivos.<sup>27</sup>

Por fim, ainda no campo da sentença aditiva, a doutrina comumente apresenta a diferenciação entre sentença aditiva de garantia e sentença aditiva de prestação. A primeira

<sup>24</sup> Para mais exemplos, cf.: RUGGERI; SPADARO, 2004, p. 142.

<sup>25</sup> O erro de proibição ocorre quando o agente supõe ser seu comportamento lícito e, quando inevitável, exclui a culpabilidade do agente por falta de consciência da ilicitude.

<sup>26</sup> Na mesma linha, as sentenças 43/1997, 403/2000. A propósito, ver: RUGGERI; SPADARO, 2004, p. 144).

<sup>27</sup> Na mesma linha, as sentenças 41/1999, 187/2000, 238/2000. A propósito, ver: RUGGERI; SPADARO, 2004, p. 142; MORAIS, 2005, p. 389. Morais classifica essas decisões como sentenças aditivas com redução de texto, porque não atingem uma norma ideal, mas pressupõem a eliminação de parte da disposição normativa que consagre uma exclusão explícita ou um duplo tratamento diferenciado. Entretanto, na verdade, referidas decisões não seriam propriamente sentenças aditivas, mas sentenças simples que implicam a eliminação parcial da disposição normativa.

diz respeito à proteção de direitos e garantias individuais. Segundo a doutrina, ela implica uma situação jurídica ativa por parte do titular do direito e passiva por parte do estado consistente em uma prestação de não fazer. Envolve, portanto, os chamados direitos negativos.

Por sua vez, a sentença aditiva de prestação relaciona-se com a concessão de direitos de conteúdo patrimonial ou com a realização de tarefas pelo estado. Conforme a doutrina, ela demanda uma situação jurídica ativa por parte do estado consistente em uma prestação de dar ou de fazer. Compreende, dessa forma, os denominados direitos positivos (ELIA, 1985, p. 313-314; MODUGNO, 1988, p. 21; RUGGERI; SPADARO, 2004, p. 142; MORAIS, 2005, p. 383-384).

A classificação, no entanto, é problemática. Ela parte da concepção de que direitos individuais e negativos não têm custos financeiros, bem como não exigem atuação ativa por parte do estado. Entretanto, tanto os direitos considerados negativos quanto os direitos considerados positivos não podem ser protegidos ou implementados sem recursos públicos (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 35-48). Em resumo: direitos, ainda que denominados negativos, “custam dinheiro” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 15). Por exemplo, o direito de propriedade individual para ser garantido exige gastos estatais com segurança pública, o direito de liberdade de imprensa para ser implementado demanda recursos com a proteção física das próprias empresas de telecomunicação.<sup>28</sup>

Da mesma forma, no campo das sentenças aditivas, cite-se, como exemplo, a supramencionada sentença 190/1970 da Corte Constitucional italiana, que declarou inconstitucional o artigo 304, parágrafo primeiro, do Código de Processo Penal, na parte em que não previu a presença do defensor do acusado no interrogatório. Inegavelmente, é uma decisão que diz respeito ao direito individual à ampla defesa. No entanto, não se pode deixar de considerar que a decisão exige para o estado o custo financeiro de proporcionar um defensor público ao réu no caso de ele não possuir condições econômicas para contratar um advogado.

O mesmo ocorre com as decisões aditivas proferidas no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.277 e da arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 132, em que o Supremo Tribunal Federal estendeu às uniões estáveis homoafetivas o regime

---

<sup>28</sup> Nesse sentido, Holmes e Sunstein defendem que todos os direitos são positivos, porque implicam um dever correlato por parte das autoridades públicas e envolvem, necessariamente, custos financeiros. Portanto, “nenhum direito é simplesmente o direito de ser deixado sozinho pelas autoridades públicas” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 44).

das uniões estáveis heteroafetivas.<sup>29</sup> Não se discute que se está diante de decisões que dizem respeito a direitos individuais, como o direito à igualdade e à liberdade. Mas não se pode negar que as decisões têm repercussão tributária (o companheiro ou a companheira pode figurar como dependente no imposto de renda) e previdenciária (o companheiro ou a companheira pode ter direitos a benefícios previdenciários), o que exige uma contraprestação estatal. O mesmo ocorre com a arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 54, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a licitude do aborto de feto anencefálico. Embora se trata de um direito individual da mulher, a decisão, necessariamente, provoca custos financeiros consubstanciados em políticas públicas de saúde e, dessa forma, exige uma posição ativa das autoridades públicas.

### 1.3 A sentença aditiva de princípio

A sentença aditiva de princípio surge na Itália no final da década de 80. Ela configura técnica de decisão em que o órgão judicial declara inconstitucional a disposição normativa na parte em que não prevê determinada hipótese; e, em substituição à lacuna gerada pela decisão, identifica um princípio ou uma diretriz a orientar o legislador na elaboração da lei ou o juiz *a quo*<sup>30</sup> na decisão do caso concreto (CERRI, 1994, p. 97; SANCHEZ, 1998, p. 292).

Nesse sentido, Silvestri (1981, p. 1716) afirma que a corte, por meio da sentença aditiva de princípio, “não procede a construir a norma [regra] para inseri-la diretamente no ordenamento jurídico, mas dá direções ao legislador [ou ao juiz ordinário] sobre a melhor forma de regular determinado assunto”, em harmonia com a constituição.

---

<sup>29</sup> Cf.: seção 1.7 deste capítulo.

<sup>30</sup> A Itália adota o controle de constitucionalidade concentrado. Ele é exercido por uma corte constitucional composta de quinze juízes, um terço nomeado pela presidência da República, um terço nomeado pelo parlamento e um terço eleito entre membros da magistratura suprema ordinária e administrativa. Os juízes têm mandato de nove anos, vedada a recondução (artigos 134 e 135 da Constituição e artigos 1º a 4º da Lei 87/1953). O controle de constitucionalidade pode ocorrer por via principal (abstrata) ou por via incidental (concreta). No primeiro caso, a corte conhece diretamente da questão por ação movida pelo Conselho de Ministros e pela Junta das Regiões. No segundo caso, o controle depende de um processo judicial ou administrativo. A questão da constitucionalidade da lei pode ser suscitada, de ofício, pelo juiz ou tribunal, pelas partes ou pelo Ministério Público, desde que estejam presentes a relevância e a fundada dúvida. Admitida a questão constitucional pelo juiz ou tribunal, ela é encaminhada à corte constitucional e o processo fica suspenso até que se decida a questão prejudicial. Em seguida, após o pronunciamento da corte constitucional, o juiz *a quo* decide a lide principal (artigos 23 e 24 da Lei 87/1953).

Na mesma linha, Ruggeri e Spadaro (2004, p. 145) asseveram que, pela sentença aditiva de princípio, a corte “não indica uma regra, mas um princípio” para a futura produção legislativa ou para decisão do juiz comum.

De igual forma, Romboli (1999, p. 194) define a sentença aditiva de princípio como aquela em que não se “introduz uma norma imediatamente eficaz e aplicável [regra], mas fixa um princípio geral que deve ser realizado mediante atuação do legislador e ao qual pode fazer referência, com certos limites, o juiz na decisão dos casos concretos”.

Essa técnica de decisão, tal qual a sentença aditiva clássica, pressupõe a eliminação de uma norma de exclusão implícita (componente ablativa ou demolitória). A corte, no entanto, abstém-se de proceder diretamente à reparação do vazio legislativo, embora não se desinteresse completamente pela atividade reparadora, já que formula um princípio ou um critério diretivo que irá direcionar a operação reconstrutiva (MORAIS, 2005, p. 398-399).

A utilidade da sentença aditiva de princípio, portanto, é nortear o legislador no preenchimento da omissão identificada na decisão de inconstitucionalidade, assim como permitir que o juiz ordinário decida a controvérsia concreta até que sobrevenha a intervenção legislativa. Ela, portanto, evita que o judiciário fique a depender da resposta a ser dada pelo legislativo – o que ocorre com as sentenças de advertência ou de apelo ao parlamento<sup>32</sup> –, sem vincular completamente à atividade do legislador.

Nessa perspectiva, como destaca Parodi (2008, p. 823), essa técnica de decisão tem dupla função: de um lado, orienta o legislador no adimplemento da obrigação de reforma derivada do parâmetro constitucional identificado pela decisão da corte; de outro, enquanto não há intervenção do legislador, guia o juiz *a quo* a colmatar a omissão ou lacuna no caso concreto<sup>33</sup>.

Pretende-se, dessa forma, segundo a doutrina, criar um instrumento decisório capaz de conjugar a declaração de inconstitucionalidade com o respeito às competências do legislador e às exigências de continuidade do ordenamento jurídico (SILVESTRI, 1981, p. 1716-1717; VEGA, 2003, p. 313).

Assim, afirma-se que a corte constitucional, por meio dessa técnica de decisão, instaura um diálogo institucional: a) com o legislador, chamado a colmatar a omissão ou

---

<sup>32</sup> São também chamadas na Itália de *sentenze monito*. Elas são decisões em que não se declara a inconstitucionalidade da disposição normativa, mas se afirma que esta será inconstitucional no futuro, de maneira a incentivar o legislador a proceder à modificação, algumas vezes com a fixação de prazo.

<sup>33</sup> No entanto, em alguns casos, a sentença aditiva de princípio pode apresentar dispositivo muito genérico, o que dificulta a executividade da decisão pelo juiz no caso concreto. Nessas hipóteses, a decisão é direcionada mais ao legislador que ao juiz comum e acaba por apresentar natureza mais declarativa da omissão do legislador, ainda que acompanhada de uma componente apelativa. A propósito, cf.: PARODI, 2008, p. 822.

lacuna legislativa; b) e com o juiz *a quo* que, no caso de mora da intervenção ou mesmo no curso da ação judicial, tem a tarefa de dar prosseguimento ao princípio enunciado na decisão de inconstitucionalidade (BELLOCCI; GIOVANNETTI, 2010, p. 19). Há, por isso, uma divisão interinstitucional de tarefas na reparação da inconstitucionalidade (MORAIS, 2005, p. 402).

Por outro lado, assim como a sentença aditiva clássica, a sentença aditiva de princípio tem lugar na hipótese de uma omissão legislativa parcial ou relativa. Entretanto, existem duas diferenças fundamentais.

A primeira diferença diz respeito ao resultado do juízo de inconstitucionalidade. Enquanto a sentença aditiva clássica identifica a norma-regra atribuível à disposição normativa impugnada na própria decisão, a sentença aditiva de princípio limita-se a enunciar um princípio ou uma diretriz para futura produção legislativa ou para observância do juiz comum na resolução da lide.

A segunda relaciona-se com os efeitos da decisão. Se a sentença aditiva clássica tem eficácia vinculante e efeitos contra todos, a sentença aditiva de princípio contém simples indicações direcionadas ao parlamento – a quem, rigorosamente, caberá decidir se, como e quando<sup>34</sup> colmatar o vazio legislativo – e ao juiz comum que decidirá a lide com efeitos entre as partes.

Nesse contexto, por não identificar a regra aplicável ao caso concreto (componente reconstrutiva), parte da doutrina nega a natureza aditiva da sentença aditiva de princípio<sup>35</sup>. No entanto, não há como negar-lhe o perfil aditivo. Primeiro, porque ela identifica um princípio ou uma diretriz que irão orientar o preenchimento do vazio pelo legislador. Depois, porque sua consequência é o preenchimento da omissão pelo juiz ordinário na resolução do caso concreto, salvo quando a sentença aditiva de princípio esteja direcionada mais ao legislador.

A jurisprudência da Corte Constitucional italiana registra diversos precedentes que retratam essa técnica de decisão. A título de exemplificação, cite-se a sentença 138/1993, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 180/1968 – que dispôs sobre a servidão militar –, na parte em que não previu critério de indenização justo para os proprietários de imóveis atingidos pela servidão militar. A corte não particularizou qual seria esse critério, mas enunciou que ele deveria levar em consideração os interesses públicos subjacentes à

---

<sup>34</sup> Vale registrar que algumas sentenças aditivas de princípio estabelecem prazo para o legislador colmatar a lacuna, o que as aproxima das sentenças apelativas ou de advertência. No entanto, elas não se resumem ao simples apelo, na medida em que enunciam um princípio-parâmetro. Ver: MORAIS, 2005, p. 400-401.

<sup>35</sup> Sobre o tema, cf.: MORAIS, 2005, p. 400.

desapropriação e à propriedade individual, como, por exemplo, o valor cadastral do imóvel ou a média do valor dominial de mercado.

Em igual teor, a sentença 288/1994, que declarou inconstitucional o artigo 7º, parágrafo quarto, do Decreto-Lei 86/1998 – que dispôs sobre a previdência social e o mercado de trabalho –, na parte em que não previu mecanismo especial de adequação monetária para o auxílio-desemprego dos trabalhadores agrícolas, sem especificar o mecanismo de cálculo ou o valor do benefício. Entretanto, a corte indicou uma diretriz a ser observada pelo legislador ou pelo juiz comum ao afirmar que o cálculo deve levar em consideração as necessidades cotidianas elementares dos trabalhadores, além de proporcionar uma reserva.

Por fim, na mesma linha, a sentença 385/2005 declarou a inconstitucionalidade dos artigos 70 e 72 do Decreto Legislativo 151/2001 – que dispôs sobre proteção e apoio à maternidade e paternidade –, na parte em que não previu, em favor do pai trabalhador, benefício atribuído à mãe durante os três primeiros meses de ingresso da criança na família. A corte, porém, não apontou o valor do benefício e afirmou apenas que, observado o princípio consagrado na decisão – igualdade de tratamento –, permanece reservada ao legislador a tarefa de elaborar um mecanismo de atuação que permita ao trabalhador pai uma proteção adequada<sup>36</sup>.

#### **1.4 A sentença substitutiva**

A sentença substitutiva consiste em técnica de decisão em que se declara a inconstitucionalidade da disposição normativa na parte em que prevê determinada coisa em vez de outra que deveria prever para estar em conformidade com a constituição. Opera-se, por conseguinte, no quadro da orientação interpretativa do órgão judicial, a substituição da norma atribuída à disposição normativa por outra que esteja em consonância com a interpretação dada à constituição.

Segundo Guastini (1991, p. 136), a sentença substitutiva é definida como aquela em que a corte declara a inconstitucionalidade de uma disposição normativa “enquanto prevê, ou na parte em que prevê, uma certa coisa ‘em vez de’ outra, que deveria prever para ser conforme a Constituição”. Ou, nas palavras de Cerri (1994, p. 99), nesse tipo de decisão a

---

<sup>36</sup> No mesmo sentido, as sentenças: 466/2002, 252/2003 e 77/2007. Para outros exemplos, cf.: LAMARQUE, 2008, p. 762-765; RUGGERI; SPADARO, 2004, p. 145; SAMPAIO, 2001, p. 170-171.

“corte não se limita a censurar uma disposição normativa na parte em que não contempla uma certa hipótese, mas na parte em que prevê certo resultado em vez de outro”. Portanto, a sentença substitutiva representa o ponto máximo de manipulação e de criatividade do juízo constitucional (CERRI, 1994, p. 99; SANCHEZ, 1998, p. 297).

Por exemplo, determinada disposição normativa atribui direitos a S1. No entanto, segundo entendimento da corte, a disposição normativa deveria atribuir esses direitos a S2 para estar em consonância com a constituição. O tribunal poderia declarar a inconstitucionalidade da lei, pura e simplesmente. Entretanto, a corte declara inconstitucional a disposição normativa na parte em que atribui direitos a S1, em vez de S2. Assim, de um lado, declara-se a inconstitucionalidade parcial da disposição normativa impugnada – da norma atribuída à disposição; do outro, atribui-se à disposição impugnada uma nova norma que passe a conter S2, em vez de S1 (GUASTINI, 2003, p. 66). Daí o nome substitutiva.

Da mesma forma que a sentença aditiva, a sentença substitutiva possui duas componentes: uma componente ablativa ou demolitória em que se declara inconstitucional a norma na parte em que prevê determinada situação; e uma componente reconstrutiva em que a norma atribuída à disposição impugnada passe a prever norma diversa daquela que seria atribuída (RUGGERI; SPADORO, 2004, p. 147; MALFATTI; PANIZZA; ROMBOLI, 2003, p. 136). Ademais, assim como a sentença aditiva, ela é dotada de eficácia vinculante e efeitos contra todos (ZAGREBELSKY, 1977, p. 158).

Existem, no entanto, duas diferenças fundamentais em relação à sentença aditiva. A primeira refere-se à componente ablativa. Enquanto a sentença aditiva atinge a disposição normativa na parte em que não prevê determinada coisa – ou seja, uma norma de exclusão implícita atribuída ao texto –, a sentença substitutiva atinge a disposição normativa na parte em que prevê algo – ou seja, uma norma contida explicitamente no texto. Em outras palavras: se a sentença aditiva tem por objetivo remediar uma omissão ou lacuna do legislador, a sentença substitutiva não.

A segunda diferença decorre da primeira e reside na componente reconstrutiva. A sentença aditiva agrega a norma atribuída à disposição normativa impugnada um conteúdo novo, ao passo que a sentença substitutiva altera a norma atribuída à disposição normativa por outra de conteúdo diverso daquela que foi julgada inconstitucional. Dito de outro modo: enquanto a sentença substitutiva indica uma norma em substituição àquela declarada inconstitucional, a sentença aditiva acrescenta uma norma àquela impugnada.

A primeira sentença substitutiva da Corte Constitucional italiana foi a sentença 15/1969. Na oportunidade, a corte discutiu a constitucionalidade do artigo 313 do Código

Penal italiano, que punia o delito de desacato cometido contra o Parlamento ou a Corte Constitucional, mediante ação penal condicionada à autorização, respectivamente, do Parlamento ou do ministro da Justiça, conforme parágrafo terceiro do referido dispositivo. A corte entendeu que o dispositivo em questão violava o artigo 134 da Constituição que conferia autonomia e independência à Corte Constitucional. Dessa forma, o tribunal declarou a inconstitucionalidade do artigo 313, parágrafo terceiro, do Código Penal “na parte em que atribuiu o poder de autorizar a ação penal de desacato à Corte Constitucional ao ministro da Justiça, em vez de atribuir à própria corte”. Portanto, a corte substituiu uma norma atribuída ao dispositivo cujo significado era na essência: a autorização é de competência do ministro da Justiça, por outra norma, cujo significado é na essência: a autorização é de competência da Corte Constitucional.

A prática da Corte Constitucional italiana registra outros exemplos. Nesse sentido, a sentença 409/1989. Na oportunidade, a corte entendeu que o crime praticado pelo militar que se recusava a prestar serviço por objeção de consciência, com pena de reclusão de dois a quatro anos – conforme o parágrafo segundo do artigo 8º da Lei 772/1972 – seria equiparável ao crime praticado pelo militar que faltava à chamada sem justo motivo, com pena de reclusão de seis meses a dois anos. Por conseguinte, em virtude do princípio da proporcionalidade, a corte declarou inconstitucional o dispositivo normativo em questão na parte em que previu pena de reclusão de dois a quatro anos, em vez de pena de seis meses a dois anos.

Em igual teor, registre-se a sentença 307/2002, em que a corte declarou inconstitucional o artigo 405 do Código Penal na parte em que previu pena mais grave para o crime de perturbação de culto católico, em vez de pena menor, tal como a prevista no artigo 406 do Código Penal<sup>37</sup>, quando os mesmos atos eram praticados contra outros cultos religiosos.

Também com natureza substitutiva, citem-se outras sentenças recentes da Corte Constitucional italiana: 1) a sentença 78/2002, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 54, parágrafo terceiro, do Código de Processo Civil, na parte em que previu que o autor ou o advogado que tenha feito pedido de suspeição do juiz seja condenado a pena pecuniária no caso de rejeição do pedido, em vez de prever que o autor ou o advogado “pode ser” condenado; 2) a sentença 104/2003, que declarou inconstitucional o artigo 45, parágrafo primeiro, do Decreto-lei 151/2001 – que dispôs sobre a proteção e o apoio à maternidade e

---

<sup>37</sup> O artigo 406 do Código Penal e a expressão “culto católico” contida no artigo 405 foram, posteriormente, revogados pela Lei 85/2006.

paternidade –, na parte em que previu que o repouso laboral diário diferenciado da mãe e do pai em caso de adoção incide “dentro do primeiro ano de vida da criança”, em vez de “dentro do primeiro ano de ingresso do menor na família”; 3) a sentença 60/2006, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 6º da Lei 468/1999 – que dispôs sobre a instituição dos juízes de paz –, na parte em que estabelece o impedimento para o exercício da função no caso de o cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau do interessado exercer a atividade no território italiano, em vez de limitar o impedimento ao tribunal em que a função é exercida.<sup>38</sup>

## 1.5 A interpretação conforme a constituição

Dogmaticamente, de acordo com a técnica da interpretação conforme a constituição significa, quando houver mais de uma interpretação possível para determinada disposição normativa, deve-se dar preferência àquela que esteja de acordo com a constituição (BITTENCOURT, 1968, p. 94; BONAVIDES, 2000, p. 474).

A noção de interpretação conforme a constituição despontou nos Estados Unidos no final do século XIX<sup>39</sup>. Posteriormente, na segunda metade do século XX, essa técnica decisória ganhou crescente importância na prática judicial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha<sup>40</sup> e na doutrina alemã (HESSE, 1998, p. 70-71; MÜLLER, 2010, p. 79-80). No Brasil, ela está prevista expressamente no artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999.

De acordo com Bonavides (2000, p. 474) e Silva (2006, p. 191-192), quando se fala em interpretação conforme a constituição, não se cuida de interpretação constitucional, mas de interpretação infraconstitucional<sup>41</sup>. No entanto, ainda que se trate, prioritariamente, de interpretação da lei ordinária, não há como interpretá-la conforme a constituição, sem interpretar a própria constituição. É dizer: se o tribunal interpreta o dispositivo

<sup>38</sup> Na mesma linha, as sentenças: 170/2001, 29/2002, 120/2002, 477/2002, 506/2002. Para outros exemplos, cf.: RUGGERI; SPADARO, 2004, p. 147.

<sup>39</sup> Nesse sentido, Cooley (1903, p. 228) afirma que, no conflito entre a constituição e a lei, “a corte, se possível, deve dar à lei interpretação que a torne apta a produzir efeitos”, isto é, interpretação que não a torne nula e inconstitucional. Na mesma linha, a Suprema Corte norte-americana, no ano de 1902, em *Knights Templars Indemnity Co. v. Jarman*, destacou: “quando a constitucionalidade de uma lei for questionada e sendo ela razoavelmente suscetível de duas interpretações, uma inconstitucional e a outra válida, é dever da corte adotar a construção que irá salvar a lei da inconstitucionalidade”. Cf.: BITTENCOURT, 1968, p. 93-94; BRANCO; MENDES, 2011, p. 1366.

<sup>40</sup> Na Itália, a doutrina usualmente denomina a interpretação conforme a constituição como sentença interpretativa de rejeição. Cf.: CERRI, 1994, p. 94-95; MALFATTI; PANIZZA; ROMBOLI, 2003, p. 131-134.

<sup>41</sup> A despeito disso, Silva não nega a necessidade de um mínimo de interpretação da constituição, por ser ela a norma parâmetro.

infraconstitucional impugnado, o faz como forma de compatibilizá-lo com a própria interpretação que a corte faz da constituição. Tal fato acaba por gerar uma referência recíproca entre lei ordinária e lei constitucional.

Nesse sentido, Hesse (1998, p. 71) destaca que, “no quadro da interpretação conforme a constituição, normas constitucionais são, portanto, não só ‘normas de exame’, mas também ‘normas materiais’ para a determinação do conteúdo de leis ordinárias”. E acrescenta: quando se fala em interpretação conforme a constituição, coloca-se não apenas a “questão do conteúdo da lei a ser examinada, mas também a questão sobre o conteúdo da Constituição, à qual a lei deve ser aferida. Ela requer, por conseguinte, tanto interpretação da lei como interpretação da Constituição” (HESSE, 1998, p. 75).

Por outro lado, salienta a doutrina que essa técnica decisória está baseada, especialmente, em dois fundamentos.

O primeiro é o princípio da unidade da ordem jurídica. Com efeito, leis infraconstitucionais promulgadas sob a vigência da constituição devem ser interpretadas em consonância com ela, e leis anteriores ainda vigentes devem ser ajustadas à nova ordem constitucional (HESSE, 1998, p. 75).

O segundo fundamento é o princípio da presunção de constitucionalidade das leis<sup>42</sup>. Em razão desse princípio, o legislador democrático tem, para si, a presunção de constitucionalidade de sua vontade e de sua atuação (HESSE, 1998, p. 73). Sendo assim, “em caso de dúvida sobre o sentido de um preceito legal, deve-se presumir que o legislador quis a solução conforme (ou, eventualmente, mais conforme) com a Constituição” (MEDEIROS, 1999, p. 291).

Esses dois pressupostos, embora pacíficos na doutrina, apresentam algumas dificuldades. Primeiro, porque unidade da ordem jurídica e interpretação conforme a constituição são ideias distintas. Basta pensar que, quando se declara a inconstitucionalidade de uma lei, também fica garantida a unidade do ordenamento jurídico. Depois, com relação à presunção de constitucionalidade das leis, vale lembrar que existem outras presunções constitucionais – como *in dubio pro libertatis* – que podem ter prioridade. Ademais, levada às últimas consequências, a presunção de constitucionalidade das leis resultará sempre na rejeição do pedido, porque haverá sempre um argumento, mesmo que mínimo, a favor da constitucionalidade (SILVA, 2006, p. 194-200).

---

<sup>42</sup> A doutrina fala ainda em princípio da conservação da lei (MEDEIROS, 1999, p. 292; BONAVIDES, 2000, p. 475; CANOTILHO, 2000, p. 1226) que, na verdade, é uma decorrência do princípio da presunção de constitucionalidade da lei.

Outra dificuldade da interpretação conforme a constituição diz respeito aos seus limites, problema, aliás, relacionado aos limites da própria interpretação em geral (MEDEIROS, 1999, p. 301).

Embora a interpretação judicial não seja o foco deste trabalho, é necessário abordar alguns pontos para o desenvolvimento do tema. Primeiro, porque, quando se debate os limites da interpretação conforme a constituição, o que se discute, no fundo, é a relação entre jurisdição constitucional e legislação (BONAVIDES, 2000, p. 478). Depois, porque tratar dos limites dessa técnica decisória é abordar a conexão entre a interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas com efeitos aditivos.

Usualmente, a doutrina afirma que a interpretação conforme a constituição encontra limites na vontade do legislador ou no sentido inequívoco da lei. Assevera-se, nesse passo, que ela não pode desempenhar função corretiva da lei, nem estender a obra do legislador. Em outras palavras: o poder judiciário, por meio dessa técnica decisória, não pode se comportar como legislador positivo.

Nesse sentido, Hesse (1998, 72) afirma que a interpretação conforme a constituição deve manter o máximo daquilo que o legislador quis<sup>43</sup>, isto é, não deve conter um *aliud*, mas um *minus* diante do conteúdo primitivo da lei (HESSE, 1998, p. 73).

Na mesma linha, Medeiros, embora admita que essa técnica decisória possa corrigir o sentido literal da lei, sustenta que a função de correção<sup>44</sup> pode ocorrer apenas quando respeitar a “intenção claramente reconhecível do legislador” (MEDEIROS, 1999, p. 312) ou “mesmo que não exista uma intenção claramente reconhecível do legislador ou ainda que se admita [...] o afastamento excepcional de uma tal intenção”, quando respeitar “o sentido inequívoco que se extrai da fórmula normativa objetivada no texto” (MEDEIROS, 1999, p. 312-313)<sup>45</sup>.

No Brasil, a doutrina também caminha no mesmo sentido. Dessa forma, Bittencourt (1968, p. 95) afirma que “para se chegar a interpretação favorável à eficácia da lei”, é mister que “não se faça violência às palavras efetivamente usadas no texto”, porque “quando a *mens*

<sup>43</sup> Interessante anotar que o próprio Hesse (1998, p. 57-61), quando trata do tema da interpretação constitucional, critica a ideia de que interpretar seja averiguar a vontade objetiva ou subjetiva da lei.

<sup>44</sup> Medeiros (1999, p. 301) assevera que a interpretação conforme a constituição pode desempenhar quatro funções hermenêuticas: 1) função de apoio ou de confirmação de um sentido do texto já sugerido por outros métodos interpretativos; 2) função de escolha entre as várias soluções possíveis compatíveis com a letra da lei por aquela que esteja em conformidade com a constituição; 3) função de correção dos sentidos literais possíveis; 4) função de revisão da lei por meio de atribuição de um peso maior à constituição no momento interpretativo.

<sup>45</sup> Ainda na doutrina portuguesa, em sentido próximo, Canotilho (2000, p. 1227) aduz que a interpretação conforme a constituição não é legítima “quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma nova regulação e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente reconhecível da lei”. Para Canotilho (2000, p. 1311), a interpretação conforme a constituição tem, portanto, “os seus limites na letra e na clara vontade do legislador [...] não podendo traduzir-se na reconstrução de uma norma que não esteja devidamente explícita no texto”.

*legis* é clara e, na sua eloquência, colide com a lei suprema, não é lícito aos tribunais recorrer a uma interpretação forçada ou arbitrária.”

Bonavides (2000, p. 476 e 479), em sentido próximo, enfatiza que a interpretação conforme a constituição “não deve permitir jamais que o juiz, alterando a lei, se substitua ao legislador”, porque não é função do judiciário desautorizar o legislativo ou nele imiscuir-se, mas tão-somente controlá-lo.

De igual forma, Veloso (2003, p. 172) destaca que o órgão jurisdicional, por meio dessa técnica de decisão, deve atuar “como legislador negativo, emitindo um juízo de inconstitucionalidade parcial, ao eliminar, por incompatibilidade com a Carta Magna, algumas possibilidades interpretativas”.

O entendimento está também retratado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nessa linha, na representação de inconstitucionalidade n.º 1417/DF, ficou assentado que o Supremo Tribunal Federal, “em sua função de Corte Constitucional, atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo poder legislativo”. Portanto, “se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o poder legislativo lhe pretendeu dar”, não é correto proceder a interpretação conforme a Constituição, porque “implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo”.<sup>46</sup>

A afirmação de que a interpretação conforme a constituição tem como limites a vontade de legislador ou o sentido inequívoco da lei remonta a duas teorias metodológicas que despontaram no século XIX. A teoria subjetivista ou teoria da vontade, que “considera como escopo da interpretação a investigação da vontade histórico-psicológica do legislador” (LARENZ, 1969, p. 360); e a teoria objetivista ou teoria da interpretação imanente da lei, que “considera como escopo da interpretação a averiguação do sentido racional inerente à lei” (LARENZ, 1969, p. 360)<sup>47</sup>.

Esses dois modelos interpretativos, entretanto, apresentam dificuldades significativas. De início, vale destacar que eles desconsideram a dimensão pragmática existente na

<sup>46</sup> Cf.: Rp. 1417/DF, rel. min. Moreira Alves, DJ 15/08/1988. No mesmo sentido: ADI 1.344 MC, rel. min. Moreira Alves, DJ 19/04/1996; ADI 3.510, rel. min. Ayres Britto, DJe 28/05/2010; ADI 3.046, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 28/05/2004.

<sup>47</sup> Larenz (1969, p. 365), a partir dessa diferenciação, afirma que a “verdade” apenas pode ser encontrada em uma síntese das duas teorias, asseverando que o escopo da interpretação é averiguar o “sentido normativo da lei [...] constituído tanto pela vontade do legislador como factó histórico, como por elementos objectivos dados na natureza das coisas”.

interpretação judicial, seja relacionada à práxis, seja relacionada ao próprio participante do processo interpretativo (HÄBERLE, 1997, p. 11-18).

Ademais, a tarefa de descobrir a vontade do legislador representa um ideal regulativo de difícil aplicação empírica. O legislador, ou mesmo a maioria parlamentar, não é um ente único dotado de manifestação volitiva. Ao contrário, o parlamento é um corpo complexo e a produção legislativa compreende uma variedade de intenções. Muitas vezes, parlamentares votam pela aprovação de determinado texto normativo, mas com intuítos diversos, de maneira que nem sempre existirá identidade entre a intenção da maioria parlamentar e o texto aprovado. Nesse contexto, mostra-se difícil não apenas descobrir a suposta vontade da maioria parlamentar, como também apresentar provas dessa vontade (STRECK, 2002, p. 455-456).

O mesmo ocorre com relação à razão imanente da lei. Salvo em um plano metafísico, a lei não tem vontade imanente, nem sentido racional inequívoco. Outrossim, ainda que se trate de fórmula fictícia (ou objetivada), qual seria a utilidade de investigar algo meramente presumido. Ademais, esse modelo interpretativo desconsidera que o texto normativo, como todo tipo de linguagem, é passível de ambiguidade e vagueza, o que possibilita diferentes interpretações (NEVES, 2008, p. 204).

Além disso, esses dois modelos interpretativos partem da ideia problemática de que existe uma única interpretação correta representada pela vontade do legislador ou pelo sentido da lei. Conceitos que, aliás, são elevados a primeiro plano, como se fossem o ponto crucial do processo interpretativo (NEVES, 2008, p. 197-198). No entanto, em uma sociedade complexa, caracterizada por uma esfera pública heterogênea e por uma diversidade de expectativas normativas sobre os textos legais, não existe uma resposta única, muito menos um intérprete racional que irá descobrir essa decisão (NEVES, 2008, p. 205-207).

Porém, possivelmente, o mais tormentoso desses dois modelos é que eles não se prestam à finalidade proposta. É dizer: se o objetivo deles é restringir a atividade do intérprete e limitar a interpretação conforme a constituição, isso não ocorre.

Além de os juízes poderem errar quanto ao suposto propósito do legislador ou da lei, a tarefa de desvendar a intenção do legislador ou a razão imanente da lei introduz um elemento de decisionismo e de imprevisibilidade ao sistema jurídico. Com efeito, diante da dificuldade da tarefa metafísica, juízes podem chegar a uma infinidade de resultados interpretativos e, inclusive, podem divergir, sob o pretexto de descobrir a intenção do legislador ou a razão da lei. Aquilo que seria a vontade do legislador ou da lei para um juiz, pode não ser para um outro. Não que a divergência seja, em si, um problema. Diante da ausência de uma única

interpretação correta, ela não é. A dificuldade é acreditar que a vontade do legislador ou o sentido imanente da lei representa uma limitação à interpretação<sup>49</sup>. Portanto, a questão dos limites da interpretação conforme a constituição não passa pela descoberta da vontade do legislador ou do sentido imanente e único da lei.

De outro lado, ainda que não se possa falar em descoberta da vontade do legislador, limites normativos existem. Não se pode negar que a produção legislativa possua significado. O legislador não produz apenas signos. Da mesma forma, não se pode afirmar que o juiz é o único legislador ou que não exista norma jurídica, mas somente norma jurídica interpretada ou concretizada (NEVES, 2013, p. 8-9).<sup>50</sup>

Nessa perspectiva, a instância de interpretação-aplicação não pode desconsiderar a produção legislativa, na medida em que toda interpretação parte do texto normativo e está vinculada a ele. Em outras palavras: toda interpretação-aplicação é dependente do texto (NEVES, 2013, p. 126) e, portanto, deve guardar relação com ele.

No entanto, interpretar é atribuir sentido ao texto normativo. Dessa forma, nesse processo de dação de sentido pelo órgão de interpretação-aplicação, não há como negar o elemento construtivo e criativo, em maior ou menor intensidade, existente no processo de construção hermenêutica.

Portanto, se, de um lado, a instância de interpretação-aplicação do direito pressupõe um elemento criativo, do outro, ela não pode desprezar a produção institucional do legislador. Isto é, como afirma Neves (2013, p. 126, grifos do autor), o órgão de interpretação-aplicação do direito não pode romper com a dupla contingência<sup>51</sup> existente “entre a instância institucional de *produção* normativa (legislador em sentido amplo) e a instância de *construção* hermenêutica vinculante da norma (juiz no sentido amplo)”.

Em sentido próximo, embora a partir de outros pressupostos, a relação entre a instância de produção normativa e a instância de interpretação-aplicação da norma é também

---

<sup>49</sup> Por exemplo, no julgamento da ADI 4.277/DF e da ADPF 132, em que o Supremo Tribunal Federal tratou do tema da união estável entre pessoas do mesmo sexo, o ministro Ayres Brito, em seu voto, afirmou que a referência à dualidade homem e mulher contida no § 3º do artigo 226 da Constituição Federal tinha a intenção de “estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano [...] nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade”. Por sua vez, o ministro Ricardo Lewandowski disse que o propósito do legislador e da lei com a expressão entre homem e mulher foi outro: excluir a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

<sup>50</sup> Nesse sentido, Neves (2013, p. 126) destaca: “se a norma jurídica só surgisse no final do processo de concretização, os juízes e órgãos de interpretação-aplicação em geral não estariam subordinados a nenhuma norma jurídica em sua atividade de concretização do direito”.

<sup>51</sup> A dupla contingência implica remissões recíprocas na dação de sentido (alter: “eu digo que tu dirás isso”; ego: “eu digo que tu dissestes isso”). Embora o conceito seja utilizado na comunicação interpessoal, pode ser aplicado na relação de observação recíproca entre sistemas sociais (política e direito) ou entre subsistemas (legislação e jurisdição). Sobre o tema, cf.: NEVES, 2013, p. 9-11.

retratada por Derrida. O autor, nesse sentido, afirma que uma decisão judicial deve assumir e afirmar a lei, mas, ao mesmo tempo, ser suficientemente destrutiva da lei por um ato de interpretação “reinstaurador” e “reinventivo”. Em resumo: a decisão judicial deve ser ao “mesmo tempo regrada e sem regra, conservadora da lei e suficientemente destruidora ou suspensiva da lei” (DERRIDA, 2010, p. 44).<sup>52</sup>

Conseqüentemente, quando se constata que o processo hermenêutico não conduz a uma única decisão correta retratada pela intenção do legislador ou da lei, mas envolve dação de sentido de natureza construtiva e criativa, percebe-se que a linha divisória entre a interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas com efeitos aditivos torna-se bastante tênue<sup>53</sup>.

Não se trata de negar que, dogmaticamente, é possível distinguir, como técnicas decisórias, uma sentença de interpretação conforme a constituição e uma sentença aditiva. A primeira, diante de mais de uma interpretação para a disposição normativa, adota aquela que esteja em conformidade com a constituição. A segunda declara a inconstitucionalidade da disposição normativa na parte em que não previu algo que deveria prever para estar de acordo com a constituição.

No entanto, a partir do momento em que se considera o elemento construtivo do processo hermenêutico realizado pela instância de interpretação-aplicação da norma, não há como negar que a sentença aditiva revela uma decisão de interpretação conforme a constituição – em sentido amplo<sup>54</sup> –, ainda que com efeitos aditivos.

Aliás, na doutrina italiana, Silvestri (1981, p. 1707-1708) aponta que a sentença aditiva não deixa de exprimir uma decisão interpretativa que corrige lacunas ou omissões existentes na disposição normativa impugnada. Em outras palavras: a sentença aditiva não deixa de traduzir uma decisão de interpretação conforme a constituição com efeitos aditivos<sup>55</sup>.

Cite-se, como exemplo, o julgamento conjunto pelo Supremo Tribunal Federal da ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.277 e da arguição de descumprimento de preceito

<sup>52</sup> Sobre o tema, cf.: seção 2.3.1 desta dissertação.

<sup>53</sup> Em sentido próximo, Streck (2002, p. 445), ao destacar que a separação entre interpretação conforme a constituição e a sentença aditiva é tênue, afirma que, por exemplo, “uma decisão que estenda os direitos de uma categoria profissional a outra [...] pode estar inserida no conceito tanto de interpretação conforme como de sentença aditiva”.

<sup>54</sup> Alguns autores falam em interpretação conforme a constituição em sentido amplo, onde incluem as sentenças manipulativas com efeitos aditivos, para distingui-la da interpretação conforme em sentido estrito. A propósito, ver: BRUST, 2009, p. 508-509.

<sup>55</sup> De igual forma, vale destacar também que a própria decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei não deixa de conter uma interpretação conforme a constituição, na medida em que pressupõe a impossibilidade de a lei ser interpretada de acordo com a constituição. Cf.: MEDEIROS, 1999, p. 298; STRECK, 2002, p. 480-482.

fundamental n.º 132, que versou sobre o tema da união estável homoafetiva. A decisão configura, inegavelmente, uma sentença aditiva, tal como concebido pela doutrina italiana, na medida em que declara a inconstitucionalidade do artigo 1.723 do Código Civil – que trata da união estável entre o homem e a mulher – na parte em que não prevê a união estável entre pessoas do mesmo sexo. No entanto, a decisão não deixa de expressar uma sentença de interpretação conforme a constituição – mas com efeitos aditivos –, uma vez que o tribunal adotou uma das interpretações que lhe pareceu possível para o artigo 1.723 do Código Civil e que, segundo seu entendimento, está em conformidade com a constituição.

Nesse sentido, basta considerar que uma das interpretações possíveis era a de que o artigo 1.723 do Código Civil, em consonância com previsto no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, enuncia uma regra objetiva que disciplina sobre a união estável entre o homem e a mulher, que, interpretada em sentido contrário, não permite incluir a união entre pessoas do mesmo sexo. Já outra interpretação possível era a de que, ainda que o artigo 1.723 do Código Civil trate da união estável entre o homem e a mulher, diante da omissão legislativa, aplica-se, por analogia, o previsto no artigo 1.723 do Código Civil, por haver mais identidade que diferenças entre as duas situações fáticas. Interpretação que foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, como explicitado, essas observações não impedem a diferenciação dogmática entre a interpretação conforme a constituição e as sentenças com efeitos aditivos. Formalmente, elas se distinguem. De igual forma, essas observações não modificam a importância do objeto desta dissertação. Mesmo que as sentenças aditivas possam conter uma decisão de interpretação conforme a constituição – com efeitos aditivos –, o relevante para o presente estudo é a legitimidade da prolação de decisões com perfil aditivo, e não propriamente a classificação formal. Em resumo: o que se discute é a legitimidade da produção de efeitos aditivos no exercício do controle judicial de constitucionalidade, independentemente da técnica decisória ou da classificação dogmática.

## 1.6 As sentenças manipulativas com efeitos aditivos na prática judicial do Supremo Tribunal Federal

Ao menos formalmente, o argumento de que o poder judiciário, no desempenho do controle de constitucionalidade, não pode atuar como legislador positivo – ou seja, não pode corrigir lacunas ou omissões presentes na legislação – é bastante presente na prática judicial do Supremo Tribunal Federal.

Já antes da Constituição de 1988, o ministro Nelson Hungria, no julgamento do recurso extraordinário n.º 42.186, assentou: “conforme deflui do nosso sistema constitucional e tem sido reiteradamente acentuado pela jurisprudência, inclusive a desta Suprema Corte, o Poder Judiciário não pode, a pretexto algum, usurpar a função legislativa de aumentar vencimentos.” E finalizou: “se há injustiça na desigualdade de vencimentos em tal ou qual quadro de funcionários, somente a lei pode corrigi-la” (STF, RE 42.186, rel. min. Nelson Hungria, DJ 15/05/1961).<sup>56</sup>

Sob a égide da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal manteve-se fiel ao discurso de que ao poder judiciário é vedado atuar como legislador positivo ao exercer o controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 267, assentou-se que: o tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade, “atua como verdadeiro legislador negativo”, isto é, exerce apenas “um juízo de exclusão, que consiste em remover, do ordenamento positivo, a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo jurídico-normativo consubstanciado na Carta Política” (STF, ADI 267 MC, rel. min. Celso de Mello, DJ 19/05/1995).<sup>57</sup>

Esse mesmo entendimento permeou o julgamento do recurso extraordinário n.º 213.201, oportunidade em que se discutiu sobre a possibilidade de se estender isenção tributária prevista no artigo 6º, do Decreto-Lei 2.434/88, a determinadas operações de câmbio, que não estavam contempladas expressamente na lei, mas, segundo se alegava, eram

<sup>56</sup> No mesmo sentido, cf.: RE 47340, DJ 26/10/1961; RE 46948, DJ 03/05/1962. Posteriormente, em 13/12/1963, foi aprovado o verbete sumular 339, que assim dispõe: “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.”

<sup>57</sup> Na mesma linha, cf.: RE 196590, rel. min. Moreira Alves, DJ 14/11/1996; AI 137370 AgR, rel. min. Paulo Brossard, DJ 09/12/1994; ADI 779 AgR, rel. min. Celso de Mello, DJ 11/03/1994. Neste último julgado, afirmou-se: “Ao Supremo Tribunal Federal, em sede de controle normativo abstrato, somente assiste o poder de atuar como legislador negativo. Não lhe compete, em consequência, praticar atos que importem em inovação de caráter legislativo [...]”.

materialmente idênticas às previstas. Entendeu-se, que, ainda que fosse possível a declaração de inconstitucionalidade da lei por violação ao princípio da isonomia, a extensão jurisdicional dela não seria viável, uma vez que “o controle de constitucionalidade das leis não confere ao Judiciário funções de legislação positiva” (STF, RE 213.201, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 12/09/1997).<sup>58</sup>

No mesmo rumo, são diversos julgados no sentido de que, ante a impossibilidade de atuar como legislador positivo, não cabe ao poder judiciário aumentar vencimentos de servidores públicos, ainda que com base em ofensa ao princípio da isonomia.<sup>59</sup> De igual forma, sob o fundamento de que o judiciário não pode atuar como legislador positivo, o Supremo Tribunal Federal, embora tenha reconhecido a inconstitucionalidade da vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo, afirmou que essa base de cálculo deve ser mantida até a edição de lei sobre o tema.<sup>60</sup>

Entretanto, a despeito de o Supremo Tribunal Federal manter-se fiel ao discurso de que não atua como legislador positivo, observa-se, em outros precedentes, que a corte, a pretexto de fazer uso da técnica de interpretação conforme a constituição, acabou por prolatar sentenças aditivas, tal como concebidas pela doutrina.<sup>61</sup>

Foi o que ocorreu no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.652/DF. A ação foi ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores de Estado - ANAPE. Alegava-se a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 14, do Código de Processo Civil, na parte em que ressalva os advogados privados, os quais se sujeitavam exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, da imposição de multa por descumprimento de ordem judicial. O fundamento era de que a ressalva contida no dispositivo em comento violava o princípio da isonomia, já que não alcançava os advogados públicos, que estavam submetidos a regime estatutário próprio.

O tribunal acolheu a alegação de violação ao princípio da isonomia e julgou procedente o pedido para dar interpretação conforme a Constituição Federal ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil e “declarar que a ressalva contida na parte

---

<sup>58</sup> Nesse sentido, cf.: RE 606.179, rel. min. Teori Zavascki, DJ 03/06/2013; RE 449.233, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJe 09/03/2011; RE 405.579, rel. min. Joaquim Barbosa, DJe 03/08/2011.

<sup>59</sup> A propósito, ver: RE 603188, rel. min. Luiz Fux, DJe 25/04/2012; ARE 654660, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJe 26/03/2012; RE 583319, rel. min. Ayres Britto, DJe 08/10/2010.

<sup>60</sup> ARE 697.672, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJ 10/06/2013; RE 706.357, rel. min. Luiz Fux, DJe 19/11/2012; RE 675.551, rel. min. Cármen Lúcia, DJe 28/05/12. Registre-se, porém, que essas decisões não deixam de ter certa natureza manipulativa, ao configurarem um tipo de constitucionalidade provisória.

<sup>61</sup> Não se tratar de dizer que interpretação conforme a constituição – em um sentido mais amplo – não possa produzir efeitos modificativos ou aditivos. O problemático é a jurisprudência esconder esse fato com a finalidade de permanecer leal ao dogma do legislador negativo.

inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos” (STF, ADI 2.652, rel. min. Maurício Correa, DJ 14/11/2003).

Portanto, constata-se que a corte acabou por prolatar uma sentença aditiva, na medida em que declarou inconstitucional o parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil na parte em que não ressalvou os advogados públicos da aplicação da multa, de forma a estender a regra prevista no dispositivo normativo em questão a estes.

Na mesma linha, a ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.377, em que foi apreciada a constitucionalidade do inciso V do artigo 44 da Lei 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público –, que permitia a filiação de integrantes do Ministério Público a partidos políticos. O tribunal, sob o fundamento de dar ao referido dispositivo interpretação conforme a constituição, fixou que a filiação partidária do integrante do Ministério Público pode ocorrer somente na hipótese de afastamento, mediante licença, de suas funções institucionais, circunstância que não era prevista no referido dispositivo (STF, ADI 1.377, rel. p/ acórdão min. Nelson Jobim, DJ 16/12/2005)<sup>62</sup>. Isto é, declarou-se a inconstitucionalidade do dispositivo normativo em comento na parte em que não previu a necessidade de afastamento do membro do Ministério Público de suas funções institucionais. Decisão, portanto, de natureza aditiva.

De igual maneira, a ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.642, em que foi questionada a constitucionalidade da alínea “d” do inciso XXIII artigo 62 da Constituição do Estado de Minas Gerais, que previu competir à Assembleia Legislativa do Estado aprovar, por voto secreto, os presidentes das entidades da administração pública indireta, sem qualquer distinção quanto à natureza da entidade. O tribunal, na análise do pedido, conferiu interpretação conforme a constituição ao mencionado dispositivo para restringir sua aplicação às autarquias e fundações, excluídas as empresas públicas e as sociedades de economia mista (STF, ADI 1.642, rel. min. Eros Grau, DJ 19/09/2008). Ou seja, declarou-se a inconstitucionalidade do dispositivo na parte em que não excluiu as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Outra típica sentença aditiva.

Também com perfil aditivo, registre-se o recurso extraordinário n.º 476.390, em que o tribunal deu interpretação conforme a constituição para determinar que o artigo 6º da Lei 10.404/2002 – que disciplinou regra de transição para pagamento da gratificação de desempenho de atividade técnico-administrativa aos servidores públicos federais em atividade

---

<sup>62</sup> Em igual teor, cf.: ADI 2084, rel. min. Ilmar Galvão, DJ 14/09/2001.

– fosse também aplicado aos servidores inativos, em razão do disposto no artigo 40, § 8º, da Constituição Federal (STF, RE 476.390, rel. min. Gilmar Mendes, DJe 29/06/2007).<sup>63</sup> Portanto, por ofensa ao referido dispositivo da Constituição Federal, declarou-se a inconstitucionalidade do artigo 6º da Lei 10.404/2002 na parte em que não previu os servidores públicos inativos.

Mencione-se ainda a ação direta de inconstitucionalidade n.º 3.463, que tratou sobre a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que previu a participação do Ministério Público no Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente. O tribunal conferiu interpretação conforme a constituição ao referido dispositivo para assentar que “a participação do Ministério Público no Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente deve se dar na condição de membro convidado sem direito a voto” (STF, ADI 3.463, rel. min. Ayres Britto, DJe 06/06/2012). Tem-se, assim, outra hipótese de sentença aditiva que declara a inconstitucionalidade do referido dispositivo na parte em que não previu que a participação do integrante do Ministério Público deve ocorrer como convidado sem direito a voto.

De igual forma, a ação direta de inconstitucionalidade n.º 3.324, em que foi impugnada a constitucionalidade do artigo 1º da Lei 9.536/1997, o qual assegurou, para o servidor público federal civil e militar, bem como para seu dependente no caso de remoção ou transferência de ofício, o direito de transferência entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga. Embora o dispositivo em questão falasse em transferência entre instituições vinculadas a “qualquer sistema de ensino”, em atenção ao princípio da isonomia, deu-se interpretação conforme a Constituição para afirmar que deve ser observada a congeneridade das instituições envolvidas, isto é, de privada para privada e de pública para pública (STF, ADI 3.224, rel. min. Marco Aurélio, DJ 05/08/2005). Tem-se, portanto, que o tribunal declarou a inconstitucionalidade da mencionada disposição normativa na parte em que não previu que as instituições devem ser congêneres. Clara decisão de natureza aditiva.

No mesmo rumo, a ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.946, que versou sobre a constitucionalidade do artigo 14 da Emenda Constitucional 20/1998, o qual estabeleceu limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social. Na oportunidade, foi dada interpretação conforme a Constituição ao referido dispositivo para afirmar que o

---

<sup>63</sup> No mesmo sentido: RE 476279, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 29/06/2007; RE 463363, rel. min. Gilmar Mendes, DJ 02/12/2005.

limite para o valor dos benefícios não se aplica à licença gestante prevista no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal (STF, ADI 1.946, rel. min. Sydney Sanches, DJ 16/05/2003). Portanto, o artigo 14 da Emenda Constitucional 20/1998 foi declarado inconstitucional na parte em que não excluiu a licença maternidade.

Também de marcado caráter aditivo, registre-se o julgamento conjunto da ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.277 e da arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 132, em que o tribunal reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar e a equiparou à união estável entre o homem e a mulher. Para tanto, o tribunal conferiu interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil – que reconhece como entidade familiar somente a união estável entre o homem e a mulher – para dele excluir “qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.” Reconhecimento esse que “é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (STF, ADI 4.277, rel. Ayres Britto, DJe 14/10/2011; ADPF 132, rel. Ayres Britto, DJe 14/10/2011).

Portanto, sob o argumento de conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 1.723 do Código Civil, o tribunal prolatou decisão de natureza aditiva, na medida em que estendeu a aplicação do artigo 1.723 do Código Civil à união entre pessoas do mesmo sexo, em atenção aos princípios da igualdade, da autonomia individual, dentre outros fundamentos. Dito de outro modo: a corte declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.723 do Código Civil na parte em que não previu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Trata-se, portanto, de típica sentença aditiva.<sup>64</sup>

Por fim, vale assinalar a arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 54, que versou sobre o tema do aborto de feto anencefálico. Na oportunidade, o tribunal deu interpretação conforme a Constituição Federal aos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, para o fim de autorizar a interrupção da gravidez no caso de feto portador de anencefalia (ADPF 54, rel. min. Marco Aurélio, DJe 30/04/2013). Nessa perspectiva, sob a ótica da interpretação do artigo 128, incisos I e II, do Código Penal, o tribunal acabou por proferir uma decisão com perfil aditivo, na medida em que acrescentou outra hipótese de excludente de ilicitude. Isto é, o tribunal declarou a inconstitucionalidade do referido

---

<sup>64</sup> Os efeitos aditivos da decisão foram claramente reconhecidos pelo ministro Gilmar Mendes.

dispositivo normativo na parte em que não previu que não se pune o aborto praticado por médico, com consentimento da gestante, quando o feto possui anencefalia.<sup>65</sup>

Igualmente, em outros precedentes, o Supremo Tribunal Federal, ao utilizar a técnica da interpretação conforme a constituição, acabou por proferir decisões de caráter corretivo com o acréscimo de elementos não previstos na legislação impugnada, tal como ocorre com as sentenças aditivas.

Nesse sentido, a ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.209, que versava sobre a constitucionalidade do artigo 88, § 2º, inciso I, da Constituição do Estado do Piauí, com redação dada pela Emenda Constitucional 11/2000, que tratava da composição do Tribunal de Contas local e dispunha sobre a elaboração de listas tríplices para escolha dos auditores e membros do Ministério Público de Contas. O Supremo Tribunal Federal, haja vista o inciso I parágrafo 2º do artigo 73 da Constituição Federal, deu interpretação conforme a Constituição para afirmar que as listras tríplices devem obedecer, alternadamente, os critérios da antiguidade e do merecimento (STF, ADI 2.209, rel. min. Maurício Corrêa, DJ 25/04/2003)<sup>66</sup>, o que não estava previsto no dispositivo normativo impugnado.

Na mesma linha, a ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.238, em que o tribunal apreciou a constitucionalidade do artigo 72 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que previu que a despesa com serviços não poderá exceder, em percentual da receita corrente líquida, a do exercício anterior à entrada em vigor da referida lei complementar, até o término do terceiro exercício seguinte. O tribunal, ao apreciar o pedido liminar, deu ao referido dispositivo interpretação conforme a Constituição para “considerar a proibição contida no dispositivo legal restrita aos contratos de prestação de serviços permanentes” (STF, ADI 2.238 MC, rel. Ilmar Galvão, DJ 12/09/2008). Ou seja, o tribunal acrescentou elementos que não estavam previstos na disposição normativa.

De igual forma, a ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.668, que tinha por objeto a constitucionalidade da Lei 9.472/1997, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel. O tribunal deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para dar: 1) aos incisos IV e X do artigo 19 – que previu a competência da Anatel para expedir normas quanto à outorga,

---

<sup>65</sup> A natureza aditiva da decisão, tal como no julgamento da união homoafetiva, foi expressamente reconhecida pelo ministro Gilmar Mendes, que votou no sentido de “dar interpretação conforme a Constituição, com efeitos aditivos”, ao artigo 128 do Código Penal para estabelecer que, além do aborto necessário (quando não há outro meio para salvar a vida da gestante) e do aborto sentimental (quando a gravidez é resultante de estupro), “não se pune o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto padece de anencefalia”. O ministro, inclusive, citou precedente da Corte Constitucional italiana sobre o aborto.

<sup>66</sup> Na mesma linha: ADI 2.596, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 02/05/2003.

prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e quanto à prestação de serviços de telecomunicações no regime privado – interpretação conforme a Constituição, a fim de afirmar que essas normas estão subordinadas aos preceitos legais e regulamentares que regem outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado; 2) ao inciso II do artigo 22, da referida lei, – que previu a competência do Conselho Diretor para aprovar normas próprias de licitação e contratação – interpretação conforme a Constituição, a fim de fixar que as normas devem observar a lei de licitação e contratos (STF, ADI 1.668, rel. min. Marco Aurélio, DJ 16/04/2004).

Por fim, assinale-se a decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.797, em que o tribunal apreciou a constitucionalidade de ato normativo do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região que reconheceu o direito à diferença de 11,98% decorrente da conversão da remuneração de magistrados e servidores em unidade real de valor - URV. Na oportunidade, embora tenha reconhecido a constitucionalidade da resolução, a corte entendeu que ela foi omissa por não fixar os marcos temporais para o pagamento da diferença. Dessa forma, sob o fundamento de interpretá-la em conformidade com a Constituição, o tribunal acabou por acrescentar dados não previstos na mencionada resolução, quais sejam: de que a diferença era devida aos servidores, entre os meses de abril de 1994 a dezembro de 1996, e aos magistrados, entre os meses de abril de 1994 a janeiro de 1995 (STF, ADI 1.797, rel. min. Ilmar Galvão, DJ 13/10/2000).

Portanto, constata-se que a interpretação conforme a constituição, muitas vezes, tem sido usada pelo Supremo Tribunal Federal para, ao menos aparentemente, manter-se fiel ao dogma do legislador negativo e, ao mesmo tempo, corrigir e estender a produção do legislador quando entenda necessário (SILVA, 2006, p. 203-204).

Entretanto, a prolação de sentenças aditivas na prática judicial do Supremo Tribunal Federal nem sempre está diretamente vinculada à adoção da técnica da interpretação conforme a constituição. Em outros precedentes, sentenças aditivas aparecem de forma dissociada dessa técnica decisória.

Foi o que ocorreu no recurso em mandado de segurança n.º 22.307. Na ocasião, os impetrantes – servidores públicos civis – requeriam a concessão de reajuste geral de vencimentos no percentual de 28,86 %, que havia sido conferido aos servidores públicos militares pelas Leis 8.622/1993 e 8.627/1993. O Supremo Tribunal Federal, em atenção ao princípio da isonomia e ao artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, acolheu o pleito e reconheceu que os impetrantes tinham direito à revisão de vencimentos, independentemente de lei específica (STF, RMS 22.307, rel. min. Marco Aurélio, DJ 13/06/1997). Constata-se,

dessa forma, o caráter marcadamente aditivo da decisão, ao estender revisão de vencimentos à categoria de servidores públicos não contemplada pela legislação.<sup>67</sup>

Também de caráter aditivo, mas dissociado da técnica da interpretação conforme a constituição, anote-se a decisão proferida na petição n.º 3.388/RR em que o tribunal declarou a constitucionalidade da demarcação contínua da reserva indígena Raposa Serra do Sol, mas, como forma de conciliar o interesse dos índios com outros interesses, condicionou o exercício do usufruto da terra pelos indígenas a diversos requisitos, tais como: a) proibição de aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, bem como de pesquisa e lavra de riquezas minerais, sem autorização do Congresso Nacional; b) não impedimento de atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal, independente de consulta às comunidades indígenas ou à Fundação Nacional do Índio - FUNAI; c) administração da área de unidade de conservação permanente pelo Instituto Chico Mendes; d) impossibilidade de cobrança pelo ingresso, trânsito e permanência de não índios, bem como pela utilização de estradas, equipamentos públicos e linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outras instalações colocadas a serviço do público; e) impossibilidade de arrendamento, ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o usufruto das terras indígenas (STF, Pet 3.388, rel. min. Ayres Britto, DJe 15/09/2009).

Por fim, igualmente com natureza aditiva, registre-se o julgamento dos mandados de segurança n.ºs 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF que versou sobre o tema da fidelidade partidária. Na oportunidade, o tribunal decidiu que a mudança de legenda pelo parlamentar, ressalvadas situações específicas, como alteração da ideologia do partido ou perseguição política, tem como consequência a perda do mandato (STF, MS 26.602, rel. min. Eros Grau, DJe 17/10/2008; MS 26.603, rel. min. Celso de Mello, DJe 19/12/2008; MS 26.604, rel.ª min.ª Cármen Lúcia, DJe 03/10/2008), o que, porém, não está previsto nos artigos 55 e 56 da Constituição Federal que tratam da perda do mandato parlamentar.<sup>68</sup>

A prolação de decisões de perfil aditivo também ocorre em mandados de injunção. Diversamente do que ocorre nas hipóteses associadas à interpretação conforme a constituição, nos julgamentos em mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal tem caminhado no

---

<sup>67</sup> Nessa linha, sobreveio o enunciado 672, aprovado em 24/09/2003, que, em sentido oposto ao verbete 339 supramencionado, prevê: “o reajuste de 28,86%, concedido aos servidores militares pelas leis 8.622/1993 e 8.627/1993, estende-se aos servidores públicos civis do poder executivo”.

<sup>68</sup> Nessas decisões, vale registrar que a manipulação ocorreu com relação ao conteúdo da própria Constituição. São, assim, classificadas pela doutrina italiana como sentenças de revisão constitucional. A propósito, ver: RUGGERI; SPADARO, 2004, p. 140-141.

sentido de reconhecer a natureza normativa de seus pronunciamentos.<sup>69</sup> Esse reconhecimento é decorrente, em especial, da interpretação que tem sido dada ao artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal.<sup>70</sup>

Nesse sentido, cabe assinalar o julgamento do mandado de injunção n.º 721/DF. Na oportunidade, reconheceu-se a mora legislativa em regulamentar a aposentadoria especial do servidor público prevista no artigo 40, § 4º, da Constituição Federal. Assim, ante a ausência de disciplina específica, por via judicial, determinou-se a aplicação do artigo 57 da Lei 8.213/1991, que disciplina a aposentadoria especial para os trabalhadores em geral (MI 721, rel. min. Marco Aurélio, DJ 30/11/2007).<sup>71</sup>

De igual forma, registre-se o mandado de injunção n.º 708/DF, que tinha por objeto o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis. O tribunal entendeu que havia omissão legislativa em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos civis previsto no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, mora que já havia sido declarada judicialmente em ações anteriores. Diante desse quadro, o tribunal determinou a aplicação das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989, que disciplinam o direito de greve no âmbito da iniciativa privada, aos conflitos e ações judiciais que envolvam o direito dos servidores públicos civis (STF, MI 708, rel. min. Gilmar Mendes, DJe 31/10/2008)<sup>72</sup>. Vê-se, portanto, que a corte ampliou o âmbito de incidência das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989, de maneira a estender sua aplicação à categoria de pessoas não prevista originalmente nos textos normativos.

Além de decisões de natureza aditiva, a prática judicial do Supremo Tribunal Federal registra exemplos de decisões de natureza substitutiva, mesmo que sem admiti-las expressamente.

É a hipótese do recurso extraordinário n.º 91.707, que versou sobre multa incidente em caso de mora no pagamento de tributo conforme previsão na legislação do Estado de São

---

<sup>69</sup> A compreensão da adoção de uma solução normativa para os casos de mandado de injunção teve início com o MI 283, em que o tribunal estipulou prazo para que o Congresso Nacional editasse lei necessária ao gozo do direito de reparação contra a União previsto no artigo 8º, § 3º, do ADCT, sob pena de, decorrido o prazo, ficar assegurado ao impetrante o direito à reparação pelas regras do direito comum (MI 283, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/11/1991). Na mesma linha, seguiu-se o MI 232, em que se fixou prazo para o Congresso Nacional regulamentar a imunidade prevista no artigo 195, § 7º, da Constituição Federal, sob pena de, vencido o prazo, ficar assegurada ao impetrante a imunidade requerida (MI 232, rel. min. Moreira Alves, DJ 27/03/1992).

<sup>70</sup> O artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal prevê a concessão de mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Sobre as diferentes correntes doutrinárias acerca da natureza e amplitude das decisões proferidas em mandado de injunção, cf.: MENDES; BRANCO, 2011, p. 1317-1319.

<sup>71</sup> No mesmo sentido: MI 788/DF, rel. min. Ayres Britto, DJe 08/05/2009; MI 795/DF, rel.ª min.ª Cármen Lúcia, DJe 22/05/2009, dentre outros.

<sup>72</sup> No mesmo sentido: MI 670, rel. p/acórdão min. Gilmar Mendes, DJe 31/10/2008; MI 712, rel. min. Eros Grau, DJe 31/10/2008.

Paulo. O tribunal reduziu o valor da multa de 100% (cem por cento) sobre o valor do imposto devido para 30% (trinta por cento), sob o fundamento de que a primeira tinha caráter confiscatório. Noutras palavras: declarou-se a inconstitucionalidade do dispositivo normativo na parte em que previu multa de 100% (cem por cento), em vez de 30% (trinta por cento) (STF, RE 91.707, rel. min. Moreira Alves, DJ 29/02/1980).

Na mesma linha, o julgamento da ADI-MC 2.332/DF. Discutiu-se, na oportunidade, a constitucionalidade do artigo 15-A do Decreto Lei nº 3.365/41 que, alterado por medida provisória nº 2.027-43/2000, previu na parte final que os juros compensatórios na desapropriação direta deveriam incidir sobre a diferença entre o preço ofertado em juízo e o valor indenizatório fixado na sentença.

O tribunal, em razão ao princípio constitucional do prévio e justo preço, sob o fundamento de conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao dispositivo impugnado, substituiu a base de cálculo dos juros compensatórios com o fim de estabelecer que estes deveriam incidir sobre a diferença entre 80% (oitenta por cento) do preço ofertado em juízo – percentual máximo passível de levantamento nos termos do artigo 33, § 2º, do Decreto-Lei 3.365/41 – e o valor do bem fixado na sentença (STF, ADI 2.332 MC, rel. min. Moreira Alves, DJ 02/04/2004) <sup>73</sup>.

Isto é, declarou-se a inconstitucionalidade do dispositivo na parte em que previu que os juros compensatórios incidem sobre a diferença entre o preço ofertado em juízo e o valor indenizatório fixado na sentença, em vez de prever que os juros compensatórios incidam sobre a diferença entre 80% (oitenta por cento) do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença. Trata-se, portanto, de típica sentença substitutiva.

Na mesma toada, mencione-se a ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.127, em que o tribunal apreciou a constitucionalidade da Lei 8.906/1994, que dispôs sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Dentre os dispositivos impugnados, estava o artigo 50 da referida lei, que previu que “os Presidentes dos Conselhos da OAB e das Subseções podem requisitar cópias de peças de autos e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório e órgão da Administração Pública direta, indireta e fundacional”.

O tribunal conferiu interpretação conforme a Constituição Federal ao referido dispositivo para interpretar a expressão “requisitar” como dependente de motivação, desde que compatível com as finalidades da lei e “precedida, ainda, do recolhimento dos respectivos custos, não sendo possível a requisição de documentos cobertos pelo sigilo” (STF, ADI 1.127,

---

<sup>73</sup> O mérito está pendente de julgamento.

rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão min. Ricardo Lewandowski, DJe 11/06/2010)<sup>74</sup>. Noutras palavras: segundo a leitura dada pelo tribunal, a palavra “requisição” equivaleria a uma solicitação sujeita a condicionantes. A decisão, nesse contexto, acaba por possuir efeitos substitutivos, porque declara a inconstitucionalidade da disposição normativa questionada na parte em que prevê requisição, em vez de solicitação.

Por fim, também de natureza substitutiva, registrem-se as decisões liminares proferidas pelo ministro Celso de Mello nos *habeas corpus* n.ºs 92.525 e 102.094. Entendeu-se que a norma penal secundária prevista no artigo 180, § 1º, do Código Penal (receptação qualificada) fere o princípio da proporcionalidade ao prever sanção mais gravosa que a prevista no artigo 180, *caput*, do Código Penal (receptação simples), na medida em que o primeiro suporia o mero dolo eventual para tipificação, enquanto o segundo reclamaria o dolo direto. Dessa forma, afirmou-se ser o caso de se manter o preceito primário do § 1º do artigo 180 do Código Penal, mas aplicar-lhe o preceito secundário do *caput* do artigo 180 do Código Penal (STF, HC 92.525, rel. min. Celso de Mello, DJe 04/04/2008; HC 102.094, rel. min. Celso de Mello, DJe 02/08/2010).<sup>75</sup>

Cuida-se, portanto, de típica sentença substitutiva em que, por violação ao princípio da proporcionalidade, é declarada a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 180 do Código Penal, na parte em que prevê pena de três a oito anos, em vez de pena de um a quatro anos (artigo 180, *caput*, do CP).

Com efeito, esses precedentes evidenciam que o dogma do legislador negativo, além de não encontrar amparo na prática judicial, não passa de uma ficção jurídica de que se serve a jurisprudência para consolidar um ideal de que a instância de interpretação-aplicação normativa não criaria direito.

---

<sup>74</sup> Sobre o tema, ainda cf.: ADI 1.105, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão min. Ricardo Lewandowski, DJe 04/06/2010.

<sup>75</sup> O mérito ainda não foi julgado. No entanto, existem decisões colegiadas em sentido contrário: RE 443.388, rel.ª min.ª Ellen Gracie, DJe 11/09/2009; ARE 705620, rel. min. Luiz Fux, DJe 10/04/2013.

## 2 O DEBATE ATUAL NA DOUTRINA SOBRE A LEGITIMIDADE DAS SENTENÇAS MANIPULATIVAS COM EFEITOS ADITIVOS

Independentemente da classificação dogmática – sentenças com efeitos aditivos ou interpretação conforme a constituição com efeitos aditivos –, cabe indagar: as decisões com efeitos aditivos são legítimas? As cortes oferecem um tipo de deliberação superior, de forma que sempre atuarão a favor dos direitos individuais e de minorias nos casos de omissão legislativa? Negar completamente a legitimidade das sentenças com efeitos aditivos equivaleria a consagrar um tipo ideal de legislação com riscos a grupos minoritários que não conseguem se proteger no processo político? O dogma do legislador negativo existe na prática das cortes constitucionais? Existe alguma limitação às sentenças com efeitos aditivos? Essa limitação é normativa? Institucional?

Parte considerável da doutrina não aborda esses temas e trata as sentenças com efeitos aditivos a partir de uma análise meramente descritiva. Atenta-se para a conceituação e a categorização dessas decisões, sem maiores problematizações<sup>76</sup>. Essas decisões, nesse contexto, são tratadas como elemento dado e intrínseco de qualquer sistema constitucional democrático. Poucos são os autores que discutem a problemática que envolve a legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos.

Dentre os autores que examinam essas questões, é possível identificar três correntes doutrinárias. (1) A primeira defende a legitimidade dessas decisões. Argumenta-se, em linhas gerais, que a natureza intrinsecamente contramajoritária das cortes constitucionais, indispensável para a tutela de direitos fundamentais e de minorias, requer a prolação de decisões com efeitos aditivos, notadamente nos casos de omissão legislativa. Por sua vez, (2) a segunda corrente perfilha a ilegitimidade dessas decisões. Afirma-se, grosso modo, que as sentenças manipulativas com efeitos aditivos violariam o papel de legislador negativo das cortes constitucionais e, por isso, o princípio majoritário e democrático. Por fim, (3) a terceira corrente adota uma posição intermediária. Sustenta-se, em linhas gerais, que as sentenças com efeitos aditivos são legítimas somente quando decorrerem do que a dogmática jurídica convencionou denominar de solução constitucionalmente obrigatória.

---

<sup>76</sup> Nesse sentido, cf.: RUGGERI; SPADARO, 2004, p. 139-149; CERRI, 1994, p. 94-102; GUASTINI, 2003, p. 65-67.

Essas três correntes doutrinárias serão abordadas de forma crítica ao longo deste capítulo. O objetivo é demonstrar que elas não respondem adequadamente a questão acerca da legitimidade das sentenças aditivas com efeitos aditivos. Pretende-se, portanto, desconstruir essas posições da dogmática jurídica para, no capítulo seguinte, buscar uma proposta para as sentenças manipulativas com efeitos aditivos que retrate a complexa interação entre as cortes e as legislaturas dentro do sistema político-constitucional.

## **2.1 A posição favorável à legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos**

Como dito, parte da doutrina atual defende a legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos. Assevera-se, em linhas gerais, que essas decisões são admissíveis porque compete às cortes constitucionais, verdadeiras intérpretes dos princípios constitucionais, garantir a supremacia da constituição e tutelar os direitos fundamentais e de minorias contra as omissões do legislador.

Nesse sentido, na Itália, um dos autores que defende a legitimidade das sentenças aditivas e sua natureza vinculante em relação ao legislador é Modugno. O autor parte da ideia de que a existência de um órgão de natureza jurisdicional para exercer a tarefa de guardião da constituição está fundamentada na “garantia dos cidadãos contra o legislador” (MODUGNO, 1985, p. 535). Nessa perspectiva, o autor argumenta ser função da corte constitucional realizar positivamente os valores e princípios constitucionais, os quais são entendidos como “suscetíveis de desenvolvimento e de evolução, e não como mero dado negativamente limitado, historicamente determinado e invariável” (MODUGNO, 1985, p. 561). Dessa forma, Modugno acrescenta que a inércia do legislador em concretizar os valores e os princípios constitucionais autoriza a corte – autêntica intérprete da vontade do constituinte – a atuar não apenas para guardar os limites da constituição, mas também para implementar esses valores e princípios (MODUGNO, 1985, p. 572-577).

Aliado a isso, Modugno acresce que o controle judicial de constitucionalidade não pode mais figurar como simples eliminação de norma. Ao contrário, segundo o autor, a jurisdição constitucional destina-se a concorrer com a elaboração legislativa no desenvolvimento dos valores e dos princípios constitucionais. Assim, a corte assume “um

papel de legislador positivo, paralelo e complementar àquele exercido pelo parlamento” (MODUGNO, 1985, p. 582).

Tal qual Modugno, o italiano Mortati também sustenta a admissibilidade das sentenças com efeitos aditivos. O autor assevera que a omissão do legislador na proteção de direitos fundamentais pode legitimamente justificar uma decisão de natureza positiva e vinculativa, sempre que esse pronunciamento for necessário “para a salvaguarda de bens essenciais que a Constituição buscou preservar” (MORTATI, 1972, p. 938).

Ademais, segundo Mortati (1972, p. 992), a função da corte, órgão criado para a tutela de direitos fundamentais, “não pode encontrar obstáculo na maior ou menor dificuldade de descoberta por parte do intérprete da norma substitutiva daquela viciada, nem no grau de inovação daí resultante”. Caminhar em sentido contrário significaria permanecer ancorado no “dogma da absoluta soberania do Parlamento, superado atualmente pela soberania da Constituição” (MORTATI, 1972, p. 992). E arremeta: “a discricionariedade do legislador deve ceder frente à determinação constitucional que impõe a obrigação de tutela de direitos postos como fundamentais [...]”, uma vez que a decisão judicial não assume caráter político, mas decorre da mera aplicação e interpretação do sistema normativo (MORTATI, 1972, p. 922).

Por sua vez, na doutrina portuguesa, Miranda também defende o emprego das sentenças com efeitos aditivos com natureza vinculante em relação ao legislador. Para o autor, as sentenças com efeitos aditivos configuram o tipo de decisão de eficácia “mais imediata para a sensibilidade colectiva e a mais próxima dos valores constitucionais”, no caso de omissão inconstitucional (MIRANDA, 2008, p. 91). Em abono a sua tese, o autor assinala que “considerações orgânico-funcionais” não se sobrepõem a “imperativos materiais” de realização dos valores constitucionais. E finaliza Miranda: “o órgão de fiscalização não se comporta aqui como legislador”, porque não age “segundo critérios políticos”, mas “vinculado aos critérios de interpretação e construção jurídica inerentes à hermenêutica constitucional” (MIRANDA, 2008, p. 91).

Em sentido próximo a Miranda, o português Branco (2009, p. 307-317) defende a legitimidade de decisões aditivas com força obrigatória geral. Segundo o autor, os direitos fundamentais são normas potencializadoras da produção de efeitos aditivos. Isso porque tais direitos vinculam o estado tanto de forma negativa – ao impor uma proibição de violação – como de forma positiva – ao exercer a criação de pressupostos necessários à sua defesa e satisfação.

Ademais, Branco (2009, p. 309) destaca que a proteção dos direitos fundamentais requer a intervenção de juízes independentes tanto da pressão do poder político quanto da pressão da opinião pública. Nesses termos, após sublinhar a dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional, o autor sustenta que a democracia possui um pressuposto material, organizado a partir de um sistema de princípios, em que cada membro da comunidade deve ser tratado com igual dignidade por ser titular de direitos fundamentais (BRANCO 2009, p. 390-398).

Dessa forma, Branco conclui (2009, p. 398) que “se os direitos fundamentais [...] são pressupostos da democracia e do funcionamento pleno da regra da maioria, e se o efeito aditivo [...] assegura cabalmente a primazia dos direitos fundamentais imposta pela Constituição”, a produção desses efeitos não contraria o princípio democrático na sua feição representativa e majoritária.

Por fim, na doutrina brasileira, Paiva (2008, p. 12), igualmente, defende a legitimidade das sentenças com efeitos aditivos. Consoante o autor, o argumento contrário de que a minoria não pode conseguir nas cortes o que não se obteve no parlamento é equivocado, na medida em que essa forma de compreender a relação entre os poderes não é compatível com a natureza da jurisdição constitucional. Nesse sentido, Paiva conclui que as sentenças com efeitos aditivos são admissíveis, haja vista a “natureza da atividade da jurisdição constitucional, principalmente, quando se mantém em mente o caráter contramajoritário do Estado constitucional e da jurisdição responsável por seu equilíbrio” (PAIVA, 2008, p. 23). E arremata: “o cidadão figura – comentou [Dominique] Rousseau – como representado nas instituições ‘legislativa e executiva e como soberano através da jurisdição constitucional’” (PAIVA, 2008, p. 24).

Mesmo que não se possa fazer uma perfeita identificação, o que se percebe é que essa corrente doutrinária defende a legitimidade das sentenças aditivas a partir de uma compreensão de supremacia (e perfeccionismo) judicial. A supremacia judicial, em linhas gerais, defende que as cortes, no exercício do controle judicial da legislação, devem possuir a última palavra em matéria de direitos fundamentais, porque elas apresentam um tipo de deliberação superior fundada na interpretação de princípios constitucionais. Para os defensores da supremacia judicial, as cortes devem extrair da constituição a melhor interpretação possível. Além disso, por agirem livres da pressão política, as cortes representam uma garantia do cidadão contra a tirania da maioria.

A associação entre a supremacia judicial e a corrente defensora da legitimidade das sentenças com efeitos aditivos fica evidente quando a última, por exemplo, destaca que: as

sentenças com efeitos aditivos possuem natureza vinculante em relação à ulterior atividade do legislador; as cortes são as autênticas intérpretes da constituição; as questões substantivas realizadoras dos princípios constitucionais devem prevalecer sobre questões procedimentais e institucionais; as cortes agem com base em critérios jurídico-hermenêuticos e não critérios políticos; ou que as cortes atuam contra a tirania do legislador.

Esses argumentos são tratados de forma crítica ao longo desta seção. Para mais bem sistematizar os temas, os argumentos da corrente favorável às sentenças manipulativas com efeitos aditivos são abordados em três seções. A seção 2.1.1 trata da questão da supremacia judicial e da natureza vinculante das sentenças aditivas em relação ao legislador. Afirma-se que, ao defender um provimento de natureza vinculativa, essa corrente consagra um quadro de supremacia judicial. Em seguida, apresentam-se os pressupostos da supremacia judicial para, então, contestá-los e apontar os riscos da supremacia para o desenho político-institucional. A seção 2.1.2 questiona o caráter essencialmente contramajoritário das cortes defendido por essa corrente, o qual seria resultado de uma idealização do poder judiciário sem amparo na realidade prática. Além disso, rejeita-se uma legitimação para as sentenças manipulativas com efeitos aditivos fundada no resultado substantivo para, em seguida, defender uma legitimação pelo procedimento. Por fim, a seção 2.1.3 destaca o problema da omissão do legislador e da proteção de minorias. Afirma-se que, em uma sociedade plural, pessoas de boa-fé divergem, de forma que o fato de uma opinião minoritária não prevalecer nem sempre significa uma ditadura da maioria. Ademais, defende-se que o argumento de proteção de minorias precisa ser debatido com mais cautela, porque não é todo grupo minoritário que merece especial proteção.

### **2.1.1 A supremacia judicial e a natureza vinculante das sentenças aditivas em relação ao legislador**

O primeiro ponto que merece ser abordado dentro da corrente favorável às sentenças com efeitos aditivos diz respeito à natureza vinculante do provimento judicial em relação à ulterior atividade do legislador<sup>77</sup>. Isso porque defender o caráter vinculativo das sentenças com efeitos aditivos sobre a tarefa desempenhada pela legislatura equivale a consagrar um

---

<sup>77</sup> Na sentença aditiva de princípio, o efeito vinculante aparece em menor grau, porque a corte limita-se a enunciar um princípio ou uma diretriz.

quadro de supremacia judicial no campo do controle de constitucionalidade, em especial, no caso de omissão legislativa.

Com efeito, a supremacia judicial ocorre quando: a) os tribunais decidem todas as questões importantes para todo o sistema político; b) essas decisões são tratadas absolutamente como vinculantes pelos atores extrajudiciais; c) os tribunais não têm deferência em relação às decisões tomadas sobre as mesmas questões pelos autores extrajudiciais<sup>78</sup>. Ou seja, a supremacia judicial está relacionada com a compreensão de que as cortes têm a última palavra em matéria de interpretação constitucional, bem como a de que suas decisões são obrigatórias e conclusivas para todos os demais poderes e para o povo.

Ao descrever a supremacia judicial, Whittington (2007, p. 7) afirma que ela requer a “deferência pelas outras autoridades governamentais em relação aos ditames constitucionais da Corte, mesmo quando essas autoridades entendem que a Corte está substantivamente errada sobre a interpretação da Constituição”. A supremacia judicial reivindica, portanto, que “a Constituição é o que os juízes dizem que ela é, não porque a Constituição tenha um significado objetivo ou porque as cortes não poderiam estar errada, mas porque não há nenhuma alternativa interpretativa além da autoridade da Corte” (WHITTINGTON, 2007, p. 7).

No contexto norte-americano, um dos episódios mais significativos de supremacia judicial ocorreu em *Cooper v. Aaron*<sup>79</sup>. Nessa decisão, a Suprema Corte estadunidense rejeitou o entendimento de que o governador do estado de Arkansas não precisava cumprir a decisão tomada em *Brown v. Board of Education*, que declarou ser inconstitucional a segregação racial nas escolas. O tribunal, ao recorrer a *Marbury v. Madison*<sup>80</sup>, afirmou que Marshall declarou o princípio básico de que o judiciário “é supremo na exposição da lei constitucional” e que essa supremacia judicial era uma “característica indispensável e permanente” do sistema constitucional estadunidense, o que significa que a interpretação da Constituição dada pela corte em *Brown* é a “a suprema lei do país”.

---

<sup>78</sup> Waldron destaca que a supremacia judicial é o que diferencia os sistemas fortes de controle de constitucionalidade (*strong-form of judicial review*) e os sistemas fracos de controle de constitucionalidade (*weak-form of judicial review*), em que as cortes podem analisar as leis em conformidade com a constituição, mas a decisão não é final. Cf.: WALDRON, 2006, p. 1354.

<sup>79</sup> 358 U.S. 1 (1958).

<sup>80</sup> A doutrina norte-americana diverge sobre *Madison v. Marbury*, 5 U.S (1 Cranch) 137, (1803), ter consagrado a supremacia judicial. Embora Marshall afirme que a Constituição é a lei superior e que cabe ao judiciário dizer o que é a lei, ele parece temperar suas palavras ao dizer que a Constituição é uma regra tanto para o governo das cortes quanto para o governo das legislaturas, e, ao final, concluir que “as cortes, assim como os outros poderes, estão vinculados” à Constituição. Dessa forma, na defesa de que *Madison v. Marbury* não consagrou a supremacia judicial, cf.: KRAMER, 2004, p. 125-127. Em sentido contrário, cf.: DWORKIN, 2007, p. 427.

Pode-se, dessa forma, objetar que a supremacia judicial é positiva, tanto que protegeu os negros em *Cooper v. Aaron*. No entanto, como a decisão de uma corte pode não ser favorável a uma minoria, a supremacia judicial nem sempre é salutar. Foi o que ocorreu em *Dred Scott v. Stanford*<sup>81</sup>. Dred Scott, um escravo, morava em Missouri – um estado escravocrata – e foi levado por seu proprietário para Minnesota – um território livre –, onde ficou por anos. Posteriormente, Scott e seu proprietário retornaram para o Missouri. Scott, então, pleiteou sua liberdade com a alegação de que era um homem livre por ter residido em um território livre. A Suprema Corte norte-americana, no entanto, não acolheu a alegação e declarou inconstitucional os esforços do Congresso Nacional de restringir a expansão da escravidão nos territórios federais, ao fundamento de que negar aos proprietários de escravos o direito de levá-los a esses territórios seria restringir o direito de propriedade sem o devido processo legal. Posteriormente, Abraham Lincoln, nos debates sobre o fim da escravidão nos Estados Unidos, ao ser instado sobre a decisão da Suprema Corte em *Dred Scott*, disse que a decisão resolveu aquela controvérsia. No entanto, rejeitou a ideia de que a decisão judicial era uma regra que vinculava os eleitores, os membros do Congresso Nacional ou o presidente da República<sup>82</sup>.

A defesa da supremacia judicial como característica indispensável para o sistema democrático-constitucional ocorre com base em três fundamentos centrais. O primeiro afirma que a supremacia judicial decorreria naturalmente do próprio sistema constitucional que confere às cortes a tarefa de serem os guardiões da Constituição, norma de natureza suprema<sup>83</sup>. Nesse sentido, a Suprema Corte norte-americana, em *Cooper v. Aaron*, asseverou que a supremacia judicial decorria do mero fato de o judiciário ser supremo na interpretação da constituição. Esse, aliás, é o principal argumento utilizado pela doutrina e jurisprudência italiana para justificar a eficácia vinculante das sentenças com efeitos aditivos.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> 60 U.S. (17 How.) 393 (1857).

<sup>82</sup> Sobre o tema, cf.: TUSHNET, 1999, p. 6-9. Ver também: WHITTINGTON, 2002, p. 780-786.

<sup>83</sup> Não apenas fundamentos normativos deram origem à supremacia judicial. Razões político-institucionais também contribuíram. Whittington faz uma interessante abordagem de como atores políticos extrajudiciais cooperaram para a construção da supremacia judicial no contexto norte-americano. Cf.: WHITTINGTON, 2007, p. 28-81. No Brasil, Vieira assinala que, já no Império, Pedro II, no final do seu reinado, indagava se a solução para os problemas do reino não estaria na substituição do poder do imperador por uma Suprema Corte nos moldes da norte-americana. Mais recentemente, após a Constituição de 1988, Vieira destaca que José Sarney, influente representante da política brasileira, em artigo no jornal Folha de São Paulo, afirmou: “nenhuma instituição é mais importante e mais necessária ao Brasil do que o STF”. Cf.: VIEIRA, 2008, 445-446.

<sup>84</sup> Assevera-se que a eficácia vinculante das sentenças aditivas seria decorrência lógica da adoção do poder institucional da corte de exercer o controle judicial de constitucionalidade. Para o tema, cf.: VEGA, 2003, p. 253; MODUGNO, 1985, p. 564. Ver também a sentença 62/1971 da Corte Constitucional italiana, em que o efeito vinculante das sentenças com efeitos aditivos foi afirmado.

O segundo fundamento diz que a ausência de supremacia judicial tornaria o direito constitucional caótico e anárquico. Nesse sentido, Alexander e Schauer (1997, p. 1731-1732) sustentam que a supremacia judicial é necessária para garantir a estabilidade da sociedade política, sem a qual o sistema jurídico-constitucional tornar-se-ia disfuncional.

O terceiro assevera que o judiciário, identificado como o fórum de princípios, seria mais capacitado e mais confiável que os corpos políticos para fazer respeitar a constituição e levar os direitos a sério. O argumento remete ao modelo do juiz Hércules de Dworkin (2007, p. 453-457), um juiz dotado de sabedoria, paciência e capacidade sobre-humana na interpretação dos argumentos de princípios e não de política, que oferecerá sempre as melhores respostas para a sociedade. Nessa linha, Dworkin (2005, p. 100-103), ao justificar o fato de as cortes terem a última palavra sobre o sentido da Constituição, identifica o judiciário e, mais especificamente, a corte constitucional, como o fórum dos princípios; local onde as questões mais fundamentais dos cidadãos serão finalmente tratadas como questões de princípios e de justiça, e não com base no poder político, como ocorre no âmbito da legislatura<sup>85</sup>. O argumento dworkiniano, como visto, está presente em boa parte dos autores que defendem a legitimidade das sentenças aditivas e de sua natureza vinculante.

Quanto ao primeiro fundamento utilizado para defender a supremacia judicial, cumpre registrar que não se pode confundir supremacia da constituição com supremacia da interpretação dada pelas cortes. Ou seja, não se pode confundir a opinião que as cortes têm sobre a constituição e a própria constituição em si. Com efeito, a interpretação oferecida pela corte é apenas uma interpretação possível. Nada impede que os demais poderes possam interpretar a constituição de maneira diversa durante o contínuo processo de interpretação constitucional. Cada poder tem igual autoridade e responsabilidade para interpretá-la no desempenho de suas funções institucionais e não há, portanto, um intérprete supremo (WHITTINGTON, 2002, p. 783-784).

Ademais, a constituição, ao dispor sobre as estruturas organizacionais do estado e sobre os procedimentos de tomada de decisão política, funciona como base de atuação para

---

<sup>85</sup> Aliado a esses três argumentos, afirma-se ainda, na defesa da supremacia judicial, o fato de que os juízes seriam imparciais ao apreciar a constitucionalidade das leis (*nemo iudex in sua causa*). O argumento também comporta algumas restrições. Primeiro, porque não se pode deixar de considerar que, quando os juízes decidem os limites do controle de constitucionalidade, decidem sobre os limites dos seus próprios poderes. Depois, porque, nas grandes questões constitucionais, a imparcialidade somente existiria se a decisão fosse tomada fora da sociedade política, já que, em geral, as cortes decidem sobre os direitos que os cidadãos têm, inclusive, os próprios membros das cortes. Cf.: WALDRON, 1999, p. 295-296.

todos os poderes<sup>86</sup>, que, invariavelmente, terão de interpretá-la em um processo dinâmico que pode ocorrer tanto de forma coordenada entre os poderes quanto de forma conflituosa.

Portanto, descabe falar em última palavra a ser conferida a um dos poderes. A interpretação constitucional é um processo dinâmico que envolve não apenas as cortes, como também as instituições extrajudiciais. Nesse sentido, a supremacia judicial, assim como a supremacia parlamentar, diminui as possibilidades de respostas que o sistema político-constitucional pode gerar. Além disso, atribuir a interpretação final da constituição a uma única instituição restringe a possibilidade do ressurgimento de antigas controvérsias ou o advento de novas perspectivas entre as instituições sobre o mesmo problema constitucional.

O segundo argumento em defesa da supremacia judicial diz que a ausência de supremacia produziria um quadro caótico para o sistema jurídico-político da sociedade. No entanto, vale destacar que a incerteza e a instabilidade podem existir mesmo em um regime de completa supremacia judicial.

Em primeiro lugar, porque existe sempre a possibilidade de superação das decisões judiciais, tanto pela mudança de entendimento da corte quanto pela mudança dos membros da corte<sup>87</sup>. Depois, porque, embora as decisões judiciais tendam a orientar os demais atores políticos e sociais, elas, dificilmente, irão por fim a grandes controvérsias morais existentes na sociedade, em especial quando fundadas no preconceito difuso. É dizer: decisões judiciais, ainda que sejam importantes para fomentar a deliberação democrática nas instituições eleitas, isoladamente, elas não mudam uma sociedade.<sup>88</sup>

A escolha, portanto, não é entre a completa ordem – supremacia judicial – e o completo caos – ausência de supremacia –, mas entre diferentes tipos de estabilidade e de mecanismos institucionais para atingi-la. Com efeito, assim como os autores judiciais, os atores extrajudiciais também buscam estabilidade e previsibilidade em sua atuação, ainda que com o objetivo de ampliar o eleitorado – o que, por si só, não tem nada de errado. Além disso, a necessidade de largas coalizões para as mudanças políticas reforça o grau de estabilidade

---

<sup>86</sup> Vale registrar que não apenas os poderes estatais, como também os atores não formais da esfera pública – os cidadãos, os profissionais do direito, os acadêmicos – são legítimos intérpretes da Constituição. Nesse sentido, Häberle (2002, p. 13), em sua sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, assinala que os poderes e órgãos estatais, bem como os cidadãos e grupos da sociedade civil organizada, estão envolvidos no processo de interpretação constitucional, que não pode ser atribuído a um único órgão do Estado.

<sup>87</sup> Recentemente, no Brasil, a mudança de composição do Supremo Tribunal Federal alterou o entendimento sobre a competência da corte para decretar a perda de mandato político em caso de condenação criminal de parlamentar.

<sup>88</sup> No contexto norte-americano, a despeito de *Brown v. Board of Education*, em vários estados do sul, a segregação racial nas escolas ainda persistiu por mais de dez anos. Cf.: TUSHNET, 1999, p. 135-136; SUNSTEIN, 1993, p. 146-147. No contexto brasileiro, pode-se dizer que mesmo ocorre no tocante às uniões homoafetivas. A despeito da decisão do Supremo Tribunal Federal, o preconceito ainda persiste e o tema provoca grandes controvérsias na sociedade brasileira.

das respostas dadas pelas instituições eleitas. Portanto, na verdade, o que se percebe é que os defensores da supremacia judicial, em geral, dão pouca importância para como os atores extrajudiciais lidam com a constituição.<sup>89</sup>

Por outro lado, como enfatiza Kramer (2004, p. 235-236), ainda que não exista formalmente a supremacia judicial, as cortes podem buscar encerrar boa parte das controvérsias constitucionais. Isso porque as decisões das cortes, em regra, vêm depois da manifestação institucional dos demais poderes. Na prática, isso significa que suas decisões serão as finais, exceto quando a oposição tiver força o suficiente para suplantar os obstáculos do sistema político – maioria na Câmara, no Senado e concordância do presidente da República – e, então, superá-las. Portanto, as cortes constitucionais não precisam de supremacia judicial para ter respeito e apoio de outros atores políticos, mesmo no caso de decisões impopulares. Basta a corte adquirir a confiança e o respeito institucional do público como um seguro intérprete da constituição e ela poderá ter a palavra final, mesmo sem a ter formalmente ou mesmo sem ser infalível.

Uma experiência empírica nesse sentido é a canadense. A Carta de Direitos do Canadá, na seção 33, adota a chamada cláusula não obstante (*notwithstanding clause*), que autoriza as legislaturas nacional e das províncias a aprovarem uma lei, por períodos renováveis de cinco anos, não obstante as disposições da Carta de Direitos. Dessa forma, a referida cláusula permite que, declarada uma lei inconstitucional pela Suprema Corte canadense, a legislatura supere a decisão da corte com a aprovação dessa mesma lei, não obstante as disposições da Carta de Direitos (na verdade, não obstante a interpretação dada pela corte à disposição da Carta de Direitos). No entanto, a cláusula não obstante nunca foi usada pela legislatura nacional e foi raramente usada pelas legislaturas das províncias. Portanto, mesmo sem ter formalmente a palavra final, as cortes podem encerrar boa parte das discussões constitucionais, basta que adquiram confiança dos demais poderes e do povo como um fiel intérprete da Constituição.<sup>90</sup>

Por fim, o terceiro fundamento utilizado para justificar a supremacia judicial é o de que as cortes são o fórum mais seguro para a preservação de direitos fundamentais cujas decisões são orientadas por princípios, e não pelo peso dos números (e dos votos) ou pela pressão política. Isto é, o controle judicial ofereceria um tipo superior de deliberação, quando comparado com o parlamento. Como dito, o argumento é bem delineado por Dworkin (1996,

---

<sup>89</sup> Cf.: KRAMER, 2004, p. 234-235; TUSHNET, 1999, p. 26-30; SUNSTEIN, 1993, p. 8.

<sup>90</sup> Essa relação entre a Suprema Corte do Canadá e as legislaturas é classificada pela doutrina como modo dialógico de controle de constitucionalidade. Sobre o tema, cf.: TUSHNET, 2008, p. 47-52, GARDBAUM, 2010, p. 171-173. Ver também: HOGG; BUSHELL, 1997, p. 75-91.

p. 30-31), quando afirma que “os cidadãos exercem melhor as responsabilidades morais da cidadania quando a decisão final sobre direitos é retirada da política ordinária e atribuída às cortes, cujas decisões são orientadas por princípios, e não pelo peso dos números ou pela balança da influência política”.

A principal dificuldade desse argumento é o fato de ele ser apresentado sem nenhuma comprovação empírica. Constrói-se uma visão romântica do judiciário, ao mesmo tempo em que se adota uma visão cética do parlamento<sup>91</sup>. É como se o judiciário sempre oferecesse as melhores respostas para questões substantivas quando comparado com as legislaturas. No entanto, tanto as instituições judiciais como as instituições parlamentares são falíveis e o olhar crítico deve existir em relação a ambas.

Ademais, diversamente do que o argumento pressupõe, os juízes nem sempre decidem com argumentos estritamente jurídicos (ou de princípios), mas também levam em consideração aspectos políticos em suas decisões. Além disso, os juízes sofrem pressão política e da esfera pública ao tomarem suas decisões. Pensar de modo diferente é imaginar que juízes estão isolados da sociedade política em que vivem.

Outrossim, afirmar que a preservação de direitos fundamentais é uma questão de princípios e de justiça, não relacionada com o peso dos números, é o mesmo que dizer que as decisões das cortes, em caso de discordância, não deveriam ser tomadas com base na regra da maioria, mas sim a partir da prevalência do melhor e mais racional argumento<sup>92</sup>.

Por outro lado, dizer que as legislaturas não levam os direitos a sério é ignorar ou desprezar a atividade político-parlamentar. Parlamentares também podem estar interessados em fazer uma boa política, bem como em construir uma boa imagem perante os demais membros do parlamento e perante os eleitores. Ademais, os legisladores nem sempre buscam atender somente um determinado grupo de eleitores. Às vezes, os parlamentares visam à formação de um eleitorado mais amplo e heterogêneo, o que pode conduzir à proteção de

---

<sup>91</sup> Sobre a construção de um retrato idealizado da tarefa de julgar acompanhado de uma visão cética da legislatura, retratada como um balcão de negócios, de trocas de favores, de negociações, cf.: WALDRON, 2003, p. 1-42.

<sup>92</sup> Nesse sentido, Waldron destaca que os tribunais, no caso de discordância, mesmo após a deliberação (e talvez, principalmente, após a deliberação), também empregam a decisão majoritária. Assim, se a votação majoritária – em contraste com um processo racional compatível com altas indagações sobre política, moralidade e justiça – fosse um processo arbitrário, boa parte da produção jurisprudencial das cortes constitucionais seria arbitrária. Cf.: WALDRON, 1999, p. 90-91; 2003, p. 156-157.

grupos minoritários<sup>93</sup>. Aliás, no contexto brasileiro, existem diversas leis federais e estaduais com o objetivo de proteger os direitos de minorias.<sup>94</sup>

Não bastasse, quando se analisa o direito comparado, a assertiva de que a supremacia judicial é necessária para a preservação de direitos fundamentais fica ainda mais sem amparo na realidade. O Canadá<sup>95</sup>, o Reino Unido<sup>96</sup> e a Nova Zelândia<sup>97</sup> são exemplos de países que não adotam a supremacia judicial e, nem por isso, pode-se afirmar, de forma generalizada, que os direitos não são levados a sério e que não há respeito aos direitos individuais e de minorias. Esses países adotam variações do que a doutrina denomina de controle judicial de constitucionalidade fraco (*weak-form of judicial review*). Nesses sistemas, as decisões das cortes podem ser superadas pelas legislaturas a partir de uma regra de decisão não muito diferente da utilizada no processo legislativo ordinário.

Por fim, além de a supremacia judicial estar baseada em pressupostos equivocados, cumpre registrar que ele pode provocar efeitos deletérios no desenho político-institucional. Nesse sentido, Tushnet (1999, p. 57-65) assinala que a supremacia judicial distorce a atividade parlamentar das seguintes maneiras: a) diminui a responsabilidade dos legisladores quanto à preocupação com a Constituição<sup>98</sup>; b) leva os legisladores a promulgarem leis que não coincidam com a manifestação institucional do parlamento; c) força a legislatura a trabalhar com termos e com a interpretação dada pelas cortes; d) desvirtua a deliberação no

<sup>93</sup> Ver: TUSHNET, 1999, p. 65-70; WHITTINGTON, 2002, p. 835-844.

<sup>94</sup> Cf.: Lei Maria da Penha (Lei Federal n.º 11.340/2006), Estatuto do Índio (Lei Federal n.º 6.001/1973), Estatuto da Igualdade Racial (Lei Federal n.º 12.288/2010), Lei n.º 10.948/2001 do Estado de São Paulo que dispõe sobre penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão da orientação sexual.

<sup>95</sup> No Canadá, as cortes podem declarar a invalidade das leis quando violarem o *Canadian Charter of Rights*, adotado em 1982. Entretanto, a seção 1 do *Charter* permite que as legislaturas promovam limitações devidamente justificadas quanto aos direitos garantidos na carta, bem como a seção 33 autoriza que as legislaturas do Canadá aprovem leis, nada obstante o disposto no *Charter*, por períodos renováveis de cinco anos. Cf.: GARDBAUM, 2012, p. 173-182; TUSHNET, 2008, p. 31-33.

<sup>96</sup> No Reino Unido, os tribunais devem interpretar a lei em conformidade com o *British Human Rights Act*, adotado em 1998. Caso essa interpretação não seja possível, o tribunal pode declarar a incompatibilidade da lei com o *Human Rights Act*. A declaração de incompatibilidade não torna a lei inválida e não tem efeito no caso concreto. No entanto, um ministro do governo pode dar início a um procedimento para corrigir a incompatibilidade, poder que não teria sem a declaração judicial. Cf.: GARDBAUM, 2012, p. 188-196; TUSHNET, 2008, p. 27-31.

<sup>97</sup> Na Nova Zelândia, as cortes não podem invocar o *Bill of Rights Act*, adotado em 1990, para declarar a invalidade de uma lei ou recusar a sua aplicação. No entanto, segundo o *Bill of Rights Act*, sempre que uma lei puder ser interpretada em conformidade com os direitos e liberdades contidos na Carta de Direitos, esse significado deverá ter preferência frente aos demais. Cf.: GARDBAUM, 2012, p. 182-188; TUSHNET, 2008, p. 25-27.

<sup>98</sup> No Brasil, a Lei da Ficha Limpa lembra um pouco a hipótese. Alguns parlamentares aprovaram a lei, mesmo com o entendimento de que a lei era inconstitucional em alguns temas, com a certeza de que o Supremo Tribunal Federal declararia a lei inconstitucional, o que, no entanto, acabou por não ocorrer.

parlamento, que passa a reproduzir no congresso os debates legais que ocorrerem na corte constitucional<sup>99</sup>; e) serve de instrumento de barganha política entre os parlamentares.

### **2.1.2 O caráter essencialmente contramajoritário das cortes na proteção de direitos individuais e de minorias**

O segundo ponto que merece atenção dentro da corrente favorável às sentenças manipulativas com efeitos aditivos diz respeito à natureza contramajoritária da corte constitucional. Argumenta-se, em linhas gerais, que tais decisões são legítimas, haja vista a natureza intrinsecamente contramajoritária das cortes constitucionais na proteção de direitos individuais e de minorias. Como consequência, a partir dessa natureza intrinsecamente contramajoritária, percebe-se que essa corrente introduz um critério de legitimação vinculado a determinado resultado substantivo, qual seja: as sentenças com efeitos aditivas são legítimas quando protegerem os direitos individuais e de minorias, mas não quando a decisão for contrária.

Nesse sentido, a natureza contramajoritária das cortes é destacada por Branco, Paiva e Miranda. Já a consequência dessa premissa é delineada por Miranda que, nesse sentido, afirma que questões materiais sobre a concretização de direitos (isto é, aspectos substantivos) devem se sobrepor a questões orgânico-funcionais (isto é, aspectos procedimentais). Ou seja, o importante para a legitimidade das sentenças com efeitos aditivos são apenas aspectos substantivos e a legitimidade do resultado por elas produzido, mas não aspectos procedimentais.<sup>100</sup>

A argumentação não é nova. Remete à fundamentação acerca da própria legitimidade de controle judicial de constitucionalidade baseada na compreensão de um tipo ideal da atividade de julgar, que atua a favor dos direitos individuais e de minorias.<sup>101</sup>

<sup>99</sup> Em regra, os debates que ocorrem nas cortes estão voltados para a interpretação de textos de lei, o que nem sempre é o mais indicado para discussões morais e científicas, tais como aborto e eutanásia.

<sup>100</sup> Cf.: seção 2.1.

<sup>101</sup> Sobre a natureza contramajoritária das cortes, cf.: BICKEL, 1962, p. 16-23. Segundo Bickel, as cortes representam uma força contramajoritária dentro do sistema político-constitucional. Na mesma linha, ainda que sem atribuir à revisão judicial da legislação a grandiosidade que parece ter assumido em alguns países atualmente, Hamilton, no Federalista 78, já esboçava o retrato ideal dos juízes na proteção de direitos de grupos minoritários contra ataques de facção majoritária, mal intencionada e movida por caprichos momentâneos. Cf.: HAMILTON, 2003, p. 457-463.

Nesse sentido, Dworkin, ao defender os juízes como os intérpretes da moralidade da comunidade política, afirma que uma teoria de legitimação do controle judicial de constitucionalidade deve estar baseada em direitos substantivos enquanto trunfos contra a vontade da maioria. Assim, Dworkin, em leitura moral da constituição, afirma que a legitimação para a revisão judicial da legislação deve ser orientada pelo resultado, e não pelo procedimento. Para o autor, se a decisão da corte for correta, a decisão não é antidemocrática. Por outro lado, se a decisão estiver errada, a decisão da corte não é legítima (DWORKIN, 2005, p. 82; 1996, p. 32-34).

É certo que o controle judicial de constitucionalidade pode ter como consequência a proteção de direitos individuais e de minorias. Porém, a sua legitimação não está fundamentada na premissa contramajoritária, nem em determinado resultado substantivo que ele produz. Na verdade, o controle judicial de constitucionalidade (e, como consequência, suas técnicas decisórias) é um procedimento de tomada de decisões jurídico-políticas (LEVINSON, 2011, p. 681-693). Ele pode ser estabelecido em uma sociedade política tanto em razão de circunstâncias normativas quanto em razão de circunstâncias político-institucionais, de modo que a revisão judicial da legislação não é uma decorrência lógica de qualquer sistema político-constitucional.<sup>102</sup>

Assim, uma vez criado e estabelecido, o controle judicial de constitucionalidade legitima-se como um procedimento de tomada de decisões jurídico-políticas, ou seja, como procedimento de resolução de controvérsias substantivas, tal como outros procedimentos de tomada de decisões (por exemplo, o legislativo e o executivo) existentes em uma democracia política.

De outro lado, por ser o controle judicial de constitucionalidade um procedimento de tomada de decisão, não há como vincular a sua legitimidade – ou das sentenças manipulativas com efeitos aditivos – a determinado resultado substantivo. Assim, como procedimento de resolução de controvérsia político-jurídica, o controle judicial de constitucionalidade deixa aberta a possibilidade para respostas substantivas supostamente erradas<sup>103</sup>. Isso porque uma das características dos procedimentos de tomada de decisão é justamente a incerteza quanto aos resultados que serão produzidos ao longo do tempo (LEVINSON, 2011, p. 692-695).

---

<sup>102</sup> Nesse sentido, Grimm afirma que o controle judicial de constitucionalidade não é decorrência lógica do constitucionalismo. Ele resulta mais de uma opção constituinte e de uma cultura política. Cf.: GRIMM, 2006, p. 3-22.

<sup>103</sup> A possibilidade de ter que conviver com decisões substantivas erradas é o paradoxo de qualquer teoria política. E esse paradoxo não é algo anômalo, mas algo normal, pois o desacordo é uma circunstância da vida política moderna. Cf.: WALDRON, 1999, p. 246-247.

Ademais, afastar a incerteza do procedimento de controle judicial de constitucionalidade é impedir o seu estabelecimento e seu entrenchamento no decorrer no tempo. Noutras palavras: excluir a incerteza do controle judicial de constitucionalidade é bloquear a sua estabilização e sua perpetuação. Isso ocorre porque os atores políticos e sociais apenas podem concordar e manter determinado procedimento ao longo do tempo – no caso, o controle judicial de constitucionalidade – quando não se conhece quais resultados eles produzirão no futuro. Ou seja, quando não se sabe se o controle judicial de constitucionalidade – ou qualquer outra instituição ou procedimento de tomada de decisão – irá beneficiar em seus resultados o partido político governista ou o partido político oposicionista, o liberal ou o conservador, a direita ou a esquerda (LEVINSON, 2011, p. 686-687).

Outra dificuldade de relacionar a legitimação das sentenças manipulativas com efeitos aditivos ao resultado gerado pelo procedimento de tomada de decisão política é que cidadãos, mesmo de boa-fé, podem discordar quanto aos resultados. Com efeito, o desacordo sobre direitos é uma das circunstâncias da sociedade política moderna. Portanto, não tem como se definir a legitimidade do procedimento judicial de revisão da legislação com base em uma teoria de direitos substantivos, ou seja, com base na correção ou não dos resultados substantivos. É dizer: não se pode recorrer a um critério de legitimação vinculado ao resultado substantivo, porque as pessoas discordam sobre qual seria o melhor resultado, qual seria o significado e a implicação de determinado direito individual, qual resultado seria justo ou não, sobre qual resultado seria tirânico ou não. Em resumo: as pessoas discordam a propósito de quando os direitos são ou não levados a sério (WALDRON, 1999, p. 292-295; 2009, p. 258-260).

Nesse contexto, como aponta Waldron (2009, p. 245-246), recorrer a uma teoria substantiva na linha da leitura moral de Dworkin iria apenas reproduzir o desacordo inicial. Isto é, em razão do dissenso sobre direitos, asseverar que os direitos são trunfos contra a decisão majoritária significa determinar qual concepção e implicação de direito irá triunfar necessariamente. Ocorre que, como afirmado, as pessoas discordam justamente sobre essa concepção e implicação.

Mas não é só. A demonstrar que o controle judicial de constitucionalidade é apenas um processo de tomada de decisão política e nem sempre representa uma força contramajoritária, cumpre ressaltar que *Marbury v. Madison*, apontado como o precedente

histórico mais importante, não teve relação com a proteção de minorias, mas com o poder do governo de apontar e remover juízes de paz.<sup>104</sup>

Da mesma sorte, no âmbito das sentenças manipulativas com efeitos aditivos, verifica-se que a primeira sentença aditiva – sentença 168/1963 – não teve nenhuma relação com a defesa de direitos individuais ou de minorias, mas sim com a autonomia do Conselho Superior da Magistratura da Itália. O mesmo ocorreu com a primeira sentença substitutiva – sentença 15/1969. A decisão não esteve relacionada com a proteção de direitos fundamentais ou de minorias, mas com o poder institucional da Corte Constitucional da Itália de autorizar o início de ação por crime de desacato à corte.<sup>105</sup>

Por sua vez, no contexto brasileiro, registre-se a decisão de caráter aditivo proferida na petição n.º 3.388/RR que versou sobre a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em que o Supremo Tribunal Federal impôs várias condicionantes ao usufruto da terra pelos índios, algumas delas desfavoráveis à minoria indígena.

Ainda sobre o caráter essencialmente contramajoritário das cortes, outro dado importante a ser considerado é o fato de que, embora existam decisões contramajoritárias, as cortes, em geral, tendem a decidir em sintonia com o sistema político e social no qual estão inseridas. Nunca é demais ressaltar que os juízes (ou parte deles), além de serem indicados pelo poder executivo (ou legislativo), como membros da sociedade, podem refletir os mesmos desacordos presentes na comunidade política.<sup>106</sup>

Outrossim, a situação retratada torna-se mais problemática quando se está diante de um sistema em que o poder político esteja altamente centralizado, como ocorre em regimes totalitários, o que torna ainda mais improvável a atuação contramajoritária das cortes.

---

<sup>104</sup> No contexto norte-americano, outros precedentes demonstram que o controle judicial de constitucionalidade nem sempre se prestou à proteção de minorias. Nesse sentido, cite-se os precedentes da Suprema Corte norte-americana: *Korematsu v. United* (que recusou proteger cidadãos de descendência japonesa do confinamento em campos de prisioneiros durante a Segunda Guerra Mundial); *Prigg v. Pennsylvania* (que anulou legislação estadual que protegia negros de caçadores de escravos); *Dred Scott v. Sanford* (que declarou que o governo federal não tem o poder de libertar escravos nos territórios federais); *Lochner v. New York* (que declarou inconstitucional lei trabalhista que limitava a jornada de trabalho). Sobre o tema, ver: WALDRON, 2006, p. 1377. Mais recentemente, cite-se *Schuette v. Bamm*, 572 U.S (2014), em que a Suprema Corte estadunidense convalidou emenda à Constituição do Estado do Michigan que proibiu ações afirmativas decorrentes de raça e origem nas universidades pública do estado.

<sup>105</sup> Cf.: seções 1.2 e 1.4.

<sup>106</sup> Sobre o fato de que os tribunais, em geral, tomam decisões alinhadas com a força política majoritária, pois fazem parte do mesmo sistema político, cf.: DAHL, 1957, p. 284-286; LEVINSON, 2011, p. 736; TUSHNET, 2009, p. 221-241; WHITTINGTON, 2002, p. 831-835. Nesse sentido, Whittington (2002, p. 832-833) aponta que, no contexto norte-americano, durante o período em que o racismo era mais forte, os juízes, geralmente, refletiam a crença racial dominante. Da mesma maneira, durante o tempo em que as elites estavam preocupadas com os direitos de propriedade, o judiciário também mostrava-se simpático a essas preocupações. Mesmo durante o período da Corte Warren, as atuações desta eram largamente compatíveis com a maioria das preferências da sociedade americana.

Nesse sentido, como aponta Ros (2007, p. 94), quanto mais concentrado o poder em um sistema político – seja em um partido, em uma instituição, em uma coalização de governo –, menor a possibilidade de atuação contramajoritária de uma corte. De outro lado, quanto maior a distribuição do poder no sistema político, maior a possibilidade de atuação independente do judiciário. Isso porque, quando o sistema político é menos concentrado, a chance de uma decisão judicial contrária a grupos majoritários ser apoiada e cumprida é maior.

Portanto, a noção de um tribunal contra tudo e contra todos, que sempre oferecerá respostas justas e em favor dos grupos minoritários, parece bastante rósea, muitas vezes, sem amparo na realidade do sistema político-constitucional. Com efeito, a prática do controle judicial de constitucionalidade não pode fazer muita coisa se não houver um mínimo de apoio dos atores políticos e sociais, em especial quando se está diante de direitos de minorias.<sup>107</sup>

Por fim, importa ressaltar que não se está a dizer que o controle judicial de constitucionalidade é indiferente em um sistema político. O judiciário pode identificar violações a direitos constitucionais que não despertem atenção ou tenham escapado à observância do poder político, até mesmo por possuir capacidades institucionais diversas das capacidades dos demais poderes.<sup>108</sup> As cortes podem ainda ser importantes para grupos minoritários que não conseguem se defender no processo político majoritário, notadamente quando o poder político esteja descentralizado. O que se afirma é apenas que a natureza contramajoritária não é intrínseca à atuação das cortes constitucionais e que, caso o poder político esteja altamente centralizado, as cortes tendem a não atuar contra ele. Em resumo: o que se pretende aqui é desmitificar a visão romântica de atuação contramajoritária do controle judicial de constitucionalidade. E, como consequência dessa premissa, o que se sustenta é que o controle judicial de constitucionalidade (e de suas técnicas de decisão) legitima-se como procedimento de tomada de decisões político-jurídicas, e não com base em determinado resultado substantivo de eventual proteção de minorias ou não.

---

<sup>107</sup> Nesse sentido, na experiência norte-americana, Dahl procura demonstrar empiricamente que a Suprema Corte estadunidense dificilmente atua contra maiorias estáveis e persistentes, ao passo que está mais propensa a atuar contra maiorias de ocasião. Cf.: DAHL, 1957, p. 284-286.

<sup>108</sup> Como, por exemplo, o fato de se manifestar, em regra, após a atuação dos demais atores políticos, normalmente a partir de casos concretos, permite ao judiciário ter uma visão *a posteriori* da legislação.

### 2.1.3 A omissão do legislador, o princípio majoritário e a proteção de minorias

Por fim, o terceiro ponto a ser analisado dentro da corrente favorável à legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos diz respeito ao problema da omissão legislativa e da proteção de minorias. Afirma-se, grosso modo, que as sentenças manipulativas com efeitos aditivos são legítimas porque as minorias devem ser protegidas contra omissões do parlamento. O argumento está presente em praticamente todos os autores que defendem a legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos.

O argumento, entretanto, comporta algumas restrições. Ele, se conduzido de forma simplista, pode provocar verdadeiras distorções no processo político e na deliberação democrática, na medida em que pode permitir que simples minorias políticas – embora tenham participado do processo político de deliberação em igualdade de condições – obtenham nas cortes, por meio de sentenças manipulativas com efeitos aditivos, o que não conseguiram nas instituições eleitas.

Nessa perspectiva, é preciso perquirir que omissões, em princípio, legitimariam a atuação do judiciário. Por exemplo, uma omissão do parlamento em aprovar uma reforma política autorizaria uma decisão com efeitos aditivos por parte da corte constitucional? Uma omissão do congresso em aprovar e modificar as formas de financiamento de campanha eleitoral legitimaria uma atuação judicial ao fundamento de que violaria o princípio abstrato de igualdade de voto<sup>109</sup>? Uma omissão do congresso em aprovar projeto de lei que descriminaliza o aborto legitimaria uma sentença aditiva com o argumento de que a ausência de lei feriria o princípio da dignidade da mulher?

Uma resposta a essas questões parte de duas premissas: a primeira diz que o desacordo sobre direitos existe em qualquer sociedade política moderna; a segunda afirma que o fato de a minha opinião não prevalecer não significa necessariamente uma tirania da maioria.

Com efeito, o desacordo – em especial o dissenso sobre os direitos<sup>110</sup> – é a característica mais proeminente das democracias contemporâneas. Na verdade, o dissenso é inerente à própria ideia de Estado de Direito. A ausência de desacordo na esfera pública é sério indicativo de um regime totalitário. Ademais, diversamente do que se costuma afirmar, o desacordo sobre direitos não é prejudicial. Pessoas de boa-fé e conscienciosas, mesmo após

<sup>109</sup> O tema está em discussão no Supremo Tribunal Federal na ADI 4650. Ver: Informativo n.º 732 do STF.

<sup>110</sup> O desacordo existe não apenas sobre direitos, mas também pode ser sobre concepções de bem comum, política, justiça, valores, dentre outras.

deliberação, podem discordar, pelo simples fato de terem concepções diferentes sobre a mesma questão. Nesse contexto, o desacordo pode ser apenas um sinal de que as pessoas levam os direitos a sério e têm o direito de participar e expressar sua opinião no processo político-democrático (WALDRON, 1999, p. 311-312).

Como destaca Waldron (1999, p. 11-12), o desacordo sobre direitos pode ocorrer em três níveis: a) desacordo sobre o que deve ser considerado direito; b) desacordo sobre quais direitos nós temos e em que esses direitos estão baseados; c) e, uma vez previstos na legislação, desacordo sobre o que esses direitos significam e quais são suas implicações. Portanto, a ausência de previsão de determinado direito – ou seja, a suposta omissão legislativa – pode ser fruto de um mero desacordo existente na sociedade política.

No entanto, a despeito da existência do desacordo sobre direitos substantivos, a vida em sociedade somente é possível se as pessoas adotarem uma ação conjunta. É claro que não se trata de uma tarefa fácil, ainda mais quando se considera que cada um tem um projeto de vida individual e que a ação comum pode gerar conflitos intersubjetivos. Mas é a ação comum e concertada que permite o atingimento de inúmeros objetivos individuais e coletivos, como, a proteção à igualdade racial, a proteção ao meio ambiente, a proteção contra o trabalho infantil, a limitação da jornada de trabalho, a operação de um sistema coletivo de saúde, as condições ao livre exercício do mercado, a proteção aos direitos humanos. Nessa perspectiva, a ação conjunta representa uma conquista da vida humana. Ela propicia a aquisição de direitos e, ao final, a própria vida em sociedade (WALDRON, 1999, p. 101).

Esse cenário é o que Waldron (1999, p. 103-106) denomina de circunstâncias da política<sup>111</sup>. De um lado, existe o dissenso, na medida em que vivemos com pessoas que não compartilham a mesma opinião sobre justiça, direitos, política, moral. De outro, tem-se a necessidade e a preferência pela ação coordenada, sem a qual os interesses individuais e coletivos não seriam atingidos. Ou seja, ao mesmo tempo em que há discordância sobre

---

<sup>111</sup> A ideia de circunstâncias da política é adaptada por Waldron a partir da discussão de Rawls sobre as circunstâncias da justiça. De acordo com Rawls, as circunstâncias da justiça são aspectos da condição humana, tais como a escassez moderada, o pluralismo razoável e o altruísmo limitado, que tornam a justiça como uma virtude e uma prática tanto possível quanto necessária. Rawls, porém, não tem uma concepção puramente procedimental. Segundo Rawls (1971, p. 60-61), nós concordamos sobre dois princípios da justiça na posição original: 1) “cada pessoa deve ter um direito igual à mais extensa liberdade básica compatível com uma liberdade similar dos outros”; 2) “as desigualdades sociais e econômicas devem ser organizadas de modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que elas sejam uma vantagem para todos, e (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos”. Para o autor, esses dois princípios da justiça estão previamente definidos, e os desacordos são decorrentes de como aplicamos esses princípios, e não decorrentes de quais princípios aplicar. Nesse sentido, afirma Rawls (1971, p. 198): “na construção da constituição justa, pressuponho que os dois princípios da justiça previamente definem um padrão independente de resultado desejado. Se não existir tal padrão, o problema do desenho constitucional não está bem posto [...]”. Sobre o tema, cf.: RAWLS, 1971, p. 126-130, 195-205; RAWLS, 1993, p. 164-168. Ver também: WALDRON, 1999, p. 149-163.

direitos, moral, justiça, existem o interesse e a necessidade por uma ação coletiva, na medida em que a cooperação social possibilita, para todos, uma vida melhor do que qualquer um teria se decidisse viver sozinho por seus próprios interesses.<sup>112</sup>

As circunstâncias da política – que, na verdade, são circunstâncias da própria sociedade política moderna – são, portanto, como um par conjugado. Por um lado, “a discordância não teria importância se as pessoas não preferissem uma decisão comum”; por outro, “a necessidade de uma decisão comum não daria origem à política como a conhecemos se não houvesse pelo menos o potencial para a discordância quanto a qual deve ser a decisão comum” (WALDRON, 2003, p. 187).

No entanto, como destaca Waldron, nas circunstâncias da política, a necessidade de uma ação comum não significa fazer desaparecer o desacordo. Pelo contrário, significa apenas “que nossa base comum para a ação em questões de justiça tem de ser forjada no calor das nossas discordâncias, não fundamentada na suposição de um consenso sereno que existe apenas como ideal” (WALDRON, 2003, p. 189).<sup>113</sup>

Em razão das circunstâncias da política – ou seja, em razão da existência do desacordo sobre direitos e da importância da uma ação comum – surge a necessidade de estabelecer procedimentos para a resolução desses desacordos substantivos. Noutros termos: na medida em que discordamos sobre direitos e na medida em que existe o interesse por uma ação conjunta, é necessário criar e compartilhar instituições e procedimentos para tomada de decisões e resolução de controvérsias substantivas.

Imaginar, portanto, que a deliberação política é possível significa considerar que as pessoas podem concordar sobre certos pontos procedimentais mesmo que discorde sobre as questões de mérito. E mais: engajar na sociedade política é subscrever regras procedimentais, mesmo que elas produzam resultados em desacordo com minhas convicções substantivas (WALDRON, 1999, p. 160).

---

<sup>112</sup> Como destaca Waldron, as pessoas tendem a preferir uma ação coordenada, ainda que discordem quanto ao resultado particular. Por exemplo: o namorado prefere ir ao jogo de boxe e a namorada prefere ir ao ballet; mas ambos preferem sair juntos do que cada um fazer sua programação sozinho. Daí surge a necessidade do estabelecimento de um procedimento para a tomada de decisão. Cf.: WALDRON, 1999, p. 103-104.

<sup>113</sup> A partir dessas premissas, Waldron critica teorias deliberativas, que, embora reconheçam o dissenso, defendem o consenso como o resultado político racionalmente adequado. Para essas teorias, o desacordo seria um sinal de incompletude ou de caráter politicamente insatisfatório da deliberação. Haveria algo de errado na deliberação se a razão falha e não se obtém o consenso. Cf.: WALDRON, 1999, p. 91-93; 2003, p. 184. Crítica similar é feita por Neves a Habermas. Neves (2008, p. 124) afirma: “Habermas discute a construção do consenso mediante procedimentos com potencialidade normativa universal como característica da modernidade, sem desconhecer a diversidade de conteúdos valorativos. Parece-me, porém, que, antes de orientar-se à construção do consenso, os ‘procedimentos’ servem, discursiva e funcionalmente, à intermediação do dissenso conteudístico”.

Uma das formas para resolução de controvérsias é a decisão majoritária.<sup>114</sup> Como afirma Waldron (1999, p. 109-114), a decisão majoritária<sup>115</sup> respeita os indivíduos de duas maneiras: (a) respeita as diferentes opiniões das pessoas sobre direitos, justiça e bem comum e não requer que a opinião de ninguém seja desconsiderada ou abafada em razão da importância de um consenso racional e ideal. Ou seja, a decisão majoritária respeita a opinião divergente e não precisa fingir o consenso quando ele simplesmente não existe. Ela admite que pessoas com experiências, inteligências e perspectivas diferentes podem divergir – sobre legalização do aborto, limites da liberdade de expressão, limites do livre mercado, sistema eleitoral, financiamento de campanha – sem que, necessariamente, ocorra má-fé, preconceito, ignorância ou interesse próprio; (b) permite a participação de todos no processo de tomada de decisão e que a opinião de cada um tenha igual peso. Ou seja, a decisão majoritária propicia que o peso da visão de cada membro da comunidade será considerado igual durante o processo de tomada de decisão política. Em resumo: a decisão majoritária, além de respeitar o dissenso, assegura que a visão de cada um terá o peso maior possível, compatível com o peso da visão dos outros (WALDRON, 1999, p. 114).

Por exemplo, as pessoas discordam sobre a abolição ou não de determinado programa de assistência social. Uns são favoráveis – reduzir os gastos públicos, promover incentivos ao trabalho, liberar recursos para museus – e outros são contrários – evitar desabrigados, diminuir os incentivos ao crime, satisfazer necessidades. A decisão majoritária não opera em favor de nenhum dos lados. Ela, como regra de decisão, opera em nível diferente, pois não acrescenta razão para nenhuma das correntes em oposição (WALDRON, 1999, p. 197).<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> Waldron defende o procedimento legislativo – representado pelo princípio majoritário – como o procedimento mais moralmente adequado para a resolução de controvérsia. Para ele, a legislação nada mais é do que a adjudicação (julgamento) da controvérsia sobre direitos. A existência da lei é indício de que há uma opinião em sentido contrário. Portanto, não podemos desobedecê-la simplesmente porque a achamos injusta. Nesse contexto, Waldron aponta o procedimento legislativo como aquele que deve ter a palavra final sobre direitos porque respeita as vozes e as opiniões dos indivíduos. Ademais, o autor assevera que há uma perda para a democracia quando a legislação está submetida à revisão judicial. Sobre o tema, cf.: WALDRON, 1999, p. 107-108; 282-298. No entanto, como se verá na seção seguinte, entende-se que Waldron termina por criar um tipo ideal de legislação, muitas vezes, incompatível com a realidade prática.

<sup>115</sup> Waldron (1999, p. 198) defende que a decisão majoritária não é apenas uma técnica de decisão, mas um método moralmente mais respeitável que outras técnicas ou convenções.

<sup>116</sup> Por outro lado, como sublinha Waldron (1999, p. 198), princípios de justiça para a resolução de desacordos introduzem mais controvérsia e, simplesmente, reproduzem o conflito inicial sobre justiça. É o que ocorre com o princípio da dignidade humana, quando as pessoas discordam sobre se determinada situação fere ou não a dignidade humana. Por exemplo: o caso de arremesso de anões, em que o Conselho de Estado Francês, na decisão n.º 136727, de 27 de outubro de 1985, considerou a prática abusiva por ferir a dignidade humana. Mas o próprio anão discordou da decisão – porque sem trabalho não tinha como se manter e sustentar a própria família – e levou o caso à Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Esta, porém, entendeu que a decisão do Conselho de Estado Francês não era discriminatória aos anões. Portanto, como destaca Waldron (2003, p. 197), quando se adota determinada concepção sobre direito substantivo, acaba-se por privilegiar uma solução controvertida sobre as outras.

Entretanto, o princípio majoritário pressupõe o direito de todos participarem dos aspectos da vida política, como também o direito de participar em igualdade de condições das decisões políticas. É dizer: o princípio majoritário implica o direito de participação dos indivíduos em igualdade de condições no processo de tomada de decisão política.<sup>117</sup>

Nessa perspectiva, o direito de participação reconhece, de um lado, que a voz do indivíduo não é a única na sociedade política e não pode ter peso maior que a voz dos demais participantes. Mas, de outro lado, o direito de participação requer que a voz do indivíduo seja ouvida e levada em consideração no processo de tomada de decisão política (WALDRON, 1999, p. 232-239).

A partir dessas premissas, a conclusão que se tem é que, presente e satisfeito o direito de participação em igualdade de condições, em princípio, não há falar em tirania da maioria. Em resumo: desde que meus interesses tenham sido considerados juntamente com os interesses dos outros, o simples fato de a minha opinião não prevalecer em um processo de deliberação não significa necessariamente tirania da maioria. Isso porque a multiplicidade de experiências e perspectivas é suficiente para as pessoas divergirem, o que não significa má-fé ou ignorância (WALDRON, 1999, p. 13).

Como sublinha Waldron (2006, p. 1395-1369), em qualquer desacordo sobre direitos, a posição perdedora irá tendencialmente pensar que a posição contrária é tirânica. Por exemplo, os fumantes irão dizer que a sujeição a níveis máximos de narcóticos lhes é tirânica. Os defensores do financiamento público de campanha irão pensar que as leis de financiamento privado são tirânicas. Os defensores do aborto irão pensar que a posição pró-vida é tirânica em relação aos direitos das mulheres. Já os defensores da posição pró-vida irão pensar que a posição favorável ao aborto é tirânica em relação aos direitos dos fetos. Se estão certos ou errados, é “uma questão em aberto” (WALDRON, 2006, p. 1396).

Posta a questão nesses termos, o simples fato de o parlamento ser supostamente omissivo – em não modificar a forma de financiamento de campanha eleitoral, em não

---

<sup>117</sup> Waldron identifica o direito de participação como o direito dos direitos. No entanto, segundo o autor, dizer que a participação é o direito dos direitos não significa dizer que ele terá preferência quando em conflito com outros direitos. Por exemplo: ao exercer os direitos de participação, a maioria pode votar no sentido de impor algum limite ao livre exercício da religião. Se o direito de participação fosse superior, significaria dizer que a liberdade religiosa teria de ceder ante o direito de participação. O que não é o caso. Dizer que o direito de participação é o direito dos direitos significa apenas que a participação é “o direito cujo exercício parece peculiarmente apropriado em situações em que detentores de direitos discordam razoavelmente sobre os direitos que eles têm” (WALDRON, 1999, p. 232). Ademais, segundo o autor, o direito de participação tem estreita relação com o direito ao voto, o qual assume tanto um aspecto negativo (liberdade de expressar uma preferência por determinado candidato sem interferência do estado) como um aspecto positivo (exigência de o voto ser computado e produzir efeitos em um sistema de decisão coletiva). Cf.: WALDRON, 1999, p. 233-234.

descriminalizar o uso das drogas, em não legalizar o aborto, em não permitir a eutanásia – não significa tirania da maioria, necessariamente. Uma suposta omissão do legislador pode somente representar um simples dissenso na sociedade sobre os direitos que nós temos, situação própria de qualquer democracia.

Portanto, encarada de forma simplista, a afirmação de que as sentenças manipulativas com efeitos aditivos são legítimas para a proteção de minorias pode conduzir a verdadeiras distorções no sistema político e na deliberação democrática. Essa afirmação poderia legitimar que qualquer minoria perdedora do processo político majoritário consiga nas cortes, por meio de sentenças manipulativas com efeitos aditivos, aquilo que ela não obteve nas legislaturas, mesmo que tenha participado do processo de tomada de decisão política em igualdade de condições. Entretanto, sempre que uma lei é ou não aprovada, haverá uma minoria perdedora, o que não necessariamente significa um caso de impossibilidade de participação no processo político de tomada ou de ausência de condições de igualdade de participação.

Dessa forma, quando se fala em minorias a serem protegidas por sentenças manipulativas com efeitos aditivos, é necessário desenvolver o argumento, o qual não pode ser visto de maneira simplificada.

É nesse contexto que ganha importância a distinção entre meros perdedores do processo político democrático das minorias chamadas minorias discretas e insulares<sup>118</sup>. Minorias discretas são grupos facilmente identificados, que compõem uma parcela minoritária na sociedade, como os negros em uma sociedade majoritariamente branca. Já minorias insulares são grupos isolados no sentido de não compartilharem muitos interesses com aqueles que não compõem seu grupo, a exemplo dos índios. Em resumo: as minorias discretas e insulares são minorias que não conseguem se defender no processo político majoritário.<sup>119</sup>

Nesse sentido, como destaca Tushnet, em todo processo de votação de uma lei, existe, em regra, um perdedor. No entanto, ninguém imagina “que os assaltantes merecem especial proteção porque as legislaturas tornaram o roubo um crime” (TUSHNET, 1999, p. 159). Portanto, é preciso diferenciar entre “meros perdedores e minorias que perdem porque não podem se proteger na política” (TUSHNET, 1999, p. 159).

---

<sup>118</sup> A expressão está contida na famosa nota de rodapé n.º 4 do juiz Harlan Stone, no caso *United States v. Carolene Products Co.*, decidido pela Suprema Corte norte-americana em 1938. De acordo com a decisão, “o preconceito contra minorias discretas e insulares pode ser uma condição especial, que tende a restringir seriamente o funcionamento dos processos políticos com os quais se pode normalmente contar para proteger as minorias”. Cf.: *United States v. Carolene Products Co.*, 304, U.S. 144, (1938).

<sup>119</sup> Sobre o tema, cf.: ELY, 1980, p. 150-151; WALDRON, 2006, p. 1403-1404.

É claro que a identificação de minorias discretas e insularas não é uma tarefa fácil. Ela dependerá, muitas vezes, das circunstâncias de cada caso concreto. De toda forma, Tushnet (1999, p. 159-160), ao tratar do conceito das minorias discretas e insulares, diferencia exclusões formais e informais, o que pode ser útil na identificação dessas minorias.

As exclusões formais referem-se a indivíduos que não têm direito ao voto. Por exemplo, índios isolados, estrangeiros, crianças e adolescentes, condenados criminalmente, alienados mentais. São, portanto, mais fáceis de serem identificadas. Por outro lado, as exclusões informais referem-se a indivíduos que, conquanto possuam formalmente o direito ao voto, não conseguem formar coalizões para terem os seus direitos protegidos. Estes são mais difíceis de identificação. De toda forma, as exclusões informais ocorrem quando o apoio a determinado grupo minoritário pode significar perda de votos ou quando determinado grupo minoritário não consegue fazer acordo com outros grupos por motivos como o preconceito. Nesse caso, determinado grupo pode preferir não atingir seus interesses, simplesmente para assegurar que, por preconceito, o outro grupo não obtenha seus objetivos (TUSHNET, 1999, p. 218-219).<sup>120</sup>

Em sentido próximo, Waldron destaca ser preciso analisar com atenção o argumento da proteção de minorias no âmbito da revisão judicial de legislação. Para o autor, nem toda minoria merece especial tratamento. No entanto, “se levados a sério, os termos discretas e insulares são adjetivos úteis”, porque traduzem “não apenas a ideia de uma minoria que existe separada do processo político de tomada decisão” como também “uma minoria cujos membros estão isolados do resto da comunidade no sentido de não compartilharem muitos interesses com os não membros [da minoria] que lhes permitiriam construir uma série de coalizões para promover seus interesses” (WALDRON, 2006, p. 1404).

Outrossim, na identificação das minorias discretas e insulares, Waldron apresenta uma diferenciação entre maioria e minoria decisória – aquelas que não têm seus direitos e interesses em discussão – e maioria e minoria tópica – “aquelas que seus direitos e interesses são o tópico da decisão”. Segundo o autor, “em alguns casos a qualidade de membro da maioria decisória pode ser a mesma da qualidade de membro da maioria tópica”, bem como “a qualidade de membro da minoria decisória [...] pode ser a mesma da qualidade de membro da minoria tópica” (WALDRON, 2006, p. 1397). É o que ocorre, por exemplo, quando maioria de legisladores brancos (maioria decisória) vota a favor de privilégios para os brancos

---

<sup>120</sup> Tushnet denomina esses grupos de párias (*pariah groups*). Segundo Tushnet, essa situação, de certa forma, descreve a política racial norte-americana no início do século XX. De certa maneira, também descreve a posição da bancada fundamentalista religiosa que existe no parlamento brasileiro em relação aos direitos civis dos homossexuais. Sobre o tema, cf.: TUSHNET, 1999, p. 218-219.

(maioria tópica), e minoria de legisladores negros (minoria decisória) perde a batalha por iguais direitos (minoria tópica). Há, portanto, um alinhamento entre minoria decisória e tópica que representa um exemplo de minoria discreta e insular (WALDRON, 2006, p. 1404).

Portanto, o que se busca ressaltar neste tópico é que o argumento de proteção a direitos de minorias contra omissão do legislador não pode ser encarado de forma simplista. Não é toda minoria que merece especial proteção. Não é todo desacordo sobre direitos que legitimaria sentenças com efeitos aditivos. Do contrário, haveria uma verdadeira sobreposição entre as instâncias judiciais e parlamentares. Como destacado, quando uma lei é ou não aprovada, haverá, geralmente, uma minoria perdedora e o simples fato de a minha opinião não ter prevalecido não significa uma tirania da maioria.

## **2.2 A posição contrária à legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos**

Por outro lado, uma segunda corrente de autores adota uma posição contrária à legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos. Argumenta-se, em linhas gerais, que a corte constitucional não deve atuar como legislador positivo, sob pena de violar o princípio majoritário e o regime democrático.

Nesse sentido, na doutrina italiana, Zagrebelsky (1977, p. 161) assevera que as sentenças com perfil aditivo não são legítimas porque violam a função reservada ao legislador de introduzir novas normas no ordenamento jurídico. Consoante o autor, a prolação dessas decisões traduz atividade de natureza “paralegislativa”, substitutiva àquela desempenhada pelo parlamento e estranha à tarefa da corte (ZAGREBELSKY, 1977, p. 156-158).

Em abono a sua tese, Zagrebelsky (1977, p. 159) afirma que não existe nenhum monopólio que habilite a corte constitucional a declarar com exclusividade e com eficácia vinculante a norma implícita na lei ou na constituição. Conforme Zagrebelsky (1977, p. 161), “se a norma está presente no sistema, compete aos juízes (todos os juízes) extraí-la; se não está, compete ao legislador (somente ao legislador) estabelecê-la”. E arremata: “ao intervir,

no primeiro caso, a Corte viola a esfera de competência dos juízes, no segundo caso, a do legislador” (ZAGREBELSKY, 1997, p. 161).<sup>121</sup>

Na mesma linha, ainda na doutrina italiana, Silvestri (1981, p. 1687-1694) defende a ilegitimidade das sentenças com efeitos aditivos, na medida em que a corte constitucional deve atuar apenas de forma negativa, ou seja, somente para declarar a inconstitucionalidade da norma contrária à constituição. Segundo Silvestri (1981, p. 1694), conferir atuação positiva às cortes seria subverter o sistema constitucional e transformá-las em um “superlegislador”, não em sentido “figurativo ou metafórico”, mas em sentido “próprio e estrito”.

De igual maneira, o italiano Delfino (1974, p. 66-71), ao se posicionar de forma contrária às sentenças com efeitos aditivos, defende que a omissão do legislador não pode ser objeto de controle. Para o autor, a anulação de uma norma implica, como objeto próprio, a ocorrência de um ato inválido e, por isso mesmo, existente, e não de uma mera negação. Ademais, a natureza jurisdicional da corte constitucional não é compatível com qualquer possibilidade de criação do direito. Nesse sentido, conclui o autor que o argumento de proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos não pode justificar o desrespeito aos limites institucionais da corte, mesmo porque ela não é a única nem a última instituição que existe para a tutela de direitos fundamentais.

Já, na doutrina portuguesa, Canotilho (2000, p. 1311) sublinha existir uma preferência constitucional “pelo legislador como órgão concretizador da Constituição”. Nesse sentido, Canotilho (2000, p. 1037), ao abordar o problema da omissão legislativa, assevera que “embora haja um dever jurídico-constitucional do legislador no sentido de este adoptar as medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas da Constituição, a esse dever não corresponde automaticamente um direito fundamental à legislação”. Por outro lado, segundo o autor, a corte constitucional deve se manter dentro dos limites do legislador negativo, em razão do princípio democrático e do princípio da separação de poderes (CANOTILHO, 2000, p. 1094). Ou seja, para Canotilho (1996, p. 882-883), o tribunal constitucional deve desempenhar somente a função de jurisdição, e não a função de legislador, uma vez que, quando a corte constitucional faz uso de sentenças manipulativas

---

<sup>121</sup> Posteriormente, Zagrebelsky (1987, p. 663) mostrou maior abertura à tese das sentenças *a rime obbligate* (vide a seção 2.3). No entanto, afirmou que elas não teriam efeito vinculante, mas meramente persuasivo. A assertiva gerou críticas na doutrina por revelar-se contraditória. Ora, se a sentença era constitucionalmente obrigatória, não teria como possuir efeito somente persuasivo. Mais recentemente, na obra *El derecho dúctil*, Zagrebelsky (1995, p. 131-153), ao tratar do tema da relação entre jurisdição e legislação, passou a admitir mais abertamente a criação do direito pelo juiz, para satisfazer pretensões concretas fundadas em normas constitucionais, quando faltarem normas legais. Sobre o tema, cf.: MORAIS, 2005, p. 394.

com efeitos aditivos, “corre-se sempre o risco de as folgas democráticas de apreciação política serem restringidas” a ponto de ela própria tornar-se um “superlegislador”.

De igual forma, ainda na doutrina portuguesa, Moreira (1995, p. 196-197) não considera legítimas as sentenças manipulativas com efeitos aditivos. De acordo com o autor, os princípios da maioria e da separação de poderes impedem que o juiz substitua-se ao parlamento na formulação de soluções compatíveis com a constituição ou que atribua ao legislador normas diversas daquelas que ele efetivamente emitiu. Para Moreira (1995, p. 196), a tarefa de fazer leis compete à “maioria democraticamente legitimada para governar” e “não aos juízes, mesmo ao juiz constitucional”. Com efeito, ao juiz constitucional compete apenas verificar se o legislador atuou contrariamente ou não à constituição. Ele é, por isso, “um *contralegislador*, não um legislador” (MOREIRA, 1995, p. 196, grifo do autor).<sup>122</sup>

Por fim, Medeiros (1999, p. 493-500) mostra-se contrário à prolação de sentenças manipulativas com efeitos aditivos. Argumenta que a contenção do controle judicial de constitucionalidade dentro dos limites do legislador negativo fundamenta-se no princípio democrático e no princípio da separação dos poderes. O primeiro exige que a decisão política seja tomada diretamente pelo povo ou por meio de seus representantes eleitos. É a expressão da regra da maioria. O segundo importa, em sua essência, na distinção entre legislação e jurisdição. E conclui que “a negação ou atenuação da separação entre legislação e jurisdição põe, inevitavelmente, em causa o próprio modelo democrático-representativo vigente” (MEDEIROS, 1999, 495).<sup>123</sup>

Como se vê, os argumentos centrais contrários à admissibilidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos são: as cortes não devem atuar como legislador negativo; e

<sup>122</sup> Moreira, porém, admite a declaração de inconstitucionalidade da lei na parte em que previu cláusula de exclusão incompatível com o princípio da igualdade, mesmo que não subsista a intenção do legislador. Segundo o autor, apesar do alargamento do âmbito da norma, o legislador não poderia “excluir uma parte dos constitucionalmente elegíveis para beneficiar do direito ou suportar as obrigações em causa” (MOREIRA, 1995, p. 196).

<sup>123</sup> Medeiros (1999, p. 492), porém, admite decisões que determinam a aplicação imediata de normas constitucionais e decisões que sejam produto de uma solução constitucionalmente obrigatória (ver seção 2.3). No entanto, com relação à última, ressalta que “a redução da liberdade de conformação do legislador a zero [...] é dificilmente imaginável” (MEDEIROS, 1999, p. 505). Além dessas, Medeiros também admite o que ele denomina de “decisões interpretativas de conteúdo aditivo” que se traduzem “no alargamento do âmbito de aplicação de uma lei que concede benefícios a certas categorias de particulares por via da interpretação extensiva ou analógica”. Porém, não aceita as decisões com perfil aditivo (o autor as denomina de decisões modificativas), que, em hipótese semelhante, chegue ao mesmo resultado, por meio da declaração de inconstitucionalidade do dispositivo normativo na parte em que exclui “do seu âmbito de aplicação determinadas categorias de sujeitos que se encontrem numa situação essencialmente igual” (MEDEIROS, 1999, p. 490). Afirma que, na primeira hipótese, o resultado é *praeter legem*, ao passo que, na segunda, o resultado contraria a “solução inicialmente acolhida pelo legislador” (MEDEIROS, 1999, p. 490). Entretanto, salvo para aqueles que acreditam que interpretar é descobrir a vontade do legislador, a posição do autor é contraditória, e a distinção por ele apontada não tem razão de existir.

as sentenças com efeitos aditivos violam o princípio majoritário (e a democracia). Com exceção do primeiro argumento, a negação da admissibilidade das sentenças com efeitos aditivos equivale à defesa do majoritarismo e da supremacia parlamentar (ao menos quando o assunto for omissão do legislador). Nesse quadro, na hipótese de omissão (parcial ou relativa) legislativa, não caberia às cortes concretizar os direitos fundamentais previstos na constituição, mesmo em hipótese de mal funcionamento do processo político ou de ausência de participação em igualdade de condições nas instituições eleitas. Em resumo: as cortes não controlariam as omissões (parciais ou relativas) do legislador e as legislaturas teriam a palavra final.

Os argumentos da corrente contrária à legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos são abordados nas três seções seguintes. A seção 2.2.1 aborda o chamado dogma do legislador negativo, segundo o qual as cortes constitucionais devem se limitar a exercer um papel de legislador negativo, sem criar direito. Afirma-se, em síntese, que essa formulação de caráter normativo não tem razão de existir na teoria kelseniana, que reconhece que todo ato de jurisdição é também um ato de criação. A seção 2.2.2 trata do dogma do legislador negativo e a prática judicial das sentenças classificadas dogmaticamente como simples. Argumenta-se que a formulação metafísica do legislador negativo não tem sentido prático, porque mesmo as sentenças classificadas dogmaticamente como simples criam direito. Por fim, a seção 2.2.3 versa sobre a impossibilidade de sentenças manipulativas com efeitos aditivos e sua conexão com o majoritarismo e a supremacia parlamentar. Assevera-se que negar completamente as sentenças manipulativas com efeitos aditivos equivaleria a defender um quadro de majoritarismo, que, no entanto, não compreende adequadamente a complexa relação entre cortes e legislaturas dentro do sistema político-constitucional.

### **2.2.1. O dogma do legislador negativo**

Uma das críticas mais comuns – senão a principal – feita à legitimidade das sentenças com perfil aditivo é a de que as cortes, ao exercerem o juízo de constitucionalidade das leis, devem se limitar ao papel de legislador negativo. É dizer: as cortes podem apenas efetuar um juízo de exclusão da norma inválida, sem, no entanto, criar direito.

A formulação teórica do legislador negativo da jurisdição constitucional é comumente atribuída a Kelsen<sup>124</sup>. Nesse sentido, para analisar o argumento supramencionado, cumpre primeiro examinar como a compreensão de legislador negativo está inserida na teoria kelseniana.

Kelsen (2012, p. 316-317), em sua teoria pura do direito, concebe o Estado como uma ordem jurídica. Essa ordem jurídica, por sua vez, é formada por um sistema de normas escalonadas em diferentes níveis ou camadas. Assim, o fundamento de validade de uma norma de escalão inferior é o fato de ter sido produzida segundo uma norma de escalão superior, que, a seu turno, é válida por ter sido criada com base em outra de escalão maior, e, assim, sucessivamente, até a norma fundamental, fundamento de validade de toda a ordem jurídica (KELSEN, 2012, p. 215-221). É dizer, para Kelsen (2005, p. 166), uma norma jurídica é válida não por seu conteúdo ser eventualmente compatível com algum valor moral ou político, mas porque foi “criada segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso”. Nessa perspectiva, o que confere unidade à ordem jurídica é a conexão de dependência entre as normas dos diferentes níveis até a norma fundamental.

Por sua vez, a norma fundamental, na teoria kelseniana, é o ponto de partida do processo de criação da ordem jurídica. Ela não é uma norma posta por um ato positivo oriundo de um órgão jurídico, mas pressuposta, na medida em que a “instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior” (KELSEN, 2012, p. 222). Consequentemente, a norma fundamental é válida, não porque foi criada por determinado procedimento jurídico, mas porque foi pressuposta como válida (KELSEN, 2005, p. 170). Ou seja, ela é a pressuposição necessária para a sua teoria positivista do direito.

Ademais, a norma fundamental, como pressuposição lógica do processo de criação do direito, é designada por Kelsen (2012, p. 222) como constituição em sentido lógico-positivo. Ela diferencia-se da constituição em sentido jurídico-positivo, base da ordem jurídico-positiva e fundamento do Estado. A constituição, em sentido lógico-positivo, é, portanto, aquela que

---

<sup>124</sup> No entanto, a noção de separação entre ato negativo e ato positivo de legislação já aparecia tanto em Bentham (1891, p. 221-222) quanto em Thayer (1986, p. 150). De toda forma, foi Kelsen quem usou a expressão “legislador negativo” para retratar a atividade de cassação da norma por um tribunal constitucional específico. Sobre a origem da expressão legislador negativo, cf.: DIMOULIS; LUNARDI, 2000, p. 3.

contém as normas que regulam a produção de normas gerais, as quais servem de base para a atuação de todos os órgãos estatais, inclusive, os tribunais (KELSEN, 2013a, p. 130-131).<sup>125</sup>

A partir dessa noção de constituição, Kelsen (2013a, p. 148) defende a anulação<sup>126</sup> – ou cassação – do ato contrário à constituição por uma autoridade central como a principal e mais eficaz garantia de proteção à norma constitucional. Segundo Kelsen (2013a, p. 179), uma Constituição, sem a garantia da anulabilidade, não é plenamente obrigatória em sentido jurídico-positivo.

Nessa perspectiva, em sua controvérsia com Schmitt, Kelsen manifesta-se a favor da institucionalização de um tribunal constitucional para exercer o papel de guardião da Constituição.<sup>127</sup>

Consoante Kelsen (2013c, p. 240; 2013a, p. 150), seria ingenuidade política confiar ao parlamento ou ao executivo a função de controlar a constitucionalidade dos atos estatais, uma vez que esses últimos possuíram maior estímulo para vulnerar a constituição. Ademais, Kelsen (2013a, p. 182) argumenta que “toda minoria – de classe, nacional ou religiosa – cujos interesses são protegidos de uma maneira qualquer pela Constituição,” possui interesse na jurisdição constitucional. Para Kelsen (2013a, p. 182), “se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados

---

<sup>125</sup> Em contraposição, Schmitt critica a tese normativa da identidade entre ordem jurídica e Estado desenvolvida por Kelsen. Para Schmitt, é necessário distinguir normas jurídicas e existência política do Estado, este entendido como a unidade política de um povo. Nesse sentido, Schmitt diferencia constituição e lei constitucional. Constituição é uma decisão concreta de um povo sobre a forma e o modo de existência da unidade política. Por sua vez, lei constitucional é um conjunto de normas e tem relação com o aspecto normativo. Para Schmitt, os litígios constitucionais, primeira condição para a jurisdição constitucional, são sempre políticos, diversamente das dúvidas sobre a interpretação das leis constitucionais. Cf.: SCHMITT, 2007, p. 78-101; HERRERA, 1994, 202-203. Constata-se, portanto, que Kelsen e Schmitt partem de pontos metodológicos diferentes. Kelsen objetiva construir uma ciência jurídica que isole o elemento normativo do histórico-fático. O que Kelsen considera como Constituição, Schmitt considera como lei constitucional. Para Schmitt, a Constituição não se limita a um conjunto de normas que regula órgãos e os procedimentos de criação da ordem jurídica. Ela é a decisão de uma unidade política concreta. Cf.: HERRERA, 1994, p. 220-222.

<sup>126</sup> Ao defender a tese da anulabilidade da lei inconstitucional e não da nulidade, Kelsen afirma que a primeira garante maior segurança jurídica. É que o ato nulo não é um ato obrigatório – o ato nulo é uma pseudolei –, de modo que qualquer cidadão ou autoridade poderia deixar de aplicar esse ato, o que traria insegurança. Por outro lado, o ato anulável depende de outro ato de autoridade para lhe retirar a qualidade jurídica, poder conferido, na teoria kelseniana, a uma autoridade central e específica. Cf.: KELSEN, 2013a, p. 142-143.

<sup>127</sup> De acordo com Schmitt, a teoria kelseniana trabalha com ficções e ignora uma teoria concreta da constituição. Schmitt, a partir da diferenciação entre constituição e lei constitucional, distingue exame judicial das leis e proteção política da constituição. Para ele, o poder de exame judicial material das leis não representa uma adjudicação de validade, mas somente “uma não aplicação da lei ordinária ao caso concreto devida à aplicação de uma norma constitucional” (SCHMITT, 2007, p. 24). Ademais, atribuir a um órgão judicial a proteção da constituição revela não uma “juridicização da justiça”, mas uma “politização da justiça” (SCHMITT, 2007, p. 33). Nessa perspectiva, Schmitt manifesta-se a favor do presidente do Reich como guardião da Constituição. De acordo com Schmitt (2007, p. 201), o presidente do Reich, eleito pela totalidade do povo alemão, exerce um “poder neutro, intermediário, regulador e preservador” que está acima dos demais órgãos políticos e além dos conflitos de classes, o que o converte em guardião da constituição, em razão do caráter de representante do povo como unidade. Ver também sobre o tema: HERRERA, 1994, p. 209-213.

no Parlamento pela maioria e pela minoria”, a jurisdição constitucional apareceria “como um meio particularmente adequado à realização dessa idéia”. Assim, conforme Kelsen (2013a, p. 182), a existência de um tribunal constitucional viabiliza impedir que a maioria viole os interesses constitucionalmente protegidos da minoria, bem como evitar a ditadura da maioria que, tal como a ditadura da minoria, é perigosa para a paz social.<sup>128</sup>

Mas não foram apenas razões político-institucionais que levaram Kelsen a defender a existência de uma corte constitucional. Foram, principalmente, razões normativas. Como destacado, para Kelsen, a constituição é um conjunto de normas que regula a criação e validade de outras normas. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade apresenta-se como garantia dessa regularidade entre a constituição e as normas imediatamente subordinadas (KELSEN, 2013a, p. 126). É dizer, segundo o autor, a anulação da lei inconstitucional nada mais é do que a aplicação das normas da constituição, função que se pareceria com a de qualquer outro tribunal (KELSEN, 2013a, p. 153).

Segundo Kelsen, duas objeções principais poderiam ser feitas ao modelo de jurisdição constitucional. A primeira diz respeito à incompatibilidade com a soberania do parlamento. A segunda refere-se à possível violação à separação de poderes. Com relação à primeira objeção, Kelsen (2013a, p. 150) argumenta que “não se pode falar de soberania de um órgão estatal particular”, pois a soberania pertence a toda ordem estatal. Assim, a legislação está subordinada à constituição, tal qual a administração e a jurisdição.

Por outro lado, no tocante à segunda objeção, Kelsen (2013a, p. 151) assevera que o “órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais não exerce função verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a independência de seus membros, é organizado em forma de tribunal”. Segundo Kelsen, a atribuição de cassar ou anular a lei contrária à constituição equivale a uma revogação da lei. Uma função, portanto, que se assemelha à desempenhada pelo legislador, pois, como destaca Kelsen, cassar uma lei é estabelecer uma norma de caráter geral, mas uma norma geral com sinal trocado. É dizer: “anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem um mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa” (KELSEN (2013a, p. 150-151). Daí usar o autor a expressão “legislador negativo” (KELSEN, 2013a, p. 152). Em resumo: para Kelsen, não haveria violação à separação dos poderes, porque esse

---

<sup>128</sup> Os argumentos de Kelsen para justificar a existência de um tribunal como guardião da constituição, no entanto, merecem ser analisados com restrições, conforme exposto na seção 2.1 desta dissertação.

tribunal desempenharia uma função de legislador, mas “um ato negativo de legislação” (KELSEN, 2013c, p. 305-306).

Sobre essa afirmação de Kelsen, é necessário esclarecer dois aspectos. O primeiro deles, e mais evidente, é que essa assertiva foi feita em um contexto de defesa da institucionalização de um tribunal específico para realizar o controle de constitucionalidade em contraposição à tese schmittiana de que o presidente do Reich seria o guardião da Constituição. A afirmação, portanto, não está direcionada propriamente para a fixação de limites desse tribunal.

O segundo aspecto decorre, de certa maneira, do primeiro. Consiste no fato de que Kelsen usa a expressão “legislador negativo” para descrever o fenômeno por ele retratado: a cassação ou a revogação da lei inconstitucional por um tribunal que desempenharia uma função de legislador. É dizer: fala-se em legislador negativo como fórmula descritiva da anulação e da cassação da lei contrária à constituição. Mas a assertiva de Kelsen não é propriamente prescritiva.

A uma, porque o autor não propõe uma solução uniforme para todos os países, nem exclui a possibilidade de que a garantia judicial da constituição assuma outras configurações. Ao contrário, a esse respeito, Kelsen (2013a, p. 153) afirma que a “jurisdição constitucional deverá se adaptar às particularidades” de cada uma das constituições possíveis e à forma com que cada constituição efetua a divisão do poder político.<sup>130</sup>

A duas, porque a diferenciação entre legislador negativo e legislador positivo não tem razão de existir na própria teoria kelseniana<sup>131</sup>. Na verdade, Kelsen (2013a, p. 153) não nega o poder criativo da jurisdição constitucional. Embora Kelsen reconheça que a liberdade de criação do legislador seja maior, para o autor, o tribunal constitucional desempenha função de aplicação e de criação do direito, como qualquer outro tribunal.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> Nesse sentido, Kelsen destaca que a “questão técnico-jurídica quanto à melhor configuração das garantias da Constituição pode ser respondida de maneiras muito diferentes, considerando-se a particularidade de cada Constituição e a divisão do poder político que efetua; em particular, estabelecendo se se (sic) deve dar preferência às garantias preventivas ou às repressivas, se a ênfase deve ser colocada na eliminação do ato inconstitucional ou na responsabilidade pessoal de quem o pratica, etc. Todos esses temas podem ser debatidos a fundo” (KELSEN, 2013b, p. 239). Apenas um ponto, segundo Kelsen (2013b, p. 240), estaria fora de discussão: se for criada uma instituição para exercer o controle de constitucionalidade de atos do estado – particularmente do parlamento ou do governo –, esse órgão deve estar fora do legislativo e do executivo, porque “ninguém pode ser juiz em causa própria”.

<sup>131</sup> Sobre o tema, cf.: DIMOULIS; LUNARDI, 2000, p. 5-6.

<sup>132</sup> Nesse sentido, Kelsen (2013a, p. 153) assinala: “A anulação se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase que completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e, mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal

Isso decorre do fato de Kelsen criticar a concepção tradicional de separação de poderes e a diferenciação absoluta entre legislação e jurisdição. Segundo Kelsen (2005, p. 385-386), as funções estatais não se dividem em três, mas em duas: criação e aplicação do direito. Além disso, a separação entre criação e aplicação do direito – subjacente ao dualismo legislação e execução (esta a englobar a jurisdição e a administração) – não é absoluta, mas meramente relativa. Todo ato criador do direito é também um ato aplicador do direito, na medida em que aplica uma norma preexistente ao ato. Noutros termos: uma norma que regula a criação de outra norma é aplicação em relação à outra (KELSEN, 2005, p. 193-195; 2012, p. 260-263).

Como afirmado, de acordo com Kelsen, a ordem jurídica é um sistema escalonado de normas, cuja norma fundamental é o ato de fundação. Desse modo, a constituição, com relação à norma fundamental, é aplicação do direito; mas com relação à lei, é criação do direito. Por sua vez, a lei, com relação à constituição, é aplicação do direito; mas, com relação à sentença ou ao ato administrativo que a aplica, é criação do direito. A seu turno, a sentença e o ato administrativo são, com relação à lei, aplicação do direito; mas são também criação do direito quando se tem em mente os atos pelos quais eles são executados (KELSEN, 2013, p. 125). Portanto, com exceção da norma fundamental e do último ato de execução da sanção no caso concreto, todo ato de criação do direito é simultaneamente ato de aplicação do direito.

Nesse contexto, consoante Kelsen (2013a, p. 125), a legislação e a execução – a compreender a jurisdição – não são duas funções estatais distintas, “mas duas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito”; isto é, “duas etapas intermediárias” por meio das quais “o direito regula sua própria criação e o Estado se cria e recria sem cessar com o direito”.

É por essa razão que o autor afirma que não existe diferença qualitativa entre legislação e jurisdição. Ambas são atos de criação e aplicação do direito. Ambas têm natureza política (KELSEN, 2012, p. 393)<sup>133</sup>. A diferença é meramente quantitativa. Porque a

---

em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional”.

<sup>133</sup> Segundo Kelsen, um dos erros da teoria schmittiana é considerar somente o legislador como órgão de criação do direito. De igual maneira, para Kelsen, é equivocado o pressuposto schmittiano de contraposição entre função jurisdicional e função política. Nesse sentido, Kelsen (2013b, p. 251) afirma: “A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a ‘verdadeira’ jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. [...] Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter ‘político’ que possui – ainda que em maior medida – a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição, a diferença é apenas quantitativa, não qualitativa”.

liberdade e o poder de criação do legislador são maiores que o poder de criação do juiz, uma vez que “a cada grau que se desce [na escala da ordem jurídica], a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui” (KELSEN, 2013a, p. 126). Isso significa que, embora o legislador esteja menos vinculado que o juiz na criação do direito, o juiz também é “um criador de direito” (KELSEN, 2012, p. 393).

Ademais, além de todo ato de aplicação do direito ser um ato de criação com relação à norma de escalão inferior, o próprio ato de aplicação do direito não deixa de ser um ato de criação com relação à norma de escalão superior. Isso porque aplicar uma norma “não é simplesmente reproduzi-la”, mas “acrescentar a ela algo que ela não continha” (KELSEN, 2013a, p. 190).

Nesse sentido, de acordo com Kelsen (2012, p. 387-389), o processo de aplicação do direito no progredir de um escalão superior para um escalão inferior é sempre acompanhado de uma operação mental: a interpretação; porque a regulamentação da produção da norma inferior dada pela norma superior nunca é completa. A norma superior fornece apenas um quadro. Dentro desse quadro, há sempre um espaço, maior ou menor, de livre apreciação. Disso resulta que todo ato de aplicação do direito é, em parte, um ato de criação (KELSEN, 2012, p. 387-390).

Assim, a interpretação jurídica não leva a uma única solução correta. A interpretação conduz a essa moldura, dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação do direito, todas elas com igual valor. Segundo Kelsen (2012, p. 391), afirmar que uma sentença judicial é fundada na lei significa apenas dizer que ela “se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa”. Isto é, a sentença traduz não “a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral” (KELSEN, 2012, p. 391, grifo do autor).

De outra banda, para Kelsen (2012, p. 392-394), do ponto de vista do direito positivo, não há critério que permita concluir que uma solução seja mais acertada que a outra. A tarefa de saber qual solução adotar entre aquelas que então dentro da moldura não é um problema de teoria do direito, mas um problema de “política do direito”. Não é um ato de conhecimento – que termina com a obtenção de moldura –, mas um ato de vontade, um ato discricionário – que envolve valores morais, sociais e de justiça. Disso resulta que toda interpretação realizada pelo órgão aplicador do direito, além de ser sempre autêntica, cria direito.

Pode-se objetar que o argumento kelseniano sobre a interpretação jurídica como ato de criação do direito não é aplicado à jurisdição constitucional, mas somente à jurisdição

comum. Mas não. O próprio Kelsen (2012, p. 393) afirma que a questão que se coloca ao se tratar da interpretação-aplicação da constituição é a mesma que se põe quando se trata da interpretação-aplicação das leis. Ou seja, da mesma forma que não se pode extrair da lei a única sentença correta, não se pode alcançar a única lei correta a partir da constituição. Como consequência, a indefinição quanto ao conteúdo da lei ordinária não é diferente da indefinição quanto ao conteúdo de uma norma constitucional (KELSEN, 2013c, p. 255).

Ademais, Kelsen (2013c, p. 253-259) expressamente esclarece que a atividade da jurisdição constitucional ao aplicar as normas da constituição é a mesma da jurisdição comum ao aplicar as leis ordinárias. E mais: a decisão do tribunal constitucional, tal como a decisão de um tribunal comum, é aplicação do direito e, ao mesmo tempo, de criação do direito.<sup>134</sup>

Portanto, para Kelsen, se o tribunal constitucional desempenha tanto função de aplicação de direito quanto função de criação de direito, essa diferenciação entre legislador negativo e legislador positivo perde relevância, a não ser como fórmula expositiva do fenômeno da cassação da lei inconstitucional.

A corroborar que a distinção entre legislador negativo e legislador positivo não tem caráter prescritivo – mas somente descritivo – na teoria kelseniana, vale destacar a abordagem do autor sobre quatro formas de atuação do tribunal constitucional: a) a possibilidade de manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no tempo; b) a declaração de inconstitucionalidade diferida; c) a reprivatização da lei revogada em razão da declaração de inconstitucionalidade de outra; d) a declaração de inconstitucionalidade parcial. Nessas quatro formas de atuação da corte constitucional, Kelsen reconhece – ainda que, em algumas delas, de maneira indireta – a atuação positiva da corte.

Quanto à manipulação dos efeitos no tempo da declaração de inconstitucionalidade, Kelsen admite expressamente a possibilidade de manipulação da decisão de inconstitucionalidade quanto ao aspecto temporal, o que, inegavelmente, demonstra a atuação positiva da corte constitucional. Nesse sentido, conquanto defenda que a anulação produza efeitos a partir da data da sentença em nome da segurança jurídica, o autor recomenda que a lei inconstitucional não deve ser aplicada ao caso concreto que provocou pedido de

---

<sup>134</sup> Sobre o tema, ao se contrapor à compreensão de Schmitt sobre o tribunal constitucional, Kelsen (2013c, p. 258-259, grifo do autor) assevera: “é justamente dessa compreensão que resulta o fato de que entre lei e sentença não existe diferença qualitativa, que esta é, tanto quanto aquela, produção do direito, que a decisão de um tribunal constitucional, por ser um ato de legislação, isto é, de produção do direito, não deixa de ser um ato de jurisdição, ou seja, de aplicação do direito, e particularmente que, em função de o elemento da *decisão* não se limitar de modo algum à função legislativa, mas sim também – e necessariamente – estar contido na função judicial, ambas devem possuir caráter *político*.”

inconstitucionalidade, porque, do contrário, não haveria interesse imediato em questionar sua constitucionalidade (KELSEN, 2013a, p. 174).

Por sua vez, no tocante à inconstitucionalidade diferida, Kelsen reconhece a existência e a necessidade de uma declaração de inconstitucionalidade para o futuro, o que, novamente, demonstra uma atuação positiva da corte constitucional. Nesse sentido, Kelsen (2013a, p. 178) afirma que: “o tribunal constitucional deveria poder decidir que a anulação [...] só entraria em vigor após a expiração de certo prazo a partir da publicação”, de maneira a permitir que o parlamento possa “substituir a lei inconstitucional por uma lei conforme à Constituição, sem que a matéria regulada pela lei anulada ficasse sem disciplina durante tempo relativamente longo.” Nesse contexto, não há como negar que a decisão que modifica os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da norma atua de forma positiva no ordenamento jurídico.

Já no que concerne ao fenômeno da reprivatização da lei revogada em razão de outra declarada inconstitucional, a atuação positiva do tribunal constitucional é expressamente reconhecida por Kelsen quando comenta dispositivo da Constituição austríaca de 1920 que previu que a lei anteriormente revogada pela lei declarada inconstitucional entrasse em vigor simultaneamente com a decisão da corte, salvo se esta dispuser de forma diversa. Em suas palavras: “[a]ssim, uma decisão da Corte Constitucional pela qual não apenas se anulava uma lei, mas também se restaurava uma norma precedente, não era mero ato negativo de legislação, mas sim um ato positivo” (KELSEN, 2013b, p. 318).

Por fim, no tocante à inconstitucionalidade parcial, cumpre destacar que Kelsen admite a possibilidade de anulação parcial da norma, o que também pode conduzir a uma atividade de criação do direito. Basta imaginar a eliminação de uma cláusula de exclusão expressa contida na disposição objeto de impugnação. Sobre a anulação parcial, Kelsen (2013a, p. 173) afirma: “a anulação não deve se aplicar necessariamente à lei inteira [...] mas também pode se limitar a algumas das suas disposições, supondo-se naturalmente que as outras permanecerão apesar de tudo aplicáveis”.

Portanto, essa limitação da corte constitucional como legislador negativo não tem sentido nem mesmo na obra de Kelsen. A formulação de legislador negativo apenas serviu para o autor descrever o fenômeno da cassação da lei apontada como contrária à constituição; mas não para dizer que a corte constitucional não deveria desempenhar ou não desempenharia uma atividade positiva ou de criação do direito. Em resumo: a expressão utilizada por Kelsen é no sentido de que haveria revogação da lei inconstitucional, tal como um legislador

negativo; porém, não no sentido de que não deveria ou não haveria criação do direito no âmbito da jurisdição constitucional.

Some-se a isso o fato de Kelsen afirmar que o tribunal constitucional não apenas exerce atividade de aplicação do direito, mas também de criação do direito. O mesmo ocorre com a legislação, que, segundo o autor, também envolve criação e aplicação do direito. Dessa forma, se todos são criadores e aplicadores do direito para Kelsen, não tem razão de existir essa diferenciação entre legislador negativo e positivo.

Portanto, o argumento da corrente contrária à legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos no sentido de que as cortes constitucionais não devem atuar como legislador positivo merece ser visto com restrição mesmo dentro da teoria kelseniana. Isso porque esse argumento parte de um pressuposto equivocado de que as cortes constitucionais atuariam apenas como legislador negativo e de que elas, por conseguinte, não criariam direito.

### **2.2.2 O dogma do legislador negativo e a prática judicial das demais decisões de inconstitucionalidade**

Analisado o tema do legislador negativo dentro da teoria de Kelsen, nesta seção, cabe examinar como se comportam as cortes constitucionais no tocante às demais decisões de inconstitucionalidade. O escopo é demonstrar que o argumento da corrente contrária à legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos de que as cortes constitucionais atuariam somente como legislador negativo não encontra amparo na prática das demais decisões de inconstitucionalidade, inclusive, nas denominadas, dogmaticamente, sentenças simples de inconstitucionalidade.

Primeiramente, cumpre destacar que toda declaração de inconstitucionalidade de lei representa uma modificação no sistema jurídico em maior ou menor medida. O mero fato de o juiz ter que interpretar o texto legal, objeto de impugnação, e a constituição já denota caráter criativo ou construtivo da decisão judicial<sup>135</sup>, o que não significa que não seja possível discutir os limites dessa atividade criativa.

---

<sup>135</sup> Nesse sentido, Cappelletti (1993, p. 25) assinala: “quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária ‘*law making*’ [...]”.

De outro lado, a mera declaração de inconstitucionalidade de uma lei já provoca efeitos de natureza positiva no ordenamento jurídico. Imagine, por exemplo, uma lei X que disponha: “o servidor público civil aposenta-se compulsoriamente ao completar setenta anos de idade”. Posteriormente, é votada e sancionada uma lei Y com a seguinte redação: “o servidor público civil aposenta-se compulsoriamente ao completar setenta e cinco anos de idade. Revoga-se a lei X”. Entretanto, essa lei Y é declarada inconstitucional. Não há como negar que essa declaração de inconstitucionalidade – ainda que por uma sentença classificada como de natureza simples – terá tanto efeitos negativos como positivos, inclusive, com repercussões econômicas para a previdência social, na medida em que os servidores retornam a aposentar aos setenta anos de idade.<sup>136</sup>

Na mesma linha, outras decisões de declaração de inconstitucionalidade da lei tornam ainda mais claro o fato de que uma decisão de inconstitucionalidade não produz apenas efeitos negativos.

É, por exemplo, o que se tem quando uma lei que restrinja a titularidade ou o exercício de um direito é declarada inconstitucional e, então, passa a vigorar uma lei de caráter geral anterior. Por exemplo, imagine uma lei X que disponha que “o benefício de assistência judiciária gratuita é garantido a todos os brasileiros”. Posteriormente, uma lei Y é aprovada com a seguinte redação: “o benefício de assistência judiciária gratuita é garantido a todos os brasileiros maiores de sessenta anos”. No entanto, a lei Y é declarada inconstitucional. Nesse contexto, o efeito positivo da declaração de inconstitucionalidade desponta evidente, pois passará a vigorar a norma de caráter geral.<sup>137</sup>

Aliás, no contexto brasileiro, efeito aditivo dessa natureza ocorreu no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 3.105/DF pelo Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, a corte, por ofensa ao princípio da isonomia, declarou a inconstitucionalidade das expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do” contidas no parágrafo único do artigo 4º, da Emenda Constitucional n.º 41/2003. Referido dispositivo, ao dispor sobre a reforma da previdência social para incluir a contribuição previdenciária de servidores públicos inativos e pensionistas, previu que essa contribuição incidiria sobre as parcelas dos proventos e pensões que supere cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social (artigo 201 da Constituição Federal) em relação aos servidores

---

<sup>136</sup> Cf.: DIMOULIS; LUNARDI, 2000, p. 6.

<sup>137</sup> Moraes (2005, p. 376-379) denomina essas decisões de sentença demolitória com efeitos necessariamente aditivos, espécie de sentença manipulativa com efeitos aditivos. No entanto, essas decisões são, na verdade, sentenças de simples declaração de inconstitucionalidade, mesmo porque não existe uma sentença simples que não tenha necessariamente um efeito aditivo, ainda que mínimo.

inativos e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de sessenta por cento do limite máximo em relação aos servidores inativos e pensionistas da União. Com a declaração de inconstitucionalidade das expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do” do mencionado dispositivo, garantiu-se a todos os servidores inativos e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sem qualquer distinção, o pagamento da contribuição previdenciária nos moldes da regra geral prevista no § 18 do artigo 40 da Constituição Federal.<sup>138</sup>

Na mesma linha, efeitos aditivos de decisões de inconstitucionalidade também ocorrem nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade parcial. Nos casos de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, porque há a modificação da hipótese de incidência. Nos casos de inconstitucionalidade parcial com redução de texto, basta imaginar a declaração de inconstitucionalidade de parte da norma que encerra uma cláusula de exclusão. Por exemplo, uma lei X que dispõe: “a assistência judiciária gratuita é garantida aos brasileiros do sexo masculino”. Imagine-se agora uma decisão judicial que declara a inconstitucionalidade da expressão “do sexo masculino”. Não há como recusar o efeito aditivo.<sup>139</sup>

Por fim, a própria interpretação conforme a constituição, embora não seja uma sentença propriamente simples, já demonstra que essa separação entre legislador negativo e legislador positivo é um mito, já que em toda interpretação existe uma atribuição de sentido ao texto legal e, nessa medida, há um elemento criativo<sup>140</sup>. O próprio fato de as cortes possuírem uma capacidade institucional diversa das legislaturas, qual seja, analisar a legislação a partir de sua aplicação a casos futuros e em situações concretas, contribui para esse elemento criativo no momento da interpretação.

De toda forma, cumpre registrar que não se trata de dizer que não existam diferenças dogmáticas entre as sentenças classificadas como simples e as sentenças classificadas como manipulativas com efeitos aditivos. O que se está a afirmar é apenas que toda sentença terá um efeito positivo no ordenamento jurídico em menor ou maior grau e que essa formulação

<sup>138</sup> Cf. ADI 3.105, rel. p/acórdão min. Cezar Peluso, DJ 18-02-2005.

<sup>139</sup> O efeito aditivo é de tal forma evidente que Moraes denomina essas decisões de sentenças aditivas com redução de texto. Mas, na verdade, são decisões simples de inconstitucionalidade parcial que provocam efeito aditivo no ordenamento jurídico. Sobre o tema, cf.: MORAIS, 2005, p. 389. Ver também: ZAGREBELSKY, 1987, p. 654; CERRI, 1994, p. 94-95; RUGGERI; SPADARO, 2004, p. 141-142.

<sup>140</sup> Nesse sentido, Streck (2002, p. 444), ao tratar do contexto brasileiro, assinala: “com a institucionalização da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto através da Lei 9.868, o Poder Legislativo brasileiro admite (explicitamente) que o Poder Judiciário possa exercer uma atividade de adaptação e adição/adjudicação de sentido aos textos legislativos, reconhecendo, ademais, que a função do Poder Judiciário, no plano do controle de constitucionalidade, não mais se reduz – repita-se – à clássica concepção de ‘legislador negativo’”.

teórica do legislador negativo no plano do controle judicial de constitucionalidade não tem razão de existir.

Não por outro motivo que, por exemplo, na experiência institucional norte-americana, embora se debata sobre a legitimidade do próprio controle judicial de constitucionalidade, essa diferenciação entre legislador negativo e legislador positivo não tem relevância prática. É dizer: para os norte-americanos, admitida a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, não tem sentido discutir se a corte é legislador negativo ou legislador positivo, porque a atividade positiva é própria da jurisdição.<sup>141</sup>

É claro que se pode objetar que os efeitos aditivos são maiores nas sentenças manipulativas com efeitos aditivos. De fato, os efeitos positivos, ao menos no plano normativo, em princípio, são mais evidentes nessas técnicas decisórias. Não é por outro motivo que são assim classificadas dogmaticamente. Mas isso não quer dizer que, necessariamente, uma sentença manipulativa com efeitos aditivos conduzirá a consequências maiores para os sistemas político, jurídico, econômico, dentre outros.

Imagine, por exemplo, uma decisão de natureza simples que declare a inconstitucionalidade de correções monetárias decorrentes de planos econômicos (plano Verão, Bresser, Color I, Collor II)<sup>142</sup>, da antiga contribuição sobre movimentação financeira ou de uma política pública de saúde ou de educação de âmbito nacional. Ainda que sejam decisões de caráter eminentemente negativo, as repercussões, tanto políticas quanto econômicas, seriam enormes. Por outro lado, decisões com natureza aditiva podem ter repercussões e consequências bem menores que essas. Por exemplo, no contexto brasileiro, as citadas ação direta de inconstitucionalidade n.ºs 3.463, 1.668, 2.230, que não tiveram grandes reverberações nos sistemas político e econômico.<sup>143</sup>

Em resumo: toda decisão judicial envolve criação ou construção normativa. Portanto, uma vez admitida a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade – e os defensores da posição contrária às sentenças com efeitos aditivos parecem aceitar a legitimidade do controle judicial –, a distinção entre legislador negativo e legislador positivo perde sentido, porque não existirá uma decisão meramente negativa.

<sup>141</sup> Nesse sentido, por exemplo, a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, que declarou inconstitucional a lei federal de defesa do casamento (*DOMA Act*), embora tenha inegável caráter aditivo, não trata do tema legislador negativo como limitação à atuação da corte. Isso também decorre, em certa medida, da tradição norte-americana baseada na *common law* e no *stare decisis*, em que fica mais evidente ser interpretação judicial como *lawmaking*. Sobre o tema, cf.: ROSENFELD, 2004, p. 635-638; BULGARIC, 2001, p. 256-257; TUSHNET, 2006, p. 992; CLAUS; KAY, 2010, 479-504.

<sup>142</sup> O tema atualmente é objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal. Cf.: ADF 165, RE 591.797, RE 626.307, RE 632.212.

<sup>143</sup> Cf.: seção 1.6 deste trabalho.

Isso, porém, não significa dizer que o judiciário não teria limites e poderia transformar-se em um superlegislador. Embora se reconheça o elemento construtivo da interpretação judicial, o judiciário não pode desprezar o texto constitucional e legal, sob pena de se autodeslegitimar. Por outro lado, as próprias críticas feitas à posição favorável à legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos indica a necessidade de estabelecimento de parâmetros para as sentenças manipulativas com efeitos aditivos, ainda que eles possam variar de acordo com o caso concreto e com as características institucionais de cada país.

### **2.2.3 A impossibilidade de utilização de sentenças manipulativas com efeitos aditivos e o quadro de supremacia parlamentar**

Por fim, o último ponto da corrente contrária à legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos diz respeito à violação ao princípio majoritário, segundo o qual as instituições eleitas é que devem tomar as decisões fundamentais da sociedade em um regime democrático. Nessa perspectiva, argumenta-se, grosso modo, que as sentenças manipulativas com efeitos aditivos violam o princípio majoritário, de maneira que cabe apenas às legislaturas concretizar os direitos fundamentais previstos na constituição.

A questão, entretanto, merece ser analisada com atenção. Negar por completo a admissibilidade às sentenças manipulativas com efeitos aditivos poderia gerar um quadro de supremacia da legislação, sem se preocupar, por exemplo, com omissões (relativas ou parciais) decorrentes de um processo político deficitário em que nem todos participam em igualdade de condições. Noutros termos: negar completamente a legitimidade das sentenças com efeitos aditivos seria atribuir a palavra final às legislaturas, notadamente quando o assunto for omissões inconstitucionais.

O quadro de supremacia parlamentar – em que a legislatura tem a última palavra sobre questões de direito e justiça – é defendido por Waldron.<sup>144</sup> O autor procura resgatar o que ele

---

<sup>144</sup> Também no contexto norte-americano, a defesa do majoritarianismo é feita por Tushnet. O autor defende que a constituição deve ser retirada das cortes e que os juízes não devem ter o poder de revisão da legislação. Assim, na defesa do que ele chama de constitucionalismo popular, Tushnet parte de uma diferenciação entre constituição grossa (que dispõe sobre a estruturação do estado) e constituição fina (que prevê os direitos fundamentais). A constituição grossa seria autoexecutável. Já a constituição fina seria atribuída ao povo que age por meio das instituições eleitas (TUSHNET, 1999, p. 9-12; 181-186). Por sua vez, na doutrina alemã, Maus também defende a supremacia do legislativo, a partir da interpretação da teoria política de Kant e Locke.

denomina de dignidade da legislação. Esta traduz um cenário em que o processo legislativo é assim compreendido: “os representantes da comunidade” unem-se “para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles”, e o fazem “de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles” (WALDRON, 2003, p. 3).

No desenvolvimento de um tipo ideal de legislação, Waldron recorre às filosofias políticas de Kant, Locke e Aristóteles. Em sua interpretação da filosofia kantiana, Waldron (2003, p. 43-76) reconstrói a ideia de discordância sobre direito e justiça como circunstância do estado de direito. Segundo Waldron, o estado de direito traduz o princípio de que as pessoas devem seguir as leis, mesmo quando as consideram injustas. Para o autor, o comportamento do cidadão ou do funcionário do estado que deixa de cumprir a lei por a considerar injusta equivale a “abandonar a própria ideia de lei”, isto é, “a própria ideia da comunidade que toma posição em uma questão da qual seus membros discordam” (WALDRON, 2003, p. 45). É que a existência da lei é indício da existência de uma opinião contrária, é indício da existência de discordância.

Em abono a sua tese, Waldron destaca que a compreensão de que as pessoas não devem determinar direitos por si mesmas, mas sim seguir a legislação, traduz a filosofia política kantiana. Isso porque Kant assinala uma posição de defesa da legislação e do direito positivo, em que o desafio à legislatura suprema é o maior e mais grave crime contra a comunidade política. Os cidadãos, portanto, segundo Kant, até poderiam reclamar da injustiça da lei, mas essa reclamação deveria estar dissociada da desobediência, porque a exigência moral de obediência à legislação é absoluta (KANT, 1989b, p. 73-87; 1989a, p. 55-56).

Já da filosofia lockeana, Waldron resgata a noção de supremacia da legislatura. Locke (2005, p. 517-528), em sua divisão de poderes, assinala ser o legislativo o poder supremo e, portanto, não sujeito a nenhum outro corpo político.<sup>145</sup> Para Locke (405-429; p. 504-505), as leis da natureza seriam o limite da legislação. Mas, quando houver discordância sobre o que exige o direito natural, caberia à legislatura solucionar essa controvérsia, porque o lugar onde

---

Segundo Maus, a separação de poderes não é um equilíbrio horizontal como em Montesquieu, mas uma disposição hierárquica vertical, em que a soberania popular confunde-se com a própria legislação democrática. Assim, não pode haver democracia em um estado de direito sem vinculação judicial à lei (MAUS, 2010, p. 17-61).

<sup>145</sup> Nesse sentido, Locke (2005, p. 519) afirma: “em todos os casos, enquanto subsistir o governo, o poder legislativo é o poder supremo. Pois o que pode legislar para outrem deve por força ser-lhe superior; e como o legislativo o é tão-somente pelo direito de elaborar leis para todas as partes e para cada membro da sociedade, prescrevendo regras para suas ações e concedendo poder de execução onde quer que sejam transgredidas, deve por força ser o poder supremo, e todos os demais poderes depositados em quaisquer membros ou partes da sociedade devem derivar dele ou ser-lhe subordinados”.

os membros da sociedade política incorporam a unidade cívica e a percepção da solidariedade mútua é a legislatura. É dizer: a legislatura é “a alma que dá forma, vida e unidade à sociedade política” (LOCKE, 2005, p. 573).<sup>146</sup>

A partir dessa compreensão lockeana, Waldron sublinha que o papel da legislatura é exatamente julgar as divergências sobre o direito natural. Dessa forma, a revisão judicial para aferir a conformidade da lei com o direito natural seria dispensável, porque a tarefa do legislativo nada mais é do que julgar “se as várias propostas que têm diante de si estão de acordo com o que o direito natural exige” (WALDRON, p. 104-105). Noutras palavras: “na medida em que os membros da sociedade discordam quanto a isso [direito natural] – na medida em que o direito natural é controvertido – a legislação só é a adjudicação dessas controvérsias” e a revisão judicial da legislação é desnecessária (WALDRON, 2003, p. 105).

Além disso, segundo Waldron, o parlamento seria o melhor local para a resolução dessas controvérsias, porque é na legislatura que os indivíduos buscam descobrir, racionalmente e na companhia dos outros, aquilo que o direito natural requer (WALDRON, 2003, p. 84). Por isso, o autor aponta ser importante que os legisladores “acreditassem no direito natural”, e o considerassem seriamente em sua tarefa, “imbuídos de uma percepção de que há limites para o que podem fazer” (WALDRON, 2003, p. 101). Ou seja, “deve ser parte implícita da tarefa do legislador tentar, tão conscienciosamente quanto possível, compreender quais são esses limites e se as suas propostas legislativas vão contra eles” (WALDRON, 2003, p. 101). Nesse contexto, a percepção dos limites sobre o direito natural não estaria em uma instituição judiciária, mas antes na própria cultura política.<sup>147</sup>

Por fim, Waldron recorre a Aristóteles para trabalhar com a ideia de sabedoria da multidão, segundo a qual a decisão tomada por muitos é melhor que a decisão tomada por poucos, ainda que mais eminentes<sup>148</sup>. Para Waldron (2003, p. 129), a deliberação entre os

<sup>146</sup> Locke fala pouco sobre a função judiciária. Embora Locke não trate expressamente sobre a possibilidade de revisão judicial de legislação, ao colocar a legislatura como o poder supremo e ao recorrer ao direito natural como forma de limitação da legislatura, ele acaba por afastar a possibilidade de um controle judicial. Sobre o tema, cf.: WALDRON, 2003, p. 103-107.

<sup>147</sup> Soma-se a isso a necessidade de os cidadãos também esforçarem-se para compreender os limites do direito natural. É certo que, em casos extremos, os cidadãos poderiam resistir à legislatura, caso ela ultrapassasse os limites das leis naturais e traísse sua confiança. No entanto, esse risco de instabilidade e de conflito sobre quando a legislatura teria ultrapassado seus limites, segundo Locke, seria mitigado pelo conservadorismo inato das pessoas, pois “o povo não abandona com tanta facilidade suas forma antigas” (LOCKE, 2005, p. 582). Cf.: LOCKE, 2005, p. 560-601. Ver também: WALDRON, 2003, p. 100-103.

<sup>148</sup> Ao tratar da preferência pela sabedoria da multidão em relação aos homens mais eminentes, Aristóteles (2009, p. 98) aponta: “é possível que os que formam a multidão, embora não seja cada um deles um homem superior, prevaleçam, quando reunidos, sobre os homens mais eminentes, não como indivíduos, mas como massa [...]. Cada indivíduo, em uma multidão, tem a sua parte de prudência e virtude. Da reunião desses indivíduos faz-se, por assim dizer, um só homem que possui uma infinidade de pés, mãos e sentidos. O mesmo acontece com relação aos costumes e à inteligência. Aí está por que a multidão julga melhor as obras dos músicos e dos poetas;

muitos é a maneira mais perfeita “de fazer as opiniões e os discernimentos de cada cidadão [...] terem influência sobre as opiniões e os discernimentos de cada um dos outros”, porque permite que as ideias “se iluminem mutuamente” a partir de questionamentos e críticas recíprocas, de forma a proporcionar um resultado melhor do aquele que seria obtido por qualquer contribuição isolada ou pela mera soma ou agregação de contribuições. Assim, em razão da sabedoria da multidão, a decisão sobre direitos tomada em assembleia por muitos – isto é, pelos representantes do povo – é melhor que a decisão tomada por uma elite judicial.

Uma vez construída a compreensão de dignidade da legislação, Waldron parte para a defesa da ideia de que a legislatura deve ter a última palavra sobre direitos e justiça. Nesse sentido, ele se posiciona de forma contrária ao controle judicial de constitucionalidade. No entanto, o argumento de Waldron (2006, p. 1360) contra a revisão judicial da legislação é condicional. Isto é, depende da satisfação de quatro pressupostos que, segundo o autor, são reais, e não ideais (WALDRON, 2006, p. 1401-1402).

A primeira pressuposição é que se trate de uma sociedade com instituições democráticas, dentre elas as legislaturas, em boas condições de funcionamento. A sociedade deve ter um sistema político democrático universal e uma legislatura representativa, com eleições justas e regulares. Ademais, a legislatura deve ser um corpo largo e os procedimentos de elaboração das leis devem ser bem organizados e inspiradores de confiança. Outrossim, os debates no corpo legislativo devem ser informados por uma cultura democrática que valorize a deliberação responsável, como também a igualdade de participação política (WALDRON, 2006, p. 1361-1362).<sup>149</sup>

O segundo pressuposto estabelece que se cuide uma sociedade com instituições judiciais também em boas condições de funcionamento. Portanto, tal sociedade deve possuir um judiciário politicamente independente, composto por membros não eleitos, e “estabelecido para tomar conhecimento de demandas judiciais, resolver litígios e encorajar o estado de direito” (WALDRON, 2006, p. 1363).<sup>150</sup>

O terceiro pressuposto pontua que os membros dessa sociedade, ou a maioria deles, estejam, forte e seriamente, comprometidos com os direitos individuais e de minorias. Ou seja, Waldron (2006, p. 1365) pressupõe que “o respeito geral” pelos direitos individuais e de

---

porque um aprecia uma parte, outro outra, e todos reunidos apreciam o conjunto”. A partir disso, Waldron (2003, p. 106) apresenta a seguinte formulação para a doutrina da sabedoria da multidão: “o povo atuando como um corpo é capaz de tomar decisões melhores reunindo o seu conhecimento, a sua experiência e o seu discernimento do que qualquer subconjunto de pessoas atuando como um corpo e reunindo o conhecimento, a experiência e o discernimento dos membros do subconjunto”.

<sup>149</sup> Segundo Waldron (2006, p. 1361), se essa igualdade política não existir, o legislativo deve estar preparado para realizar as mudanças necessárias, seja por iniciativa própria ou por referendo.

<sup>150</sup> Waldron admite que esse judiciário reveja os atos do executivo quando contrariar a lei ou a constituição.

minorias seja “uma parte séria do amplo consenso na sociedade, do corpo mais prevalecente da opinião política e certamente parte da ideologia oficial”. Uma sinalização concreta desse compromisso seria a adoção de uma carta de direitos por essa sociedade.

Por fim, a quarta pressuposição é que os desacordos sobre direitos substantivos entre os membros dessa sociedade sejam de boa-fé e de forma conscienciosa. Isto é, os desacordos devem ser orientados pelo compromisso dos membros da comunidade com os direitos dos outros, e não pela ignorância, perversidade ou preconceito. Os membros dessa comunidade política, portanto, devem levar os direitos dos outros a sério (WALDRON, 2006, p. 1366-1369).

Vistos os pressupostos da teoria de Waldron, percebe-se que a dificuldade de sua abordagem é a construção de uma legislatura rósea, assim como Dworkin faz com o judiciário. Waldron, quando constrói a compreensão de dignidade da legislação, superestima as legislaturas que teriam a palavra final sobre questões de direito e justiça em caso de discordância. Para tanto, o autor trabalha com a noção de uma legislatura racional que sempre atuaria com responsabilidade e ciente de seus limites. Dessa forma, para Waldron, a decisão tomada pelo parlamento – em razão da sabedoria da multidão – seria melhor que aquela tomada por uma elite judicial.

Entretanto, da mesma forma que não se pode falar em supremacia judicial, não cabe falar em supremacia parlamentar frente à jurisdição. O que existe é uma relação de horizontalidade e de controle recíproco entre as instituições judiciais e parlamentares, pelo que não se pode falar de supremacia de uma frente à outra.<sup>151</sup>

De igual forma, assim como não se pode dizer que as decisões das cortes são melhores que as decisões das legislaturas, também não se pode afirmar que as decisões das legislaturas são melhores que as judiciais. Ambas as instituições são falíveis. Ademais, a existência de uma resposta final dada por uma das instituições (cortes ou legislaturas) pode se revelar problemática. Isso porque ocasiona o fechamento do sistema político-constitucional. E, dessa

---

<sup>151</sup> Crítica similar é feita por Neves a Maus que, como visto, também defende a supremacia parlamentar. Segundo Neves (2008, p. 152-153), “Maus procura reconstruir o modelo kantiano do legislador racional. A noção de um sujeito transcendental é como que transferida para o processo legislativo. Em conformidade com essa releitura de Kant, ela superestima o valor do processo legislativo em detrimento dos demais procedimentos do Estado Democrático de Direito. Não considera adequadamente a pluralidade procedimental que caracteriza este. Não cabe falar de um supremacia da legislação em relação à jurisdição [...]. Nesse caso, trata-se, em princípio, de distribuição constitucional de competências. [...] Enquanto a jurisdição estabelece o que é legal e também o que é constitucional, põe-se em posição controladora em relação à execução e à legislação, embora, simultaneamente, esteja subordinada a limitações constitucionais e legais, assim como a controles do parlamento e do Executivo. Essa circularidade internormativa e interprocedimental no Estado Democrático de Direito é precisamente o que possibilita a inserção da crítica permanente advinda da esfera pública pluralista no âmbito sistêmico da política e do direito”.

forma, diminui pluralidade de respostas geradas, impede o surgimento de novas controvérsias e leva à paralisia do debate entre as instituições.

Não bastasse, o caráter autossuficiente da legislação proposto por Waldron não responde adequadamente à indeterminação dos textos legais, à diversidade de interpretações na esfera pública e à incapacidade de previsão legal de todas as situações fáticas. Aliás, a dificuldade de autossuficiência da legislação fica ainda mais evidente no campo das sentenças manipulativas com efeitos aditivos, quando se recorre a analogias.

Por outro lado, ainda que Waldron insista que seus pressupostos não são ideais, não há como negar que eles podem se revelar de difícil preenchimento no mundo real, notadamente em relação à igualdade de condições de participação no processo político, ao respeito geral por direitos individuais e de minorias, bem como à discordância ampla não motivada pelo preconceito, ignorância ou má-fé. De toda forma, mesmo que esses pressupostos se façam presentes em determinado momento, nada impede que eles possam falhar no futuro (FALLON, 2008, p. 1726-1727).<sup>152</sup>

Nesse sentido, uma sociedade democrática, tanto por razões normativas quanto por razões político-institucionais, pode decidir incluir o controle judicial de constitucionalidade dentre os procedimentos de tomada de decisão. Com efeito, a democracia não está associada a cada instituição ou procedimento de tomada de decisão isolado, mas ao sistema político-constitucional como um todo (FALLON, 2008, p. 1725). Nesse sentido, a existência ou não da revisão judicial da legislação dentro do desenho institucional de determinado país, por si só, não o torna mais ou menos democrático.

Ademais, a depender das circunstâncias institucionais, cumpre registrar que o controle judicial de constitucionalidade pode se revelar útil, por exemplo, para a observância das regras procedimentais do processo democrático ou do direito de participação de minorias discretas e insulares.

Tal qual o próprio Waldron reconhece, a decisão majoritária está fundamentada em duas premissas básicas: o direito de participar do processo político de tomada decisão e o

---

<sup>152</sup> Aliás, o próprio Waldron (2006, p. 1415) reconhece a possibilidade dos seus pressupostos falharem quando trata das minorias discretas e insulares. Nesse sentido, o autor afirma: “Nos casos em que as assunções falharem, o argumento contrário ao controle judicial da legislação presente neste artigo não prospera. Como enfatizei [...] meu argumento é condicional” (WALDRON, 2006, p. 1404). Isso, porém, não significa, para o autor, a aceitação da revisão judicial da legislação. Primeiro, cumpre analisar a possibilidade de uma reestruturação da legislatura e a possibilidade de o judiciário não estar afetado pelo mesmo preconceito que envolve as minorias (WALDRON, 2006, p. 1404). Entretanto, a despeito da argumentação de Waldron, ainda que exista a possibilidade de o judiciário estar imbuído do mesmo preconceito, é inegável que quanto maior a pluralidade de procedimentos de tomada de decisão política, maiores as chances de as minorias (discretas e insulares) verem seus direitos reconhecidos.

direito de participar em igualdade de condições com os demais cidadãos. Sem esses pressupostos, as regras do processo político de tomada de decisão não estão devidamente satisfeitas.

Nessa perspectiva, as sentenças manipulativas com efeitos aditivos – e, também, o próprio controle judicial de constitucionalidade – podem se revelar importantes para o estado de direito e para a democracia quando o processo de tomada de decisão política estiver, de alguma maneira, bloqueado para determinados grupos, ou, ainda que não esteja bloqueado, quando esses grupos não competirem em igualdade de condições.

Em resumo: a despeito da importância do processo político-majoritário, as sentenças manipulativas com efeitos aditivos podem desempenhar papel importante quando os canais de mudança política estejam bloqueados ou embaraçados, o que torna o procedimento de elaboração legislativa deficitário e dificulta a introdução ou modificação de leis em favor das minorias discretas e insulares.<sup>153</sup>

Por fim, importa registrar que não se está a dizer que as sentenças manipulativas com efeitos aditivos, necessariamente, irão proteger as minorias discretas e insulares. Como dito, as cortes não são intrinsecamente contramajoritárias. Ademais, o controle judicial de constitucionalidade – e, portanto, as sentenças com efeitos aditivos dele decorrentes – legitima-se como procedimento de tomada de decisão. E, como procedimento, não há modo de saber previamente quais respostas substantivas serão produzidas. O que se está a afirmar é que, em razão de circunstâncias político-institucionais, uma sociedade democrática pode estabelecer o controle judicial da legislação como procedimento de tomada de decisão. Por outro lado, a diversidade de instituições e de procedimentos de tomada de decisão política – incluído o procedimento judicial – parece importante para propiciar o pluralismo na sociedade, notadamente no tocante a grupos minoritários que não tiveram oportunidade igualitária de participação nas instituições eleitas, os quais terão, dessa forma, uma nova oportunidade de ter seus interesses atendidos.

---

<sup>153</sup> Nesse sentido, Ely afirma que as cortes constitucionais têm dois objetivos principais: a) preservar em constante funcionamento a máquina do governo democrático de forma a desbloquear e a manter os canais de participação e mudança política abertos a todos; b) e, como consequência do primeiro, facilitar a representação de minorias discretas e insulares, em especial as minorias raciais, nacionais e religiosas, onde circunstâncias adversas podem impedir ou restringir a participação no processo político de tomada de decisões substantivas (ELY, 1980, p. 75-84). Em sentido próximo, embora em uma perspectiva mais filosófica, Habermas afirma que os tribunais constitucionais têm como objetivo proteger o sistema de direitos que possibilita o exercício da autonomia privada (direitos humanos) e autonomia pública (soberania do povo) pelos cidadãos. Assim, para Habermas, cabe às cortes analisarem a constitucionalidade das leis em conexão com as condições procedimentais da gênese democrática de elaboração das normas, de maneira a fazer valer os direitos de participação e comunicação dos cidadãos, bem como a forma deliberativa de formação de opinião e da vontade política. Cf.: HABERMAS, 2008, p. 334-355. Sobre o conceito de autonomia privada e pública, cf.: HABERMAS, 2008, p. 150-169.

### 2.3 A posição intermediária acerca da legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos

A terceira corrente acerca da legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos é composta por autores que adotam uma posição intermediária. Sustentam, em linhas gerais, que essas decisões são legítimas quando são *a rime obbligate* ou *costituzionalmente obbligate*; isto é, quando decorrem de uma solução única, constitucionalmente obrigatória, porque, nessa hipótese, não haveria alternativa para o legislador reparar a inconstitucionalidade apontada pela corte a não ser por meio da solução adotada pelo tribunal.

A expressão *a rime obbligate* foi cunhada por Crisafulli. Segundo o autor, as decisões com perfil aditivo são legítimas, pois a corte não cria livremente a norma como faria o legislador. Limita-se a individualizar aquela que estaria implícita no sistema constitucional ou legal com o fim de preencher imediatamente a lacuna por meio de uma decisão autoaplicativa. Trata-se, portanto, de uma norma construída de forma obrigatória, que não se confunde com uma verdadeira legislação (CRISAFULLI, 1984, p. 407-408).

Na mesma linha, também na doutrina italiana, Pizzorusso (1982, p. 310-311) defende a tese da solução constitucionalmente obrigatória. De acordo com o autor, o poder da corte na prolação de sentenças com efeitos aditivos é determinado pela interpretação. Dessa forma, ele sublinha que essas decisões são legítimas quando decorrem de uma resposta única imposta pela lógica do sistema constitucional. Noutras palavras: as sentenças com efeitos aditivos são admissíveis quando não há criação de direito novo, na medida em que a solução já estava presente no ordenamento jurídico.

De igual forma, os italianos Ruggeri e Spadaro defendem uma posição intermediária em relação às sentenças com efeitos aditivos. Para os autores, essas decisões são admissíveis somente “quando a solução normativa proposta pela Corte é logicamente necessária do contexto normativo [...] e, portanto, quando ela é unívoca e constitucionalmente obrigatória” (RUGGERI; SPADARO, 2004, P. 142).

Por fim, ainda na doutrina italiana, Malfatti, Panizza e Romboli (2003, p. 305) reconhecem que as sentenças manipulativas representam um momento de tensão entre a corte e o parlamento. No entanto, eles afirmam que, nesses casos, o tribunal não usurparia a função do legislador, uma vez que a atividade desempenhada pela corte não seria propriamente criativa, mas limitada a fazer emergir a norma que já estaria presente no ordenamento

constitucional por meio da interpretação. Portanto, para os autores, essas decisões seriam legítimas quando se está diante da “única solução constitucionalmente possível” ou de uma “solução constitucionalmente obrigatória” (MALFATTI; PANIZZA; ROMBOLI, 2003, p. 306)<sup>154</sup>.

Por sua vez, na doutrina portuguesa, Morais também adota uma posição limitada sobre a admissibilidade das sentenças com efeitos aditivos. Conforme Morais, essas decisões são legítimas nos casos em que a componente aditiva é decorrente de uma solução unitária e inequívoca, ou seja, quando a componente aditiva é fruto de uma “solução constitucionalmente obrigatória” (MORAIS, 2005, p. 429; 2009, p. 108-109).<sup>155</sup> De outro lado, essas decisões não são legítimas quando a omissão ou a lacuna puder ser superada “por uma pluralidade de soluções normativas, todas elas conformes com a Constituição” (MORAIS, 2005, p. 422).

No contexto brasileiro, sob a influência da doutrina italiana, a tese da solução constitucionalmente obrigatória é defendida por Sampaio. Para o autor, nessas decisões, a corte faz “nada mais do que individuar a norma que já se encontra implícita no sistema, seja a partir de um princípio geral existente, seja, da própria disposição constitucional violada” (SAMPAIO, 2001, p. 180). Nesse sentido, “a ‘norma de decisão’ então é criada ‘*a rime obbligate*’ [...], não podendo ser identificada como um ato de legislação” (SAMPAIO, 2001, p. 180).

Como se percebe, a corrente intermediária apresenta uma limitação de natureza normativa, qual seja: as sentenças manipulativas com efeitos aditivos devem ser resultado de uma solução única e constitucionalmente obrigatória para serem legítimas. É dizer: a partir dessa limitação de caráter normativo, pretende-se conferir legitimidade às sentenças manipulativas com efeitos aditivos, uma vez que, por se tratar de uma solução única imposta pela constituição (na verdade, imposta pela interpretação que a corte constitucional faz da constituição), elas não violariam a competência do legislador.

---

<sup>154</sup> A orientação jurisprudencial da Corte Constitucional italiana, ao menos formalmente, também tem sido no sentido de condicionar a prolação de sentenças com perfil aditivo à circunstância de o resultado ser o único imposto pela Constituição. Nesse sentido, a sentença 8/1987: “a jurisprudência desta Corte tem constantemente declarado a ilegitimidade do instrumento aditivo ou manipulativo” quando não esteja presente “uma solução unívoca e constitucionalmente exigida” e existam, por conseguinte, outras soluções para o legislador reparar a inconstitucionalidade apontada pelo tribunal. No mesmo sentido, cf.: as sentenças 435/1987, 267/1992, 385/1992, 349/1998, 341/1999. Sobre o tema, ver também: GRANATA, 1998, p. 1684-1721.

<sup>155</sup> Morais (2005, p. 429) aduz que a solução constitucionalmente obrigatória não impede a posterior intervenção do legislador no sentido de modelar e concretizar “os termos em que a norma constitucional é aplicável à situação regida por lei.” No entanto, não há como negar que a existência de uma solução única apontada pela corte acaba por limitar e, praticamente, esvaziar a ulterior conformação do legislador.

O argumento da corrente intermediária é analisado no tópico seguinte. De início, defende-se que a limitação normativa proposta pela corrente intermediária não atende a sua finalidade, qual seja, limitar a atividade judicial da corte. Em seguida, afirma-se que a corrente intermediária remete à compreensão do perfeccionismo judicial, segundo o qual juízes racionais chegariam à resposta correta e justa, em geral, por meio de interpretação de previsões constitucionais abstratas, para, então, concluir que não existe uma teoria geral de interpretação que conduza a uma resposta correta. Por fim, defende-se que um caminho mais profícuo para o estabelecimento de restrições às sentenças manipulativas com efeitos aditivos é pensar em limites institucionais.

### **2.3.1 As sentenças manipulativas com efeitos aditivos e a solução constitucionalmente obrigatória**

Como dito, a terceira corrente que trata da legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos perfilha uma posição limitada. Argumenta-se, em linhas gerais, que essas decisões são admissíveis quando forem decorrentes de uma solução constitucionalmente unívoca e obrigatória, de forma que não existam alternativas para a legislatura reparar a inconstitucionalidade assinalada pela corte. Tem-se, portanto, uma limitação às sentenças com efeitos aditivos de natureza normativa.

No entanto, essa argumentação apresenta algumas dificuldades. A primeira delas diz respeito ao próprio objetivo da tese da solução constitucionalmente obrigatória. Pretende-se com a tese aludida oferecer uma limitação à legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos. Entretanto, essa limitação acaba por não surtir o resultado desejado. Com efeito, se é uma solução apontada como constitucionalmente obrigatória, a referida solução termina por vincular a ulterior atividade do legislador, na medida em que este, ao suprir a omissão apontada pela corte, não poderá atuar de outra forma a não ser da maneira indicada pelo tribunal. Noutras palavras: se o objetivo é apresentar uma limitação à admissibilidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos, ele não atende sua finalidade, uma vez que, caso se trate de uma solução obrigatória e única, a resposta da corte obriga a legislatura a atuar no mesmo sentido. Portanto, a corrente intermediária, ainda que busque apresentar uma limitação às sentenças manipulativas com efeitos aditivos, termina por consagrar um verdadeiro quadro de supremacia judicial em relação à atividade parlamentar.

De outro lado, a tese da solução constitucionalmente obrigatória parte da compreensão de que existe uma única interpretação correta. Nesse sentido, ela se associa à noção de perfeccionismo judicial, segundo o qual um juiz racionalmente justo que, por meio da interpretação de princípios e regras, chegará à decisão correta. Para o perfeccionismo, compete aos juízes fazer da constituição o melhor que ela pode ser.

O perfeccionismo judicial é defendido por Dworkin que, em seu modelo de direito como integridade, afirma ser preciso que os juízes assumam que o direito é estruturado como um conjunto de princípios sobre justiça e equidade, os quais “oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 291). Para sustentar seu pensamento, como visto, Dworkin lança mão da figura metafísica do juiz Hércules, de capacidade e sabedoria sobre-humanas, ideal interpretativo que reconstrói o direito como um romance em cadeia<sup>156</sup> (DWORKIN, 2007, p. 275-304). Assim, o direito como integridade requer que os juízes obtenham a resposta correta para as questões substantivas da moralidade da comunidade por meio da interpretação de princípios e regras (DWORKIN, 2007, p. 427; 2005, p. 81-82).

Entretanto, ainda que não se possa desprezar a produção institucional das legislaturas, não cabe falar em um ideal metafísico de uma única interpretação correta e justa. Como afirma Derrida (2010, p. 43-45), a interpretação judicial do direito está fundada em um paradoxo. De um lado, a decisão judicial não pode “não se referir a nenhum direito, a nenhuma regra”, não pode “não considerar nenhuma regra para além de sua interpretação” ou decidir “fora de qualquer regra ou de qualquer princípio” (DERRIDA, 2010, p. 45). Por outro lado, a decisão judicial “deve não apenas seguir uma regra de direito ou uma lei geral”, mas deve ser “um ato de interpretação reinstaurador, como se a lei não existisse anteriormente, como se o juiz a inventasse ele mesmo em cada caso” (DERRIDA, 2010, p. 44). Portanto, a decisão judicial, para ser justa, deve ser “ao mesmo tempo regrada e sem regra”, ou seja, “conservadora da lei”, mas “suficientemente destruidora ou suspensiva da lei” (DERRIDA, 2010, p. 44).<sup>157</sup>

<sup>156</sup> Segundo Dworkin, “cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante.” E acrescenta: “cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade” (DWORKIN, 2007, p. 276).

<sup>157</sup> Nesse sentido, afirma Derrida (2010, p. 44): “para que uma decisão seja justa e responsável, é preciso que, em seu momento próprio, se houver um, ela seja ao mesmo tempo regrada e sem regra, conservadora da lei e suficientemente destruidora ou suspensiva da lei para dever reinventá-la em cada caso, re-justificá-la, reinventá-la pelo menos na reafirmação e na confirmação nova e livre de seu princípio. Cada caso é um caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente ou codificada pode nem deve absolutamente garantir”.

Nessa perspectiva, conforme Derrida (2010, p. 27), a justiça (ou seja, a resposta correta e justa) existe apenas como uma experiência do que não se pode experimentar, como uma “experiência do impossível”, como “uma vontade” ou “um desejo” (DERRIDA, 2007, p. 30). Noutros termos: a justiça é sempre uma “exigência de justiça”, é sempre um porvir, um devir (DERRIDA, 2010, p. 54-55). Assim, a cada vez que uma lei é aplicada ao caso concreto, não se pode dizer que a justiça foi respeitada, porque “a justiça é incalculável” (DERRIDA, 2010, p. 30).

Portanto, descabe falar em uma solução constitucionalmente obrigatória e unívoca no âmbito interpretativo. Essa tese trabalha com o ideal normativo de que princípios e regras fornecem uma única decisão correta e justa. Esquece, no entanto, da indeterminação e da vagueza, notadamente do texto constitucional permeado de previsões abertas e abstratas. Ou, como afirma Derrida, esquece do elemento incalculável da justiça e do elemento desconstruível do direito – na medida em que este é fundado “em camadas textuais interpretáveis e transformáveis” (DERRIDA, 2010, p. 26).

Ademais, o ideal de uma única resposta correta desconsidera o elemento empírico e institucional no momento da interpretação. Nessa perspectiva, ao tratar desses elementos, Sunstein (1996, p. 167-169) afirma que não existe uma teoria geral de interpretação, nem uma teoria correta de interpretação. A constituição não diz qual interpretação seguir e, mesmo que dissesse, haveria necessidade de interpretar essas regras (e assim por diante). Portanto, qualquer abordagem interpretativa precisa ser suprida pelo intérprete.

Dessa forma, se é verdade que, ao interpretar a constituição, não se pode “simplesmente deixá-la de lado”, também não se pode dizer que seu significado seja revelado ou encontrado pelo intérprete. Ao contrário, ele é criado pelo intérprete, mas “não no sentido de que ele [o significado] é inteiramente livre, e sim no sentido de que a constituição não contém ela própria uma regra interpretativa” (SUNSTEIN, 2009, p. 26).

Portanto, segundo Sunstein (2009, p. 22), por não existir uma única teoria geral de interpretação, as práticas interpretativas precisam observar as capacidades das instituições e as consequências da decisão. Noutros termos: a seleção do método interpretativo, muitas vezes, vai depender das capacidades institucionais das cortes e das consequências das decisões judiciais. Nesse contexto, o debate interpretativo passa a ser também institucional, e não apenas normativo.

A partir dessas premissas, Sunstein e Vermule (2003, p. 886) destacam que duas questões importantes têm sido negligenciadas pelas teorias interpretativas: a) a capacidade institucional, isto é, como determinada instituição, com suas habilidades e limitações, deve

interpretar determinado princípio ou regra; b) os efeitos dinâmicos, ou seja, as consequências de determinada decisão.

A capacidade institucional considera a aptidão de certa instituição para apreciar e decidir profundas questões científicas, econômicas, ambientais, políticas, morais. Nesse contexto, segundo os autores, cumpre considerar se as cortes teriam capacidade para decidir, principalmente de forma conclusiva, questões técnicas e morais complexas.

Com efeito, no contexto brasileiro, um exemplo de limitação institucional encontra-se na ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.755/DF. A ação pretendia a declaração de inconstitucionalidade da Lei 9.294/1996, na parte em que estabeleceu restrições para as propagandas publicitárias somente para as bebidas com teor alcoólico superior a treze graus *Gay Lussac*, sem estabelecer restrições para bebidas com teor alcoólico inferior a treze graus *Gay Lussac*. Sustentava-se, para tanto, a existência de omissão legislativa que violava o princípio da isonomia, pois haveria restrições apenas para as bebidas com teor alcoólico superior a treze graus *Gay Lussac*. A corte não conheceu da ação, com o fundamento de que a declaração de inconstitucionalidade de parte da lei implicaria a atuação como legislador negativo, o que seria vedado. A despeito da afirmação do tribunal, percebe-se, na verdade, uma típica limitação de caráter institucional, tanto que a corte reconheceu que não lhe cabia definir parâmetros técnicos sobre os teores alcoólicos de bebidas para o fim de dizer quais seriam prejudiciais ou não à saúde.<sup>158</sup>

Outro exemplo de limitação institucional foi o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 3.510 pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa ação, questionava-se a constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que permitia o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos, sob o fundamento de que o embrião humano representa vida humana e, portanto, o dispositivo contraria a inviolabilidade do direito à vida. Todavia, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a Constituição Federal de 1988 não define o marco inicial da vida humana e que, em razão do amplo dissenso sobre o tema no meio científico, não caberia à corte definir a correção ou a superioridade de uma corrente científica sobre as demais.<sup>159</sup>

---

<sup>158</sup> Cf.: ADI 1.755, rel. min. Nelson Jobim, DJ 18.05.2011.

<sup>159</sup> Nesse sentido, ver voto da ministra Ellen Gracie: “[e]quivocam-se aqueles que enxergaram nesta Corte a figura de um árbitro responsável por proclamar a vitória incontestável dessa ou daquela corrente científica, filosófica, religiosa, moral ou ética sobre todas as demais. Essa seria, certamente, uma tarefa digna de Sísifo. Conforme visto, ficou sobejamente demonstrada a existência, nas diferentes áreas do saber, de numerosos entendimentos, tão respeitáveis quanto antagônicos, no que se refere à especificação do momento exato do surgimento da pessoa humana. Buscaram-se neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo os constituintes originário e reformador propuseram-se a dar. Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam

Por outro lado, os efeitos dinâmicos dizem respeito às consequências de determinada interpretação judicial. É dizer: o objetivo é analisar e reduzir os custos dos erros de uma decisão judicial. Nesse sentido, Sunstein e Vermule (2003, p. 917-918) destacam relevantes questões empíricas que devem ser feitas antes de se pensar sobre o método interpretativo: a) “se e quando decisões formalistas que produzem claros erros serão corrigidas pela legislatura e se fazer as correções terão maior ou menor custos”; b) “se um judiciário não formalista irá aumentar os custos da decisão para os tribunais, litigantes e aqueles que procuram por informação jurídica”; c) “se um judiciário formalista ou não formalista, em um ou outro domínio, irá produzir erros e injustiças”.

No contexto brasileiro, sobre a importância de se considerar as consequências da decisão judicial, cite-se o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.029, em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade formal da Lei n.º 11.516/2007, que criava o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), por inconstitucionalidade do artigo 6º da Resolução n.º 1/2002 do Congresso Nacional, que permitia a aprovação de medidas provisórias com parecer submetido diretamente ao Plenário das Casas Legislativas, sem parecer prévio das comissões mistas. No dia seguinte, em razão do risco de nulidade de aproximadamente quinhentas medidas provisórias aprovadas com base no rito declarado inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal viu-se forçado a acolher questão de ordem levantada pela Advocacia-Geral da União e a modular os efeitos da decisão para preservar a validade de todas as medidas provisórias convertidas em lei até a data do julgamento.<sup>160</sup>

De igual forma, registrem-se as ações diretas de inconstitucionalidade n.ºs 4.357 e 4.425, em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de parte da Emenda Constitucional 62/2009, que instituiu novo regime especial de pagamento de precatórios com parcelamento da dívida em até quinze anos. Todavia, posteriormente, com a informação de suspensão do pagamento de precatórios por alguns tribunais, a corte teve que esclarecer que os pagamentos deveriam continuar a ser feitos nos moldes então declarados inconstitucionais, até que o Supremo Tribunal Federal decida sobre o alcance de sua decisão.<sup>161</sup>

---

explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988. Cf.: ADI 3510, rel. min. Ayres Britto, DJ-e 29-05-2008.

<sup>160</sup> Cf.: ADI 4.029, rel. min. Luiz Fux, DJ-e 27-06-2012.

<sup>161</sup> Cf.: Informativos n.º 697 e 698 do STF.

Por fim, registre-se o mandado de segurança n.º 31.818, em que o relator, ministro Luiz Fux, deferiu liminar para que o Congresso Nacional se abstinhasse de examinar os vetos ao Projeto de Lei 2.565/2011 (que dispunha sobre o regime de partilha dos *royalties* da exploração do petróleo) antes de analisar todos os vetos pendentes de apreciação em ordem cronológica. O tribunal, posteriormente, cassou a liminar, dentre outros fundamentos, diante das contingências práticas da análise cronológica de mais de três mil vetos pendentes, o que poderia inviabilizar a atividade do parlamento.<sup>162</sup> Portanto, efeitos deletérios da decisão, os quais deveriam ter sido considerados na interpretação dos princípios e regras constitucionais em discussão.

De outro lado, como salientam Sunstein e Vermule (2003, p. 915-916), as vantagens de se considerar questões institucionais são não apenas complementar as teorias normativas, mas principalmente resolver conflitos sobre essas teorias, porque conduzem pessoas com diferentes visões teóricas a concordar sobre determinados resultados práticos. Por exemplo, intencionalistas e textualistas, ainda que discordem sobre o fundamento correto da interpretação, podem concordar sobre ser a lei o ponto de partida da interpretação. Também, com bases em premissas empíricas, podem concordar sobre não se proceder à análise da história legislativa. O intencionalista porque essa análise pode aumentar os erros sobre a determinação da intenção legislativa e os custos do litígio; o textualista porque a referida análise, além de aumentar os custos da demanda, pode acrescer os erros sobre a determinação do sentido ordinário do texto.

Por fim, cumpre registrar que não se está a dizer que teorias e limitações normativas não sejam importantes. Por exemplo, no âmbito das sentenças manipulativas com efeitos aditivos, algumas limitações normativas ganham relevância, como a impossibilidade do emprego dessas decisões quando prejudicial ao acusado por força do artigo 5º, inciso XXXIX, CF; ou quando importar majoração de tributos e ampliação de fato gerador, por força do artigo 146, inciso III, alínea “a”, da CF<sup>163</sup>. O que se está a afirmar é que não se pode deixar de considerar o elemento empírico e institucional no momento da interpretação. A questão central, nesse contexto, deixa de ser como a constituição deve ser interpretada, mas como as cortes, com suas capacidades e dificuldades institucionais, devem interpretar os princípios e

---

<sup>162</sup> Também o RE 438.639, rel. p/c acórdão, min. Cezar Peluso, DJ 05-03-2009, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela competência da justiça do trabalho para apreciar e julgar ações de indenização por dano decorrente de acidente do trabalho. Posteriormente, diante do número de ações em trâmite dos tribunais, o tribunal reviu o posicionamento anterior e passou a decidir que os processos com sentença de mérito proferidas antes da Emenda Constitucional 45/2004 deveriam permanecer na justiça dos estados (CC 7.204, rel. min. Ayres Britto, DJ 09/12/2005). Cf.: KAUFMANN, 2013.

<sup>163</sup> Sobre o tema, cf. Vega, 2003, p. 289-296, em análise da jurisprudência da Corte Constitucional italiana.

as regras constitucionais em jogo e perceber os efeitos deletérios de determinada interpretação.

### **3 UMA PROPOSTA PARA AS SENTENÇAS MANIPULATIVAS COM EFEITOS ADITIVOS E A ANÁLISE DA PRÁTICA JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Como analisado no capítulo anterior, a corrente favorável às sentenças manipulativas com efeito dialoga com a ideia de supremacia judicial. A supremacia judicial afirma que o judiciário detém a palavra final e vinculativa sobre a interpretação da constituição, sem, no entanto, considerar que a interpretação é um processo contínuo e dinâmico do qual os atores extrajudiciais também participam. Outrossim, a corrente favorável apresenta uma teoria substantiva de legitimidade para as sentenças manipulativas com efeitos aditivos baseada em um tipo ideal de judiciário que, por meio da interpretação de princípios e regras, e livre da pressão da política, chegará sempre a respostas substantivas corretas e melhores que as repostas dadas pelas legislaturas. Por fim, a posição favorável encara de maneira simplista a problemática referente à proteção das minorias, sem considerar o fato de que as pessoas divergem sobre direitos em uma sociedade heterogênea e que nem sempre os desacordos significam uma tirania da maioria.

Por outro lado, a corrente contrária à legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos parte da pressuposição de que as cortes constitucionais deveriam atuar e atuariam apenas como legislador negativo, o que não se sustenta tanto na teoria kelseniana quanto na prática judicial. Ademais, essa corrente, ao afirmar que caberia apenas às legislaturas a concretização da constituição, associa-se à noção de majoritarianismo e de supremacia parlamentar, o qual teria a palavra final sobre direitos e justiça. Por fim, a posição desfavorável à legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos não considera que tais sentenças podem se revelar importantes quando as regras de deliberação democrática e o processo de modificação legislativa não estejam em boas condições de funcionamento, e quando a participação de grupos minoritários não ocorre em igualdade de condições.

Por último, a corrente intermediária trabalha com o ideal metafísico de que exista uma resposta correta e unívoca para questões difíceis. No entanto, ainda que não se possa desprezar a produção institucional do legislador, não há como negar o elemento criativo e construtivo existente na interpretação judicial. Nesse sentido, a resposta correta é sempre um ideal que está por vir, mas nunca atingido. Ademais, essa corrente não considera os elementos empírico e institucional existentes no momento da interpretação. Por fim, como foi salientado,

se o objetivo da posição intermediária é limitar o emprego das sentenças manipulativas com efeitos aditivos frente ao legislador democrático, ela não atinge a sua finalidade. Se o resultado da sentença manipulativa com efeitos aditivos é obrigatório e único, a solução da corte acaba por vincular a atividade da legislatura que não poderia atuar de outra maneira a não ser tal como indicado pela corte.

Feita a análise crítica do quadro doutrinário atual, no presente capítulo, pretende-se apresentar uma proposta para o problema da legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos. Se, por um lado, a defesa do emprego dessas sentenças vinculada à ideia de supremacia e perfeccionismo judiciais não se mostra satisfatória, por outro, negar por completo a utilização das sentenças manipulativas com efeitos aditivos revela um quadro de majoritarianismo e supremacia parlamentar que não considera a relação de horizontalidade entre as instituições judiciais e parlamentares. Ademais, a tese da solução constitucionalmente obrigatória não compreende adequadamente o problema da interpretação judicial, pois parte da compreensão de que existe uma interpretação correta e unívoca. No entanto, diante da ausência de uma única teoria geral de interpretação, cumpre pensar não apenas em limitações normativas, mas também em limitações institucionais.

A seção 3.1 trata da legitimidade e do entrincheiramento do controle judicial de constitucionalidade. Na seção, afirma-se que o controle judicial de constitucionalidade – incluídas suas técnicas decisórias – legitima-se como um procedimento de tomada de decisão jurídico-política, o qual é possível de ser estabelecido em uma sociedade democrática. Além disso, busca-se esclarecer como esse procedimento de resolução de controvérsia, caracterizado pela prospectividade, pela multiplicidade e pela incerteza quanto aos resultados, é estabelecido e por que ele tende a se tornar mais estável que os próprios resultados que emergem dessa estrutura.

A seção 3.2 versa sobre a relação entre cortes e legislaturas no âmbito do controle de constitucionalidade. Nela, defende-se uma abordagem que se afasta tanto da supremacia judicial quanto da supremacia parlamentar, a partir da compreensão de um diálogo institucional entre as cortes e as legislaturas, o que gera uma abertura do sistema político-constitucional. Em seguida, sublinha-se que essa relação dialógica entre as cortes e as legislaturas pode ocorrer tanto de forma coordenada quanto conflituosa.

Já a seção 3.3 trata da interação dialógica entre as cortes e as legislaturas no âmbito específico das sentenças manipulativas com efeitos aditivos. Nessa perspectiva, defende-se uma sentença manipulativa com efeitos aditivos com natureza provisória que não vincule a

atividade ulterior da legislatura. Dessa forma, proferida uma sentença com efeitos aditivos, as legislaturas poderiam tanto concordar com a solução dada pelas cortes quanto discordar.

Por fim, a seção 3.4 apresenta parâmetros para a utilização das sentenças manipulativas com efeitos aditivos. Sustenta-se que esses parâmetros têm como objetivo evitar a sobreposição entre os procedimentos judiciais e parlamentares e promover a deliberação democrática nas instituições eleitas, em vez de precluir.

### **3.1 A legitimidade e o entrincheiramento do controle judicial de constitucionalidade como procedimento de tomada de decisão**

Como ressaltado no capítulo anterior, a distinção entre legislador negativo e legislador positivo não tem razão de existir. Nenhuma declaração de inconstitucionalidade é puramente negativa, e todo ato de interpretação e aplicação da constituição (e da lei) envolve construção e criação do direito. Dessa forma, admitida a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, não tem sentido a limitação metafísica imposta pela corrente contrária à admissibilidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos de que a corte constitucional deveria se comportar como legislador negativo. No entanto, ainda resta uma questão a ser respondida: em que termos o controle judicial de constitucionalidade revela-se legítimo?

A divergência e o conflito são inerentes à democracia e à sociedade política contemporânea, caracterizada por ser complexa e heterogênea. Assim, as pessoas divergem sobre justiça, bem comum, valores, interesses. A ausência de dissenso e de conflito na esfera pública é grave indicativo de um regime totalitário, na medida em que não seria permitido a ninguém pensar diferente de uma tendência autoritária.

No campo do direito, a divergência também está presente. Ela ocorre em relação aos direitos que nós temos e, uma vez previstos na legislação, em relação ao significado e às implicações concretas desses direitos. Nesse sentido, ainda que as pessoas possam concordar sobre princípios gerais e abstratos – tais como, igualdade, liberdade de expressão –, elas podem discordar sobre o significado concreto e particular desses princípios – ação afirmativa, pornografia. De igual forma, mesmo que as pessoas possam concordar sobre práticas concretas e particulares – ação afirmativa –, elas podem discordar sobre a fundamentação

teórica e a base dessas práticas – uns concordam com a ação afirmativa em razão do princípio da igualdade, outros em razão do fortalecimento das universidades que passaria a ter um corpo discente mais diversificado (SUNSTEIN, 1999, p. 10-14).

Por outro lado, a despeito da divergência, a vida em sociedade apenas é possível se as pessoas adotam uma ação comum e conjunta. Embora não se trate de uma tarefa fácil, considerada a premissa de que cada indivíduo possui um projeto de vida próprio, é a ação comum e conjunta que permite a conquista de direitos individuais e coletivos – igualdade, liberdade de expressão, proteção contra o trabalho escravo, proteção ao meio ambiente, existência de um sistema coletivo de saúde, livre concorrência.

Há, portanto, um paradoxo na democracia. De um lado, existe a divergência em relação a direitos, justiça, valores, interesses, bem comum. Do outro lado, existe a necessidade de uma ação conjunta e comum, sem a qual não haveria uma sociedade política.

Nessa perspectiva, haja vista a existência de divergência sobre direitos de um lado, e a necessidade de uma ação comum na sociedade política moderna do outro, é preciso compartilhar instituições e procedimentos para a resolução desses desacordos substantivos. Em resumo: considerados o dissenso com relação a direitos e a necessidade de uma ação coletiva para a vida em sociedade, é necessário estabelecer instituições e procedimentos para a tomada de decisões sobre direitos substantivos, sem as quais não seria possível o Estado Democrático de Direito.<sup>164</sup>

Por seu turno, essas instituições e esses procedimentos, ao mesmo tempo em que dispensam a necessidade de um consenso racional sobre as questões em que o consenso seria impossível, proporcionam a conquista de direitos substantivos e propiciam a existência do pluralismo na sociedade política.

Alguns desses conceitos são abordados por Neves. Nesse sentido, o autor propõe uma releitura da legitimação do Estado Democrático de Direito que tenha em mente a

---

<sup>164</sup> Como visto no capítulo anterior, algumas dessas ideias são trabalhadas por Waldron, em suas “circunstâncias da política”. No entanto, como afirmado, Waldron superestima o procedimento majoritário-legislativo frente ao procedimento judicial, o qual teria a palavra final sobre direitos, o que acaba por gerar um fechamento do sistema político-constitucional. Cf.: WALDRON, 1999, p. 101-106. Em sentido próximo, embora a partir de outros pressupostos, Mouffe, em seu modelo de democracia política, também salienta para o consenso em torno das instituições que compõem a democracia, o que, ao mesmo tempo em que viabiliza a unidade da sociedade política, permite o conflito, característica inerente das sociedades humanas. Para tanto, a autora recorre a uma diferenciação entre “o político” e a “política”. “O político” refere-se à dimensão do antagonismo como característico das relações humanas. Já a “política” diz respeito ao conjunto de práticas e de instituições criadas e estabelecidas para permitir a coexistência humana a despeito da conflituosidade presente na dimensão do “político”. A “política”, portanto, nunca pode superar plenamente o conflito presente no “político”. Assim, o objetivo da política é a criação “da unidade em um contexto de conflito e diversidade”. Nesse contexto, tem-se que “o consenso é necessário”, mas “limitado sobre as instituições que constituem a democracia”, de forma que fica mantido o desacordo sobre como os interesses e valores serão implementados por essas instituições. Cf.: MOUFFE, 2000, p. 98-127. Ver também: MOUFFE, 1996, p. 1-12.

intermediação entre consenso quanto aos procedimentos (legislativo, judicial, executivo) e dissenso com relação ao conteúdo (diversidade de valores, interesses, expectativas presentes na esfera pública). Em outras palavras: a legitimação do Estado Democrático de Direito decorre da intermediação entre consenso procedimental e dissenso contetudístico (NEVES, 2008, p. 136-156).

Segundo Neves (2008, p. 151), “o consenso procedimental é pressuposto imprescindível” para o Estado Democrático de Direito, na medida em que “se os próprios procedimentos [...] são questionados de maneira generalizada, faltam as condições de permanência de uma esfera pública e, por conseguinte, de realização do Estado Democrático de Direito”. Ademais, como destaca Neves, o relevante para a legitimação não é o consenso em torno dos resultados gerados por esses procedimentos, mas que referidos procedimentos “permaneçam abertos para a diversidade de valores, expectativas e interesses”, de forma a permitir que aqueles que tenham sido eventualmente derrotados em determinada questão obtenham futuras vitórias. A par disso, os procedimentos estabelecidos, ao mesmo tempo em que absorvem o dissenso, “possibilitam, intermediam e mesmo fomentam a sua emergência na esfera pública” (NEVES, 2008, p. 149).<sup>165</sup>

Portanto, tem-se um acordo quanto aos procedimentos para solução de controvérsias, os quais não apenas permitem uma ação comum e conjunta dentre os membros da sociedade política, mas também a existência do dissenso na esfera pública, na medida em que dispensam a formação do consenso sobre direitos e justiça. Noutras palavras: as instituições e os procedimentos viabilizam a unidade da sociedade política na divergência sobre direitos.

Em contrapartida, esse acordo em torno dos procedimentos e instituições pode ser resultado tanto de compromissos formais estabelecidos normativamente em uma constituição quanto de compromissos não previstos expressamente em uma constituição<sup>166</sup>, mas resultantes de circunstâncias práticas, históricas, políticas (LEVINSON, 2011, p. 697-715).

---

<sup>165</sup> Nesse sentido, confira-se a lição de Neves (2008, p. 144): “o consenso em relação aos procedimentos possibilita a convivência com o dissenso político e jurídico sobre valores e interesses no Estado Democrático de Direito, tornando-o suportável na sociedade complexa de hoje. Isso porque é no âmbito deste que se pode construir e desenvolver uma esfera pública pluralista constitucionalmente estruturada, cujos procedimentos estão abertos aos mais diferentes modos de agir e vivenciar políticos, admitindo inclusive os argumentos e as opiniões minoritárias como probabilidades de transformação futura dos conteúdos da ordem jurídico-política, desde que respeitadas e mantidas as regras procedimentais. Intermediando consenso quanto ao procedimento e dissenso com relação ao conteúdo, o Estado Democrático de Direito viabiliza o respeito recíproco às diferenças no campo jurídico-político da sociedade supercomplexa contemporânea e pode, ao mesmo tempo, atuar como fator construtivo e dinâmico para reprodução autônoma das esferas plurais de comunicação”.

<sup>166</sup> Como é o caso, por exemplo, do Reino Unido, que, embora possua uma carta de direitos, não possui uma constituição formal. Sobre a dualidade entre constituição formal e constituição funcional (prática), Levinson destaca que, muitas vezes, o compromisso formal não é necessário, nem suficiente para o entrenchamento das instituições e dos procedimentos de tomada de decisão política. Ademais, o compromisso formal apenas é

Como destacado, esse compromisso em torno das instituições e dos procedimentos surge em razão da necessidade de se estabelecer uma ação conjunta e coordenada sem a qual não haveria sociedade política. Mas falta melhor explicar como esse acordo sobre as instituições e os procedimentos ocorre e por que eles se tornam mais duráveis que os próprios resultados substantivos produzidos por eles.

Conforme Levinson (2011, p. 681), instituição é “qualquer arranjo político relativamente estável”. Mais especificamente, as instituições compreendem as estruturas relativamente duráveis e os procedimentos por meio dos quais decisões políticas são tomadas. Diferenciam-se, dessa forma, dos resultados – substantivos – que emergem dessas estruturas organizacionais e desses procedimentos.

São, portanto, exemplos de instituições: o federalismo, as eleições democráticas, a separação de poderes, os executivos, as legislaturas, os tribunais, as agências administrativas, os organismos internacionais. As instituições, nesse sentido, englobam os procedimentos de tomada de decisão política, como o eleitoral, o executivo, o parlamentar e o judicial.

Nessa perspectiva, Levinson procura esclarecer como esses acordos procedimentais e institucionais são estabelecidos e como eles se tornam mais estáveis que as próprias políticas substantivas que elas sustentam. Noutras palavras: Levinson procura explicar por que essas estruturas e esses procedimentos são firmados e por que se tornam resistentes às mudanças políticas que servem para atender interesses imediatos e momentâneos.

Para responder a essa indagação, Levinson (2011, p. 683) parte de uma diferenciação entre (a) mecanismos a partir dos quais as instituições e os procedimentos são estabelecidos e sustentados pelos atores sociais e políticos e, uma vez estabelecidos, (b) mecanismos a partir dos quais as instituições e os procedimentos tornam-se ainda mais estáveis ao longo do tempo.

Segundo o autor, os mecanismos (a) pelos quais as instituições e os procedimentos são estabelecidos e sustentados seguem as lógicas da coordenação (*coordenation*) e da reciprocidade (*reciprocity*).

A lógica da coordenação sugere que, a despeito de as pessoas terem interesses divergentes, somente a adoção de uma ação comum e coordenada permite a materialização de inúmeros benefícios dentro da sociedade como, por exemplo, o idioma a ser falado, o lado de direção do automóvel em uma estrada, a proteção ao meio ambiente, a proteção contra o trabalho escravo. Dessa forma, da mesma maneira que as pessoas se beneficiam com o

---

efetivo se houver um mínimo de apoio social e político a essas regras. Sobre o tema, cf.: LEVINSON, 2011, p. 697-700.

estabelecimento dessas regras e direitos coletivos, elas se beneficiam quando institucionalizam mecanismos para resolução de desacordos<sup>167</sup> (LEVINSON, 2011, p. 683-684). Isso porque, por meio da institucionalização de procedimentos para a resolução de controvérsias, obtém-se uma ação coletiva e coordenada direcionada à proteção de direitos, sem, no entanto, exigir a existência do consenso na sociedade. Em resumo: os benefícios da coordenação e cooperação resultantes da conquista de direitos substantivos forçam a organização e a estabilização de instituições e de procedimentos para a resolução de desacordos substantivos.

Além de coordenação, o segundo mecanismo apontado por Levinson para o estabelecimento de um acordo em torno das instituições segue a lógica da reciprocidade. Essa sugere que os atores sociais e políticos com expectativa de alternância de poder podem concordar com o estabelecimento de instituições e de procedimentos – separação de poderes, tribunais, agências reguladoras, banco central – porque eles são constituídos para atuar de forma recíproca e indiscriminada em relação a todos os atores.

No âmbito da reciprocidade, Levinson discorre ainda sobre as lógicas da reputação (*reputation*) e da repetição (*repeat play*) para o estabelecimento de acordo em relação aos procedimentos. Quanto à reputação, tem-se que os atores sociais e políticos podem concordar com arranjos institucionais e procedimentais que, eventualmente, prejudiquem seus interesses imediatos, a fim de construir e preservar uma boa reputação no sentido de contribuir para os benefícios da cooperação entre os atores. No tocante à repetição, observa-se que os atores sociais e políticos no poder podem concordar com o estabelecimento de instituições e procedimentos que gerem, eventualmente, um resultado desfavorável a eles, na expectativa de que essas restrições repetir-se-ão em relação aos grupos contrários quando estes estejam no poder (LEVINSON, 2011, p. 684-685).

Estudados os mecanismos pelos quais as instituições e os procedimentos são estabelecidos e sustentados em uma sociedade política, Levinson procura analisar os mecanismos (b) que contribuem para aumentar ainda mais a estabilidade desses arranjos institucionais e procedimentais ao longo do tempo. São eles: “ativos específicos de investimentos” (*asset-specific investments*) e “retorno político positivo” (*positive political feedback*) (LEVINSON, 2011, p. 685-686).

---

<sup>167</sup> Como ressalta Levinson (2011, p. 683-684), ainda que as pessoas divirjam sobre determinados procedimentos, elas podem abrir mão de suas primeiras escolhas em troca dos benefícios da ação conjunta e coordenada.

Os ativos específicos de investimentos traduzem a circunstância de que os atores sociais e políticos investiram recursos na concepção e construção dos arranjos institucionais e dos procedimentos de tomada de decisão. E mais: uma vez construídos esses arranjos, esse mecanismo de entrincheiramento sublinha que os atores sociais e políticos inventem recursos no desenvolvimento de habilidades para lidar com essas instituições e procedimentos, como, por exemplo, a aquisição de conhecimento sobre o funcionamento das instituições ou a construção de relações com as pessoas que compõem essas instituições. Em razão desses motivos, os atores sociais e políticos vão evitar investimentos na criação de novas estruturas ou no estabelecimento de procedimentos alternativos. Assim, por exemplo, os partidos políticos investem na formatação da sociedade política e, portanto, vão evitar mudanças generalizadas quanto aos sistemas do federalismo e da separação de poderes; os escritórios de advocacia investem nas estruturas judiciais e, desse modo, vão fugir de questionamentos generalizados quanto à autoridade e independência das cortes (LEVINSON, 2011, p. 686-687).

Por sua vez, o mecanismo do retorno político positivo contribui para a durabilidade das instituições, na medida em que alguns arranjos estruturais organizam ou fortalecem determinados grupos de atores, de forma que esses grupos têm interesse em manter e reforçar referidas estruturas. Por exemplo, a institucionalização de tribunais favorece advogados, que, dessa forma, têm interesse na manutenção das cortes; a criação de um sistema de previdência e assistência social favorece segurados e beneficiários, os quais, portanto, estão empenhados em manter essas estruturas (LEVINSON, 2011, p. 687-688).

Outrossim, após analisar os mecanismos de estabelecimento e entrincheiramento das instituições e dos procedimentos de tomada de decisão<sup>168</sup>, Levinson procura elucidar por que essas estruturas tornam-se mais estáveis que os próprios resultados substantivos por elas geradas. Ou seja, uma vez consolidadas as instituições e os procedimentos de tomada de decisão, o autor busca tratar sobre o motivo pelo qual as instituições e os procedimentos mostram-se menos suscetíveis de superação ou de revisão que os próprios resultados substantivos por eles produzidos. Por exemplo: por que a separação de poderes pode se tornar mais estável que as especificações do direito de propriedade, de igualdade de gênero e de raça ou do direito ao aborto (LEVINSON, 2011, p. 692).

---

<sup>168</sup> Vale destacar que esses mecanismos de estabelecimento e entrincheiramentos das instituições não impedem a existência de conflitos entre instituições, nem de eventuais interesses em superar ou revisar as instituições. Quanto a esse último aspecto, o que Levinson procura demonstrar é que, a despeito da possibilidade de interesses na superação ou na revisão das instituições, eles não são frequentes e, quando ocorrem, não geram uma modificação generalizada das instituições. Cf.: LEVINSON, 2011, p. 690-692.

Segundo Levinson (2011, p. 692-693), os citados mecanismos de estabilidade e entrincheiramento operam diferentemente e mais fortemente no nível das instituições e dos procedimentos de tomada de decisão do que no nível dos resultados políticos substantivos.<sup>169</sup>

Isso ocorre por que as instituições apresentam como características: (a) a prospectividade, isto é, as instituições são estabelecidas previamente para a resolução de controvérsias que aparecerão posteriormente; (b) a incerteza, ou seja, não se podem prever os resultados que surgirão no futuro; (c) a multiplicidade, quer dizer, as instituições são construídas para produzirem uma grande variedade de resultados e não um resultado único. Essas características, conforme o autor, contribuem para aumentar o grau de estabilidade das instituições quando comparado com os resultados substantivos por ela gerados (LEVINSON, 2011, p. 694).

Quanto à (a) prospectividade, tem-se que os atores políticos e sociais apresentam uma visão mais imparcial em relação às estruturas de tomada de decisão, quando elas são estabelecidas anteriormente ao surgimento das controvérsias. No tocante à (b) incerteza acerca dos resultados, percebe-se que os atores sociais e políticos, mesmo que discordem sobre aborto, limites da liberdade de expressão, ações afirmativas, casamento entre pessoas do mesmo sexo, podem concordar sobre separação de poderes, federalismo, tribunais, porque não se sabe como essas instituições irão afetar seus próprios interesses. Ademais, se os resultados das decisões são incertos, os incentivos dos derrotados “em resistir à autoridade das instituições” tendem a se anular em razão da expectativa de que obtenham vitórias futuras (LEVINSON, 2011, p. 694-695).

Por sua vez, os benefícios para aumentar o grau de estabilidade em razão (c) da multiplicidade de resultados produzido por cada instituição – ou complexo de instituições – decorrem do fato de que os atores sociais e políticos não precisam estabelecer um novo procedimento sempre que surgir um novo desacordo. Outrossim, a pluralidade de respostas dadas pelas instituições faz com o que os atores invistam em seu funcionamento, porque elas sempre permanecerão abertas a novas controvérsias e a possíveis decisões favoráveis no futuro (LEVINSON, 2011, p. 695).

Por fim, pode-se objetar que as instituições e os procedimentos também podem sofrer alterações ao longo do tempo. Mas o ponto não é esse. O cerne é que o mínimo de acordo estrutural e procedimental é necessário para a vida em sociedade e para conquista de direitos, bem como que as instituições e os procedimentos tendem a se tornar mais estáveis quando

---

<sup>169</sup> Para Levinson, o nível de entrincheiramento das eleições em uma democracia é diferente do nível do entrincheiramento de um direito substantivo específico.

comparados aos direitos substantivos específicos que essas estruturas visam implementar.<sup>170</sup> Dessa forma, ainda que possa haver revisão política em relação às estruturas de tomada de decisão política, essas mudanças requerem uma insatisfação social maior e um consenso político mais amplo quando confrontados com os direitos substantivos específicos (LEVINSON, 2011, p. 717-733).

Analisado o conceito de instituições e de procedimentos de tomada de decisão, bem como estudado o conjunto de mecanismos a partir dos quais essas estruturas são estabelecidas e tornam-se estáveis, cumpre destacar ser o controle judicial de constitucionalidade um desses procedimentos de tomada de decisão jurídico-política que pode ser estabelecido em uma democracia como forma de permitir uma ação coletiva e conjunta na sociedade política, mas também viabilizar o pluralismo na esfera pública.

Ademais, assim como ocorre com as demais instituições e procedimentos, o acordo procedimental em torno do controle judicial de constitucionalidade pode ser fruto tanto de um compromisso formal estabelecido normativamente<sup>171</sup> – como ocorre, por exemplo, no caso brasileiro e italiano – ou de uma prática político-institucional – como ocorre, por exemplo, no contexto norte-americano.<sup>172</sup>

Nessa perspectiva, o controle judicial de constitucionalidade – e, por conseguinte, suas técnicas de decisão – legitima-se enquanto procedimento de resolução de controvérsia que visa indiretamente à implementação de direitos substantivos. Ou seja, é o próprio procedimento que lhe confere legitimidade<sup>173</sup>. Essa autolegitimação diferencia-se da heterolegitimação, isto é, da legitimação vinda dos atores políticos e sociais. No entanto, como adverte Neves (2008, p. 148), o importante para essa legitimação vinda dos atores

---

<sup>170</sup> Como dito, as instituições e os procedimentos são instrumentos de conquista e de implementação de direitos substantivos. Ao mesmo tempo, os direitos, uma vez previstos na legislação, passam a limitar o exercício do poder político por meio dessas estruturas estabelecidas (LEVINSON, 2011, p. 717).

<sup>171</sup> Vale destacar que os compromissos normativos também podem decorrer da prática institucional, assim como a prática pode conduzir à normatividade.

<sup>172</sup> Nesse sentido, embora Habermas afirme que a lógica de sua teoria do discurso sugira um controle de constitucionalidade efetuado pelo parlamento, desde que configurado para possuir uma câmara interna de autorreflexão, o autor argumenta que razões pragmáticas e político-institucionais podem falar a favor de um controle feito pelo poder judiciário (HABERMAS, 2008, p. 314-315 e 335).

<sup>173</sup> A legitimidade procedimental pressupõe evidentemente a igualdade de participação dos atores políticos e sociais. Sobre a ideia de legitimação pelo procedimento, cf.: LUHMANN, p. 29-35. Luhmann define a legitimidade como “*uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância*” (LUHMANN, p. 30, grifos no original). Nesse sentido, o autor sublinha que a incerteza quanto ao resultado, é “essencial ao procedimento” (LUHMANN, 1980, p. 46). Conforme ele, a incerteza “dá aos participantes o incentivo para contribuir para o progresso do procedimento por meio das suas próprias tentativas de redução, mantém-lhes vivas as esperanças e conduzi-los através dos caminhos do caminho que, de acordo com as regras [...] [do procedimento], levará a decisão. Por outras palavras, a incerteza motiva a aceitação dum papel e conjuntamente desse papel que absorve gradualmente a incerteza” (LUHMANN, 1980, p. 46).

políticos e sociais não é fruto “do consenso em torno do resultado do procedimento”, mas sim que o procedimento, “independentemente dos resultados”, permaneça aberto “para a diversidade de valores, expectativas e interesses, mesmo os que eventualmente sejam derrotados nos termos procedimentais” (NEVES, 2008, p. 148).

De toda forma, a despeito da incerteza quanto aos resultados como característica da revisão judicial da legislação, as cortes buscam preservar seu capital político e, assim, tendem a evitar decisões que a sociedade como um todo acharia repugnante ou incompreensível (SUNSTEIN, 2009, p. 174). Ou seja, ainda que presente a incerteza dos resultados, como destaca Levinson (2011, p. 733), os juízes, consciente ou inconscientemente, tendem a evitar decisões que não teriam o mínimo de apoio entre os atores políticos ou sociais, o que acaba por reduzir o grau de incerteza paulatinamente. Nesse sentido, por exemplo, no contexto brasileiro, a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre união estável homoafetiva já contava com certo apoio em decisões de tribunais inferiores e de autoridades administrativas (como a Instrução Normativa n.º 25/2000 do Instituto Nacional do Seguro Social).

Encarado o controle judicial de constitucionalidade como um procedimento de tomada de decisão jurídico-política, da mesma forma que as demais instituições e os demais procedimentos de resolução de controvérsias, a revisão judicial da legislação é estabelecida e adquire durabilidade também a partir dos mencionados mecanismos de coordenação, de reciprocidade (nesta incluída a repetição e reputação), de ativos específicos de investimentos e de retorno político positivo.

Quanto à coordenação, verifica-se que o controle judicial de constitucionalidade é organizado em razão da necessidade de uma ação conjunta e coletiva que possibilite a conquista de direitos, mesmo sem pressupor a existência de um consenso racional substantivo. Ademais, ainda que haja um desacordo substantivo com relação ao resultado específico gerado pelo controle judicial da legislação, os atores sociais e políticos, em regra, são impulsionados a respeitar e aceitar a autoridade da decisão judicial, tanto em razão dos benefícios da ação coordenada e da expectativa de vitórias futuras quanto em decorrência da intenção de evitar a violência na resolução de desacordos (LEVINSON, 2011, p. 740).

Quanto à reciprocidade, os atores políticos e sociais podem concordar com o controle judicial de constitucionalidade, na expectativa de que ele ocorrerá de forma recíproca e indiscriminada em relação a todos os atores. De igual sorte, a coalização política que esteja no poder pode aceitar o controle judicial de suas ações com a expectativa de que a coalizão

contrária venha a sofrer as mesmas limitações quando estiver no poder<sup>174</sup> (LEVINSON, 2011, p. 740-742).

No tocante aos ativos específicos de investimento, tem-se que os advogados e escritórios de advocacia têm interesse em manter e expandir o controle judicial de constitucionalidade porque investem nessa estrutura e lucram com referida atividade. Por fim, o mecanismo dos efeitos políticos positivos também opera em relação à revisão judicial da legislação, na medida em que a institucionalização de tribunais e do controle judicial de constitucionalidade pode organizar determinados atores políticos e sociais, que, dessa maneira, têm interesse em reforçar essas estruturas (LEVINSON, 2011, p. 743-744).

Outrossim, assim como as demais instituições e procedimentos de tomada de decisão, o controle judicial de constitucionalidade caracteriza-se pela prospectividade, pela multiplicidade e pela incerteza quanto aos resultados. Essas características, como destacado, contribuem para tornar o procedimento da revisão judicial da legislação mais estável que os próprios direitos substantivos que objetivam implementar. Ademais, esses atributos propiciam que as decisões resultantes do procedimento do controle judicial de constitucionalidade sejam protegidas pelo seu conjunto, e não por cada resultado isolado.

Quanto à prospectividade, tem-se que os atores políticos e sociais podem adotar uma visão mais imparcial em relação ao controle judicial de constitucionalidade, porque estabelecido anteriormente ao surgimento de controvérsias específicas. No tocante à incerteza, tem-se que os atores políticos e sociais, ainda que discordem quanto a resultados substantivos específicos, podem concordar com a revisão judicial da legislação, uma vez que não sabem quais resultados ela gerará. Igualmente, a incerteza de resultados tende a anular o interesse desses atores em modificar o controle judicial de constitucionalidade, porque, mesmo que sobrevenha um resultado contrário aos seus interesses, existe a expectativa de resultados favoráveis no futuro. Por fim, tal como ocorre em relação às demais instituições e procedimentos, a multiplicidade de resultados permite a estabilidade do controle judicial por longo período, na medida em que o procedimento permanece aberto para o aparecimento de novas controvérsias e para vitórias futuras daqueles eventuais derrotados.

Analisado o tema de legitimidade do controle judicial de constitucionalidade a partir de um conceito institucional em que a revisão judicial da legislação é compreendida e legitima-se como um procedimento de tomada de decisão jurídico-político, as seções

---

<sup>174</sup> Além disso, a preservação de um Judiciário independente, muitas vezes, serve aos interesses dos líderes políticos, na medida em que as cortes podem tomar decisões que esses líderes preferem evitar, como, por exemplo, o aborto, o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

seguintes buscam analisar a relação entre as instituições judiciais e parlamentares com o enfoque para o tema das sentenças manipulativas com efeitos aditivos, lugar onde essa relação de tensão entre as cortes e as legislaturas torna-se mais evidente.

Os conceitos de incerteza e de multiplicidade de resultados que cada instituição ou que um complexo de instituição – cortes e legislaturas – pode gerar são essenciais para análise do tópicos seguintes. Nesse sentido, defende-se a ausência de palavra final dada pelas cortes ou pelas legislaturas. Isso porque a existência de última palavra depositada nas instituições judiciais ou nas legislaturas acaba por eliminar ou diminuir o grau de incerteza e de multiplicidade de resultados que esse conjunto de instituições importantes para a democracia pode produzir.

A par disso, sustenta-se que não existe uma relação hierárquica entres as instituições judiciais e as parlamentares. Ao contrário, elas estão em posição de horizontalidade dentro do desenho político-institucional, porquanto nenhuma delas possui o monopólio da palavra final sobre a constituição.

### **3.2 A relação entre cortes e legislaturas no controle de constitucionalidade: a dinâmica entre o consenso e o conflito interinstitucional**

A partir de Levinson, foi visto que o legislativo e o judiciário – aí incluído o controle judicial de constitucionalidade – são instituições que se legitimam como procedimentos de tomada de decisão jurídico-política. Como instituições, caracterizam-se pela durabilidade e estabilidade ao longo do tempo, bem como pela multiplicidade e pela incerteza de resultados produzidos. A multiplicidade e a incerteza ocorrem tanto no âmbito de cada instituição isolada quanto no âmbito da relação entre as instituições judiciais e parlamentares. Ademais, a multiplicidade e a incerteza conferem tanto estabilidade a essas instituições (pois permitem que eventuais derrotados obtenham vitórias futuras dentro da mesma instituição) quanto abertura à interação entre as instituições (pois permitem que eventuais derrotados em uma instituição obtenham vitórias futuras em outra instituição).

Cabe agora analisar como essas instituições (cortes e legislaturas) relacionam-se no âmbito do controle de constitucionalidade. Cabe buscar parâmetros para que não haja a diminuição do grau de multiplicidade e de incerteza na interação entre as cortes e as

legislaturas, bem como para que não haja uma sobreposição de instituições e procedimentos. Noutros termos: buscar parâmetros que permitam que eventuais derrotados no procedimento judicial obtenham vitórias futuras no procedimento parlamentar (e vice-versa), bem como parâmetros que evitem a acumulação de poder em uma instituição.

A proposta de Sunstein tem relevo nesse sentido. A abordagem do autor, de um lado, afasta-se da supremacia e do perfeccionismo judicial que assumem uma postura paternalista das cortes que passam a estabelecer uma decisão correta e conclusiva para todas questões complexas em uma sociedade heterogênea, muitas vezes, de forma a ocupar o espaço do processo político democrático. De outro, afasta-se também da supremacia parlamentar e do majoritarianismo que conferem a resposta final às legislaturas, sem que haja, muitas vezes, a preocupação com grupos minoritários que mereçam especial proteção.

Ou seja, Sunstein afasta-se tanto do fetichismo judicial (que trata as instituições judiciais de forma idealizada por serem as mais propensas a produzir melhores respostas) quanto do fetichismo legislativo (que trata as instituições parlamentares de maneira idealizada por serem as mais propensas a produzir melhores repostas). A forma de Sunstein abordar a questão ocorre a partir da dualidade entre minimalismo e maximalismo judicial, o que culmina em um diálogo (consensual ou conflituoso) entre as cortes e as legislaturas.

O minimalismo traduz a postura das cortes de não dizer mais do que o necessário para justificar uma decisão e de deixar, na medida do possível, certas questões sem decisão. Segundo o autor, é importante examinar não somente o que os juízes dizem, mas também o que os juízes não dizem e por que eles não dizem. É o que o autor denomina de análise do “uso construtivo do silêncio”<sup>175</sup>, ou seja, determinadas questões podem não ser analisadas e decididas por razões pragmáticas, estratégicas, democráticas (SUNSTEIN, 1999, p. 3-5).

Nessa perspectiva, o minimalismo prefere decidir o caso concreto que se tem em mãos, em regra, por meio da analogia, sem ter que recorrer a teorias principiológicas amplas e profundas, que, na maioria das vezes, não precisam ser ditas à solução do caso concreto. Um dos motivos para essa postura é que o minimalismo preocupa-se com as consequências, muitas vezes imprevisíveis, das decisões judiciais e, assim, pretende tornar os erros judiciais menos frequentes.

No entanto, diversamente do que se poderia supor, o minimalismo não significa autocontenção, no sentido de falta de vontade de invalidar a legislação, nem significa uma

---

<sup>175</sup> O silêncio pode ajudar a diminuir o conflito, porque, além de reduzir uma boa parte do tempo e dos custos existentes nos processos de tomada de decisão, permite ao presente aprender com o futuro, porque determinadas questões são deixadas em aberto. Cf.: SUNSTEIN, 1996, p. 39.

escolha pelo majoritarianismo<sup>176</sup>. Pelo contrário, o minimalismo reconhece as imperfeições das instituições eleitas e do processo político e, nesse sentido, não é adepto da existência de uma resposta final dada pelo parlamento. Ele preocupa-se com o bom funcionamento do processo político e com a proteção de grupos minoritários que não conseguem se defender no processo democrático. Mas, também, o minimalismo não perfilha a noção de uma instituição judicial como instância suprema. Pelo contrário, o minimalismo reconhece que existe constituição fora das cortes e, dessa forma, presta atenção em como as instituições eleitas e os cidadãos como um todo lidam com os mesmos problemas constitucionais. Nessa perspectiva, o minimalismo preocupa-se com a postura paternalista das cortes quando elas passam a tomar para si o processo político democrático e a impor suas próprias visões para o resto da sociedade (SUNSTEIN, 1999, p. x).

Segundo Sunstein (1999, p. ix-xi), o minimalismo judicial possui dois componentes: um formal (procedimental) e um substantivo (conteudístico). O elemento formal diz respeito às capacidades institucionais do judiciário e à postura dos juízes de não tomar decisões finais sobre questões complexas. Ele divide-se em duas dimensões: (a) prefere decisões estreitas a decisões largas; (b) prefere decisões rasas a decisões profundas. No tocante à primeira dimensão, (a) decidir de forma estreita (em vez de larga) significa decidir o caso concreto que se tem em mão, no lugar de estabelecer regras amplas para casos futuros. Por exemplo, decide-se apenas sobre o aborto de fetos anencéfalos, e não sobre o aborto em outras hipóteses. Por outro lado, com relação à segunda dimensão, (b) decidir de forma rasa (em vez de profunda) significa decidir somente o necessário para o julgamento do caso concreto, sem recorrer a uma fundamentação abstrata e profunda<sup>177</sup>. Por exemplo, decide-se pela aplicação analógica<sup>178</sup> do regramento da união estável entre o homem e a mulher à união entre pessoas do mesmo sexo, sem recorrer a teorias abstratas e profundas sobre o conceito de família ou de casamento (SUNSTEIN, 1999, p. 10-14).<sup>179</sup>

Nessa perspectiva, o componente formal do minimalismo é o reconhecimento das limitações institucionais das cortes. Ademais, ele procura minimizar “os custos da decisão”

---

<sup>176</sup> O majoritarianismo, na verdade, é uma forma de maximalismo, mas não judicial (SUNSTEIN, 1999, p. x).

<sup>177</sup> Decidir sem recorrer a teorias abstratas não significa ausência de argumento, pois existe uma diferença entre não decidir de forma ambiciosa e recusar a fundamentar as decisões (SUNSTEIN, 1999, p. 11).

<sup>178</sup> A analogia é uma forma de minimalismo, porque dizer que um caso concreto é semelhante a outro permite ao julgador operar em um nível baixo de abstração e dispensar construções teóricas amplas e profundas (SUNSTEIN, 1999, p. 42-45; 1996, p. 62).

<sup>179</sup> De acordo com Sunstein (1999, p. 16-19), a largura e profundidade das decisões não são dimensões estáticas, mas dimensões que se cruzam. Dessa forma, é possível decisões que são estreitas e profundas, bem como decisões que são largas e rasas.

judicial e os “custos dos erros” da decisão (SUNSTEIN, 1999, p. 46). Como destaca Sunstein, toda decisão judicial envolve custos que são suportados pelos próprios juízes ou pelos litigantes. O minimalismo visa a diminuir os fardos de uma decisão judicial. Por exemplo, em um processo que envolva o direito de morrer, se os juízes procuraram estabelecer uma regra geral que irá cobrir todas as situações imagináveis em que esse direito poderia ser exercido, o caso levará muito mais tempo para ser decidido. Esses custos, além de serem suportados pelos juízes, são transferidos para as partes (SUNSTEIN, 1999, p. 47-48).

Já os custos dos erros compreendem as falhas que uma decisão judicial pode provocar não apenas no sistema jurídico, mas em outros sistemas sociais (econômico, político, científico). Imagine um caso que envolva a aplicação da liberdade de expressão em relação a novas tecnologias da comunicação (como, por exemplo, a internet). Nessa hipótese, uma decisão larga e profunda tem grandes chances de produzir erros tanto pela falta de conhecimentos técnicos sobre o tema quanto pelas modificações constantes no campo das tecnologias da comunicação. O minimalismo, portanto, parte do pressuposto de que os juízes cometem erros e que esses erros podem ser maiores quando se adotam decisões largas e profundas sobre questões complexas e sujeitas a frequentes alterações (SUNSTEIN, 1999, p. 49).

Outrossim, ao buscar decisões estreitas e rasas, o elemento formal do minimalismo pretende lidar com a questão do desacordo existente em uma sociedade heterogênea. Uma das formas de redução de desacordos é o que Sunstein denomina de “acordos teóricos incompletos”. Os acordos teóricos incompletos representam uma necessidade prática de uma sociedade plural e podem ocorrer de duas formas: (a) acordos sobre teorias abstratas, ainda que existam desacordos sobre o significado particular dessas abstrações. Por exemplo, as pessoas podem convergir sobre o princípio da liberdade de expressão, mas podem divergir em relação à pornografia e discurso do ódio; (b) acordos sobre resultados concretos, ainda que existam desacordos sobre as bases teóricas que propiciam esses resultados. Por exemplo, as pessoas podem concordar sobre a proteção de animais em extinção, ainda que discordem sobre as teorias pelas quais se deve fazer isso: uns salientam a existência de uma obrigação moral dos homens na proteção da natureza; outros consideram que as espécies em extinção são necessárias para a existência de um meio ambiente equilibrado; outros entendem que espécies desconhecidas podem ser úteis aos seres humanos na produção de importantes medicamentos. Da mesma forma, as pessoas podem concordar sobre a proteção legal aos sindicatos de trabalhadores, ainda que discordem sobre o fundamento abstrato: uns enfatizam as funções democráticas dos sindicatos; outros ressaltam que os sindicatos desempenham

papel importante para a paz industrial; alguns porque acreditam que os sindicatos protegem os direitos dos trabalhadores na relação com o empregador (SUNSTEIN, 1996, p. 4-5; 1999, p. 11-14).

Juízes minimalistas, dessa forma, buscam os acordos teóricos incompletos, pois eles permitem chegar a uma decisão, “apesar da divergência em larga escala”. Assim, os acordos teóricos incompletos propiciam certo grau de “estabilidade social” e de “compromisso compartilhado”, a despeito do pluralismo existente na sociedade (SUNSTEIN, 1996, p. 36). Além disso, eles revelam uma forma de “respeito mútuo” e de “reciprocidade” entre os indivíduos com diferentes perspectivas, na medida em que mantêm discordância abstrata ou concreta (SUNSTEIN, 1996, p. 39).<sup>180</sup>

O minimalismo, portanto, reconhece o pluralismo como uma característica das sociedades livres e democráticas. Os juízes minimalistas preferem os acordos teóricos incompletos (como, por exemplo, o uso da analogia<sup>181</sup>), pois eles deixam determinadas questões abertas para o debate nas instituições parlamentares (SUNSTEIN, 2005, p. 27). Nesse sentido, o minimalismo e os acordos teóricos incompletos desempenham um papel importante nas sociedades heterogêneas: tornam “o acordo possível quando o acordo for necessário”, mas tornam “o acordo desnecessário quando o acordo for impossível” (SUNSTEIN, 1999, p. 50).

A par do componente formal, o minimalismo de Sunstein apresenta um componente substantivo. Este diz respeito ao próprio conteúdo que o minimalismo busca proporcionar: “as condições para o funcionamento da democracia constitucional” (SUNSTEIN, 1999, p. xi).<sup>182</sup> Noutras palavras: a preocupação do minimalismo substantivo é com a promoção das condições para o bom funcionamento do processo político democrático (SUNSTEIN, 1999, p. 24-27). Nesse sentido, o minimalismo substantivo engloba os elementos essenciais para a existência da democracia constitucional e para o funcionamento do processo político. São, por exemplo, o direito de engajar no dissenso político, o direito ao voto, a proteção contra a

---

<sup>180</sup> Os acordos teóricos incompletos têm as seguintes vantagens: 1) reduzem os custos políticos dos desacordos permanentes; 2) permitem que a sociedade aprenda com o futuro, pois não trazem decisões rígidas e calcificadas; 3) tornam as decisões menos dispendiosas e reconhecem as capacidades limitadas. Por outro lado, Sunstein reconhece que as virtudes dos acordos teóricos incompletos são parciais e que, a depender do caso concreto, a utilização de teorias abstratas é necessária. Seu ponto, como ele reconhece, é mais modesto e está centrado nas características institucionais do judiciário em um sistema constitucional. Assim, embora exista uma presunção em favor dos acordos teóricos incompletos, não existe uma vedação à utilização de teorias amplas (SUNSTEIN, 1996, p. 44-57).

<sup>181</sup> A analogia é uma boa forma de obter acordos teóricos incompletos. Como destaca Sunstein, pessoas com diferentes perspectivas podem concordar, por exemplo, que “a discriminação baseada em sexo é igual a discriminação baseada em raça ou que impedir a expressão de um membro de um partido comunista é igual a impedir a expressão de um membro de extrema-direita” (SUNSTEIN, 1999, p. 43).

<sup>182</sup> Sobre o tema, cf.: OLIVEIRA, 2008, p. 16-18.

discriminação baseada em raça e sexo, a proteção contra o tratamento desigual em razão da convicção religiosa, a proteção do ser humano contra a invasão do estado (liberdade e privacidade) e a proibição da tortura (SUNSTEIN, 1999, p. 63-68). Ou seja, ele abrange os direitos relacionados à participação política, bem como à liberdade e à igualdade, sem os quais não se pode falar em participação política dos atores sociais.

Nessa perspectiva, o conteúdo do minimalismo confere suporte ao que Sunstein denomina de “moralidade interna da democracia”. Esta reclama “igualdade política, participação, deliberação fundamentada e responsabilização política [*accountability*] (no sentido de responsabilidade com as múltiplas vozes do público)” (SUNSTEIN, 1999, p. 70). A igualdade de participação política, segundo Sunstein, “proíbe exclusões, de fato ou de direito, do processo eleitoral”. A deliberação fundamentada pretende barrar “medidas motivadas por grupos de interesses” e que não podem ser justificadas perante o público. Já a responsabilização política (*accountability*) “opera como obstáculo ao exercício do poder público por pessoas com insuficiente conexão como eleitorado”, como, por exemplo, administradores e juízes (SUNSTEIN, 1999, p. 70-71).

Nesse contexto, percebe-se uma estreita conexão entre minimalismo e democracia. Com efeito, ao se afastar de decisões finais dadas pelas instituições judiciais, o minimalismo não fecha a possibilidade de novas respostas para temas controversos, nem impede o futuro debate e reflexão sobre esses temas nas instituições parlamentares. Pelo contrário, as cortes minimalistas reconhecem o dissenso existente em uma sociedade heterogênea e percebem suas limitações institucionais. Dessa forma, elas não adotam decisões preclusivas do processo político nas instituições eleitas, mas deixam questões abertas para a deliberação democrática como forma de promover a participação das instituições eleitas (SUNSTEIN, 1999, p. 4-6). Portanto, o foco do minimalismo é catalisar o processo político e a deliberação democrática, em vez de miná-los (SUNSTEIN, 1999, p. xiv).<sup>183</sup>

---

<sup>183</sup> Conforme Sunstein, cortes minimalistas podem promover e catalisar a deliberação democrática das seguintes maneiras: a) “invalidar leis vagas precisamente porque elas permitem que funcionários do poder executivo, em vez de representantes eleitos, determinem o conteúdo da lei”; b) “requerer que o legislativo, em vez de o executivo, decida certas questões”; c) “interpretar leis ambíguas de forma a mantê-las longe do terreno da dúvida constitucional, com base na teoria de que juízos constitucionais problemáticos, para serem aceitos, devem ser feitos por corpos políticos com responsabilidade eleitoral, e não por burocratas e administradores”; d) “proibir o uso de leis muito antigas que não tem apoio público atual, para exigir mais apoio pela via da *accountability* e da deliberação”; e) “requerer que a discriminação seja justificada com base em propósitos atuais, em vez de propósitos hipotéticos, mantendo, dessa forma, aberta a questão sobre se justificações seriam adequadas caso oferecidas e fundamentadas de modo persuasivo na política”; f) “tentar assegurar que todas as decisões sejam aceitas por justificações publicamente aceitáveis, e não com base no poder e no interesse próprio” (SUNSTEIN, 1999, p. 27).

Dessa forma, o minimalismo aumenta a participação dos outros poderes na interpretação e no desenvolvimento constitucional. Ele reconhece que as demais instituições podem trazer novas informações e novas perspectivas para as questões constitucionais. Ele reconhece que as cortes podem errar e que, mesmo que acertem, seus julgamentos podem ser contraproduativos para a deliberação democrática. Além disso, ele informa ao parlamento que eventuais correções da situação de inconstitucionalidade nem sempre virão das cortes, mas também da legislatura. Nessa perspectiva, o minimalismo propicia o diálogo institucional e a promoção da democracia (SUNSTEIN, 1999, p. 53-54).

Entretanto, o minimalismo de Sunstein não é absoluto, mas relativo. Embora haja uma preferência pelo minimalismo, o autor reconhece que o maximalismo é mais apropriado em determinadas hipóteses. Nesse sentido, ele afirma que decisões maximalistas podem ser mais adequadas: 1) “quando os juízes tiverem considerável confiança sobre os méritos da solução”; 2) “quando a solução reduzir os custos da incerteza para os tribunais e para os litigantes futuros”; 3) “quando o planejamento for importante”; 4) quando tiver em mente as condições para o funcionamento da democracia, ou quando criar incentivos que tornem mais provável a participação das instituições eleitas. Por outro lado, decisões minimalistas parecem mais adequadas: 1) quando os juízes estiverem diante de “grandes incertezas factuais ou morais”, ou diante de “circunstâncias que mudam rapidamente”; 2) “quando qualquer solução tiver o risco de confundir os casos futuros”; 3) “quando a necessidade de um planejamento não for premente”; 4) “quando as condições para o autogoverno democrático não estiverem em jogo e os objetivos da democracia não parecem ser promovidos pelo resultado do julgamento” (SUNSTEIN, 1999, p. 57).

Pode-se objetar que os parâmetros oferecidos por Sunstein para se definir entre uma decisão maximalista ou minimalista são muito abertos. Mas essa é a intenção do autor. Sunstein não pretende oferecer um modelo normativo fechado. Ainda que o autor manifeste preferência pelo minimalismo, a definição entre as estratégias maximalistas e minimalistas dependerá do contexto, bem como das capacidades e limitações institucionais das cortes e das legislaturas. Portanto, não se pode decidir em abstrato quando o maximalismo ou o minimalismo é apropriado. Ambas as hipóteses são possíveis, a depender do caso concreto (SUNSTEIN, 1999, p. 56).

Em contrapartida, tal como ocorre no minimalismo, o maximalismo de Sunstein afasta-se da compreensão de uma resposta final a ser dada pelas cortes ou pelas legislaturas. Nesse sentido, o maximalismo também objetiva promover o diálogo institucional e a democracia; por exemplo, ao assegurar as condições para o bom funcionamento do

processo político ou ao evitar que grupos majoritários frustrem o processo político e bloqueiem os canais de mudanças necessários à participação política (SUNSTEIN, 1999, p. 55-56). A diferença é que no minimalismo existe uma preocupação maior quanto às limitações institucionais das cortes e quanto às consequências das decisões judiciais, o que, em regra, não ocorre no maximalismo (SUNSTEIN, 1999, p. 28-32).

Portanto, tanto a abordagem maximalista como a minimalista não reconhecem a existência de uma palavra final nas cortes ou nas legislaturas. Sunstein não adota um modelo de fetichismo judicial, nem de fetichismo legislativo. Assim, ainda que haja uma preferência pelo minimalismo, tanto o maximalismo quanto o minimalismo judicial miram promover a democracia e o diálogo entre as instituições judiciais e parlamentares.

Ademais, o diálogo entre as instituições judiciais e parlamentares assume tanto uma perspectiva endógena como uma perspectiva exógena. A primeira pressupõe decisões judiciais que levem em consideração as funções desempenhadas pelas instituições parlamentares. É dizer: o diálogo, em sua perspectiva endógena, propõe decisões judiciais que promovam e catalisem o processo de deliberação política nas legislaturas. Nessa medida, ele recusa decisões finais e conclusivas que se sobreponham ao procedimento parlamentar. Trata-se, portanto, de um diálogo de caráter interno, na medida em que é desenvolvido (ainda que com a futura participação de outra instituição) no interior da própria decisão judicial.

Já a perspectiva exógena<sup>184</sup> do diálogo institucional decorre do próprio desenho institucional de separação de poderes e da interação horizontal entre cortes e legislaturas. Na perspectiva exógena, a corte considera-se como um dos atores no amplo desenho institucional ou, como afirma Sunstein, a corte enxerga-se como “parte do sistema democrático de deliberação” (SUNSTEIN, 1999, p. x). Dessa forma, ela reconhece que existe constituição fora das instituições judiciais e cria um contínuo espaço para a reflexão democrática entre a corte e o parlamento (SUNSTEIN, 1999, p. x). Trata-se, portanto, de um diálogo de caráter externo, na medida em que figura como produto da própria interação horizontal entre as instituições judiciais e legislativas no âmbito da separação de poderes.<sup>185</sup>

---

<sup>184</sup> Também para uma perspectiva exógena do diálogo institucional, cf. WHITTINGTON, 2002, p. 780-786. O autor defende que a corte não é soberana na interpretação constitucional e que há um diálogo contínuo entre os atores extrajudiciais e judiciais sobre o significado da constituição a partir da ideia do departamentalismo (cada instituição tem igual autoridade para interpretar a constituição).

<sup>185</sup> Sobre a distinção entre diálogo de caráter endógeno e exógeno, cf. MENDES, 2008, p. 99-163. O autor, porém, afirma que a abordagem de Sunstein é classificada apenas como de natureza endógena. No entanto, entende-se que a proposta de Sunstein assume também um caráter exógeno, na medida em que a corte passa a se considerar como um dos atores do sistema constitucional e um dos intérpretes do texto constitucional. Cf.: SUNSTEIN, 1999, p. ix.

Por outro lado, quando se fala em diálogo institucional, é importante fazer algumas considerações importantes para compreender a proposta de Sunstein. Em geral, a noção de diálogo remete a um discurso que leva em consideração o consenso racional como ideal regulativo<sup>186</sup>. Ou seja, em regra, o diálogo trabalha com a ideia de duas instituições (ou duas pessoas) que se colocam a dialogar (conversar) para a obtenção de um acordo.

Porém, em Sunstein, o diálogo assume uma perspectiva mais tênue, de mera interação entre as instituições. Trata-se de um diálogo em sentido fraco<sup>187</sup>, na medida em que não lida com o consenso como ideal regulativo. Noutros termos: para Sunstein, não existe a compreensão de um consenso racional entre as instituições judiciais e parlamentares como padrão ideal de conduta a ser obtido.

Portanto, conquanto Sunstein reconheça o valor da convergência (ainda que parcial e provisória) por força de sua conexão com a estabilidade social, o autor ressalta a importância do conflito e da divergência entre as instituições para a democracia.

Nesse sentido, cumpre destacar que a própria noção de acordos teóricos incompletos proposta por Sunstein traduz, em certa medida, o reconhecimento do dissenso. Ainda que haja uma orientação dirigida à obtenção de acordos parciais, eles ocorrem apenas em razão de uma “necessidade prática” da sociedade contemporânea. Ademais, esses acordos teóricos incompletos acontecem muitas vezes no âmbito de determinada instituição para se chegar a determinado resultado, e não necessariamente entre instituições. Por exemplo, juízes podem chegar a acordos teóricos incompletos ao proferirem uma decisão, o que não significa acordo com a instituição parlamentar.

Some-se a isso o fato de esses acordos, como destacado, serem somente parciais, na medida em que mantêm o dissenso no tocante aos resultados concretos ou no tocante às

---

<sup>186</sup> Como afirma Neves (2013, p. 168), o diálogo é um “discurso orientado para o consenso”.

<sup>187</sup> Em uma perspectiva de um diálogo que pode resultar tanto em cooperação quanto em conflito, ver também Neves (2009, p. 115-234), ao tratar da noção de transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais, internacionais, supranacionais ou transnacionais. Segundo Neves, o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas “importa relações de observações mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens jurídicas, uma *ultima ratio* jurídica. Nesse sentido, fala-se de ‘conversação’ ou ‘diálogo’ entre cortes [ou ordens jurídicas], que podem se desenvolver em vários níveis: por exemplo, entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (supranacional) e os tribunais dos Estados-membros, entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (internacional) e as cortes nacionais ou o TJCE, entre cortes nacionais etc. Essa ‘conversação’ (que constitui, a rigor, comunicações transversais perpassando fronteiras entre ordens jurídicas) não deve levar a uma ideia de cooperação permanente entre as ordens jurídicas, pois são frequentes os conflitos entre perspectivas jurídicas diversas. No limiar, toda ‘conversação’ entre cortes carrega em si o potencial de disputa” (NEVES, 2009, p. 117). Por sua vez, Mendes também fala em diálogo em sentido fraco, mas para retratar a circunstância de que “os poderes interagem ininterruptamente, mesmo após últimas palavras provisórias”. O autor defende um modelo de complementariedade entre as teorias da última palavra e as teorias do diálogo. Para o autor, cada constituição define uma instituição que possui o que ele denomina de “última palavra provisória”, que, no entanto, estaria sujeita a uma “nova rodada procedimental” (MENDES, 2008, p. 171-189).

fundamentações abstratas. Ou seja, ainda que as pessoas concordem sobre os resultados concretos, persiste a divergência com relação aos fundamentos teóricos; ou, ainda que as pessoas concordem sobre os fundamentos teóricos, persiste a divergência sobre as consequências concretas. Portanto, os acordos teóricos incompletos não são conclusivos, mas sim provisórios, na medida em que propiciam a contínua interação e reflexão democrática.

Mas não é só. Sunstein reconhece que os acordos teóricos incompletos nem sempre são possíveis. Nesse sentido, as divergências podem ocorrer tanto sobre as teorias abstratas quanto sobre os resultados particulares. Mas Sunstein não afirma ser essa circunstância algo negativo. Pelo contrário, para ele, “os desacordos podem ser desejáveis e os acordos teóricos incompletos podem não ser motivo para a celebração” (SUNSTEIN, 1996, p. 58). Consoante o autor, existe sempre o risco de o acordo teórico incompleto conduzir a resultados equivocados. Pode ainda ser “produto de coerção, sutil ou não, ou de imaginação falha” (SUNSTEIN, 1996, p. 58). Não bastasse, existe o risco de que alguém tenha não participado desse acordo e que, se essa pessoa tivesse sido incluída, o acordo não ocorreria. Por consequência, para o autor, “os acordos teóricos incompletos devem estar sempre sujeitos à votação e à crítica” (SUNSTEIN, 1999, p. 59).

Dessa forma, conforme Sunstein (1996, p. 58), “no direito, assim como na política, desacordos podem ser uma força criativa e produtiva, revelando erros, mostrando lacunas, movendo a discussão e os resultados para boas direções”. O sistema constitucional confere um bom espaço para a discussão e o conflito e, “quando esse processo funciona bem, isso é verdade tanto para o judiciário como para outras instituições”. Ademais, o “progresso no direito é muitas vezes alimentado por falhas de convergência ou por divergência acentuada tanto no tocante às questões particulares como no tocante às questões gerais” (SUNSTEIN, 1996, p. 58).

Portanto, para Sunstein, o acordo teórico incompleto é importante em razão de sua “conexão com a estabilidade”, mas “seu valor está longe de ser um objetivo social primordial”. Como ressalta o autor, “um grau de turbulência é produtivo em uma democracia” (SUNSTEIN, 1996, p. 59).

Nesse ponto, a proposta de Sunstein aproxima-se da ideia de conflito entre as instituições judiciais e parlamentares. Noutras palavras: para o autor, a relação entre os poderes nem sempre ocorre de forma harmoniosa ou coordenada, mas pode ocorrer de maneira conflituosa. E, desde que não haja ruptura institucional ou supressão de um poder pelo outro, o conflito, por si só, não é algo negativo. O dissenso pode revelar falhas, permitir

o surgimento de novas informações e, dessa forma, mover o processo democrático em boas direções.

Não é por outro motivo que a interação entre as instituições judiciais e parlamentares dentro do sistema de separação de poderes não é estática ou prefixada, mas dinâmica. As instituições “negociam seus raios de atuação”, bem como mesclam entre “ocupação e desocupação de espaço” (MENDES, 2008, p. 198). Dessa forma, o importante é que o sistema político-constitucional esteja aberto e crie possibilidades não apenas para a construção coordenada entre as instituições, mas também para o conflito entre elas. O conflito, aliás, está na origem da noção de freios e contrapesos<sup>188</sup>.

Nessa linha, ao destacar a importância do conflito dentro da separação de poderes, Sunstein (2003, p. 30) pontua que um “sistema de freios e contrapesos pode ser entendido como uma maneira de aumentar a possibilidade do dissenso e de diminuir a possibilidade [...] de que determinada instituição” não queira emitir sua opinião sobre o mesmo problema.<sup>189</sup> Portanto, quando uma instituição se sente livre para discordar de outra, “a sociedade ouvirá uma maior gama de opiniões e melhores decisões provavelmente serão produzidas” (SUNSTEIN, 2003, p. 30).

O dissenso, portanto, abre a possibilidade para o surgimento de novas informações e para o aprendizado com a perspectiva do outro. Dessa maneira, a abertura para o dissenso reduz os riscos dos erros gerados pelo desenho institucional, pois, como afirma Sunstein (2003, p. 70), melhores resultados são produzidos quando o sistema cria incentivos para o dissenso.

---

<sup>188</sup> A ideia de conflito entre os poderes já estava no desenho institucional proposto por Montesquieu e, posteriormente, por Madison. De acordo com Montesquieu, somente existe “liberdade política” quando não há abuso de poder. No entanto, “todo homem que possui poder é levado a abusar dele; ele vai até onde encontra limites”. Dessa forma, para controlar o abuso de poder, Montesquieu recorre a uma limitação de natureza institucional: é preciso que o poder pare o poder. Cf.: MONTESQUIEU, 2005, p. 165-176. Essas premissas, posteriormente, deram origem à noção de freios e contrapesos. Nesse sentido, Madison (2003, p. 298-322) afirma não ser suficiente que os limites dos poderes sejam marcados com precisão e clareza na constituição para que não haja tirania e usurpação de poder. Para a manutenção da liberdade e da separação entre os poderes, é necessário que um poder retenha o outro, uma vez que a ambição controla a ambição. Em suas palavras: “o verdadeiro meio de embarçar que os diferentes poderes não se vão sucessivamente acumulando nas mesmas mãos, consiste em dar àqueles que os exercitam meios suficientes e interesse pessoal para resistir às usurpações. Nesse caso, como em todos os outros, os meios de defesa devem ser proporcionados aos perigos do ataque; é preciso opor ambição à ambição e travar de tal modo o interesse dos homens, com as obrigações que lhes impõem os direitos constitucionais dos seus cargos, que não possam ser ofendidas as últimas sem que o primeiro padeça” (MADISON, 2003, p. 318).

<sup>189</sup> Para tornar mais concreta a importância de se criar incentivos para o dissenso, Sunstein cita o seguinte exemplo. Imagine que um grupo de médicos decide por determinada terapia médica. Um dos médicos possui uma informação desconhecida pelos demais que sugere que a terapia decidida pelo grupo pode causar riscos ao paciente. No entanto, esse médico, por receio de receber a desaprovação dos demais ou mesmo de ser excluído do grupo, deixa de emitir a sua opinião e a decisão é tomada sem essa informação. Sobre o tema, cf.: SUNSTEIN, 2003, p. 70-71.

### **3.3 A relação entre cortes e legislaturas no âmbito das sentenças manipulativas com efeitos aditivos**

Como visto, o controle judicial de constitucionalidade e, por conseguinte, as sentenças manipulativas com efeitos aditivos legitimam-se como procedimentos de tomada de decisão. Esses procedimentos e instituições caracterizam-se pela multiplicidade de respostas geradas e pela incerteza quanto aos resultados produzidos. Ademais, no âmbito do controle de constitucionalidade, a relação entre as cortes e as legislaturas não é estática, mas dinâmica. Nesse sentido, a existência de uma resposta final diminui o grau de multiplicidade e de incerteza de resultados que esse conjunto de instituições é capaz de produzir.

A proposta de Sunstein evidencia que não há uma relação hierárquica entre cortes e parlamentos, mas uma relação de horizontalidade. Nenhuma delas possui a palavra final em uma democracia. Dessa forma, o objetivo de controle judicial de constitucionalidade é promover, e não precluir o processo de deliberação democrática nas instituições eleitas. Outrossim, a relação entre as instituições pode ocorrer tanto de forma coordenada quanto de forma conflituosa. Dessa forma, o consenso entre as instituições não é um ideal a ser atingido. Desde que não haja ruptura institucional ou destruição de um poder pelo outro, o conflito entre as instituições confere ao sistema político-constitucional abertura para o surgimento de novos interesses e de novas perspectivas sobre o mesmo problema.

Essas ideias orientam esta seção. Como visto, a corrente favorável à admissibilidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos adota a noção de supremacia judicial. Segundo essa corrente, a concretização de direitos fundamentais compete às cortes, porque elas decidem racionalmente com base em princípios, e não com base no poder político. Há uma idealização do poder judiciário. Já a corrente contrária à admissibilidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos associa-se à ideia de supremacia parlamentar e de majoritarismo. Segundo essa corrente, nos casos de omissão, a concretização de direitos fundamentais cabe apenas ao parlamento, em razão do princípio democrático. Há uma superestimação do poder legislativo.

O objetivo, porém, é fugir desses esquemas que variam entre o fetichismo judicial e o fetichismo legislativo. Dito de outro modo: a intenção é evitar extremos que conferem às cortes ou às legislaturas a palavra final sobre direitos fundamentais e de minorias no âmbito das sentenças manipulativas com efeitos aditivos.

Assim, para escapar da noção de reposta final a ser dada pelo judiciário, mas ao mesmo tempo fugir da ideia de concretização da constituição apenas pelo legislador, defende-se que as sentenças manipulativas com efeitos aditivos assumam natureza provisória<sup>190</sup> no sentido de não vincular a ulterior atividade do parlamento. A existência de um provimento judicial de natureza provisória afasta-se tanto da supremacia judicial quanto da supremacia parlamentar. Noutros termos: a ideia de um provimento de caráter não vinculante em relação ao legislador permite a prolação de sentenças manipulativas com efeitos aditivos em determinadas circunstâncias, mas não fecha o processo político no parlamento. Nessa perspectiva, as sentenças manipulativas com efeitos aditivos cumprem a função de promover, ao invés de minar a deliberação democrática nas instituições eleitas.

No contexto brasileiro, ao analisar a prática judicial do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que a noção de supremacia judicial está bastante presente. A afirmação de que a corte tem o monopólio da última palavra em matéria constitucional é encontrada em diversos precedentes referentes às sentenças manipulativas com efeitos aditivos.<sup>191</sup>

---

<sup>190</sup> Falar em provisoriedade da decisão, em certo sentido, não deixa de ser uma trivialidade. Toda decisão é provisória, assim como são provisórios as leis, as instituições, os regimes políticos, a vida humana. Mesmo as repostas finais dadas pelas cortes ou pelos parlamentos, a longo prazo, são provisórias, desde que haja, respectivamente, uma superação judicial ou legislativa. Sobre o tema, cf.: MENDES, 2008, p. 180-181. No entanto, o que se quer ressaltar, quando se fala em sentença com efeitos aditivos de natureza provisória, é o fato de ela não vincular a atividade legislativa, de forma a permitir mudanças, mesmo em um curto espaço de tempo.

<sup>191</sup> A noção de supremacia judicial não é nova no âmbito do Supremo Tribunal Federal, nem se restringe ao contexto das decisões com efeitos aditivos. No julgamento do MS 20.257-DF, o ministro Moreira Alves pontuou: “E cabe ao Poder Judiciário – nos sistemas em que o controle de constitucionalidade lhe é outorgado – impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, ele está acima dos demais poderes, não havendo, pois, que falar-se (sic), a esse respeito, em independência de Poderes. Não fora assim e não poderia ele exercer a própria função que a Constituição, para a preservação dela, lhe outorga” (MS 20.257, rel. p/ acórdão min. Moreira Alves, DJ 08-10-1980). Diversos outros precedentes no mesmo sentido: RE 599.633, rel. min. Luiz Fux, DJe 25-04-2013; AI 733.387, rel. min. Celso de Mello, DJe 01-02-2013; ADI 2.797/DF, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 19-12-06. Nesse último precedente, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 86, §1º, do CPP, alterado pela Lei 10.628/2002, que previa que o foro por prerrogativa de função prevaleceria em relação a atos praticados no exercício da função pública, mesmo após a cessação da investidura. O dispositivo restabelecia o texto do antigo enunciado sumular 394, aprovado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, no ano de 1964, e cancelado, somente, no ano de 1999. No entanto, diante da tentativa de o Congresso interpretar a Constituição – interpretação, aliás, coincidente com a interpretação anterior do próprio tribunal –, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de lei por refletir a usurpação pela legislatura da missão da Corte de intérprete final da Constituição. Nesse sentido, o ministro Sepúlveda Pertence afirmou: “lei ordinária que se limite a pretender impor determinada inteligência da Constituição é, só por isso, formalmente inconstitucional. Tanto pior se, de sobra, contraria a jurisprudência do Supremo Tribunal: aí, é claro, haverá indício veemente de inconstitucionalidade material, salvo recuo da Corte”. E acrescentou: a declaração de inconstitucionalidade decorre da necessidade de “repelir a usurpação pelo legislador” da missão da Corte de “intérprete final da Lei Fundamental”, na medida em que “admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal Federal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames”. Em sentido contrário, ao apresentar voto divergente, o ministro Gilmar Mendes sublinhou que “a edição de uma lei é em si uma forma de interpretar a Constituição e não há nenhuma ofensa, desaforo, ou ato injurioso para essa Corte quando o legislativo edita uma lei, eventualmente, de teor idêntico”.

Nessa linha, cumpre destacar, por exemplo, o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.277 e da arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 132, em que o Supremo Tribunal Federal apreciou a questão da união homoafetiva. A corte, como dito, equiparou a união estável entre o homem e a mulher com a união estável homoafetiva de forma irrestrita, segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências. Portanto, segundo a posição majoritária da corte, o legislador estaria vinculado à interpretação da corte, e futura conformação legislativa em sentido diverso seria fatalmente inconstitucional.<sup>192</sup> Dentre os fundamentos da corrente majoritária estava a supremacia judicial na interpretação do princípio da dignidade humana (com natureza de superprincípio<sup>193</sup>) e da própria Constituição. Sobre o tema, afirmou-se que o judiciário tem um protagonismo na defesa de minorias contra eventuais excessos ou omissões imputáveis a grupos majoritários, papel fortalecido pelo “monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional”. Ademais, o papel central do poder judiciário nada mais é do que resultado da ampliação das atribuições “conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política”.<sup>194</sup>

Na mesma linha, registre-se o julgamento dos mandados de segurança n.ºs 26.602, 26.603, 26.604, que versaram sobre o tema da perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária. A corte entendeu que a fidelidade partidária decorre da interpretação do sistema eleitoral proporcional (artigo 45 da Constituição Federal) e do princípio da filiação partidária como condição de elegibilidade (artigo 14 da Constituição Federal). Assim, a mudança de partido pelo parlamentar gera a perda do direito de continuar a exercer o mandato eletivo, sem necessidade de regra expressa. A corte caminhou, novamente, no sentido de atribuir à sua interpretação caráter final e vinculante. Nesse sentido, asseverou-se que o Supremo Tribunal Federal tem o monopólio de dizer a última palavra em tema de interpretação constitucional. É

---

<sup>192</sup> Os votos divergentes dos ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski limitavam-se a aplicar o modelo de proteção da união estável entre homem e mulher à união estável homoafetiva naquilo que fosse cabível e deixavam a matéria aberta à futura conformação legislativa.

<sup>193</sup> Nesse sentido, o ministro Celso de Mello destacou: “o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, artigo 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte [...]”. No mesmo sentido, o ministro Marco Aurélio afirmou ser o princípio da dignidade humana o “valor dos valores”, do qual extrai a obrigação constitucional de reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo gênero. Já o ministro Gilmar Mendes fez uma crítica quanto à utilização do princípio da dignidade humana como uma panaceia para todos os problemas constitucionais. Cf.: ADI 4.277, DJe 14-10-2011; ADPF 132, DJe 14-10-2011.

<sup>194</sup> Voto do ministro Celso de Mello. Cf.: ADI 4.277, DJe 14-10-2011; ADPF 132, DJe 14-10-2011.

dizer: “o exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição”, coloca em evidência a prerrogativa do Supremo Tribunal Federal de “decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder.” Dessa forma, no exercício da função de controlar a constitucionalidade das leis, está incluída a “prerrogativa de formular e revelar o próprio sentido do texto constitucional”, o que significa que a Constituição está permanentemente em elaboração nas cortes encarregadas de aplicá-la. E arrematou-se, com citação de Francisco Campos: “nos Tribunais, incumbidos da guarda da Constituição funciona, igualmente, o poder constituinte”.<sup>195</sup>

Em outra linha, diferentemente dos precedentes supramencionados em que houve a afirmação da supremacia judicial frente ao legislador, a ideia de um provimento judicial de natureza provisória que não vincule a ulterior atividade legislativa parece ter permeado o julgamento do mandado de injunção n.º 708. Nesse precedente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de mora legislativa em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos e decidiu pela aplicação analógica, no que couber, das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989 – que tratam do tema no âmbito da iniciativa privada –, enquanto não houver a edição de lei pelo parlamento. Nesse sentido, admitiu-se, por exemplo, que o legislador poderia adotar um modelo mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, o que evidencia a natureza não vinculativa do provimento judicial.<sup>196</sup>

Dessa forma, uma sentença com efeitos aditivos de natureza provisória não coloca a palavra final nas cortes, nem nas legislaturas. As instituições ficam em um plano horizontal, e não hierárquico. As instituições passam a interagir de forma recíproca e a manter um diálogo. Mas esse diálogo entre as cortes e as legislaturas, como visto, não ocorre apenas de forma consensual, mas também conflituosa.

Assim, proferida uma sentença com efeitos aditivos pelas cortes, as legislaturas, por exemplo: (1) podem concordar com a solução das cortes e regulamentar a questão tal como proposta pelas cortes; (2) podem concordar com a solução das cortes e avançar a questão para tratar de outros temas não abordados pela decisão judicial; (3) ainda que discordem da decisão das cortes, podem aceitá-las e regulamentar a questão tal como previsto na decisão judicial; (4) podem discordar parcialmente da solução das cortes e buscar restringir a solução proposta pelas cortes; (5) podem discordar totalmente da solução das cortes (que não é

<sup>195</sup> Voto do ministro Celso de Melo, cf.: MS 26.603, rel. min. Celso de Melo, DJe 19-12-2008.

<sup>196</sup> Em sentido próximo de uma solução de natureza provisória, cf.: MI 562, rel. min. Carlos Veloso, DJ 20-06-2003; MI 232, rel. Sepúlveda Pertence, 14-11-1991. Já outros precedentes ressaltam que a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em ação direta de inconstitucionalidade não tem eficácia vinculante em relação ao legislador, que poderia editar nova lei com conteúdo normativo idêntico à anterior. Nesse sentido, cf.: Rcl 2617, rel. min. Cezar Peluso, DJ 20-05-2005.

constitucionalmente obrigatória) e disciplinar a questão em sentido contrário; (6) podem não emitir nenhuma resposta legislativa, de maneira que permanece a solução das cortes.

No primeiro cenário, uma vez proferida uma sentença manipulativa com efeitos aditivos, o parlamento poderia editar uma lei tal como proposto pela corte. Por exemplo, no contexto brasileiro, proferida a decisão sobre a união estável homoafetiva, poderia o legislador regulamentar a união estável entre pessoas do mesmo sexo nos mesmos moldes da união estável entre o homem e a mulher, inclusive, com as mesmas consequências, tais como herança, adoção, conversão em casamento. De igual forma, uma vez proferida a decisão sobre o aborto em casos de anencefalia, poderia o parlamento disciplinar essa nova causa de exclusão do crime do aborto tal como decidido pelo tribunal<sup>197</sup>. Há, portanto, um genuíno diálogo entre a corte e a legislatura, o qual resulta em um consenso.

Por sua vez, no segundo cenário, uma vez proferida uma sentença com efeitos aditivos, o parlamento poderia não apenas concordar com a solução da corte, como também passar a disciplinar sobre outros temas não abordados pelo tribunal. Por exemplo, proferida a decisão sobre a união estável homoafetiva, poderia o parlamento não somente regulamentar a união estável entre pessoas do mesmo sexo, como também regulamentar o casamento. Ou, no caso da decisão sobre o aborto nos casos de anencefalia, o parlamento poderia disciplinar o tema, bem como disciplinar o aborto em outros casos, como quando o feto padecer de doenças graves e incuráveis que inviabilizem a vida extrauterina<sup>198</sup> ou por vontade da gestante nas primeiras semanas de gestação. Essas hipóteses ocorrem, notadamente, quando a corte profere decisões minimalistas que visem catalisar e acelerar o processo de deliberação democrática na legislatura.

Por outro lado, o fato de o parlamento regulamentar a questão tal como proposto pela corte, não significa, necessariamente, concordância com o resultado. É o que ocorre no terceiro cenário. Ainda que o parlamento discorde do resultado substantivo gerado pela corte, ele pode aceitar a decisão judicial. Essa aceitação pode ocorrer por diferentes motivos, como, por exemplo, os benefícios da ação coordenada, a previsibilidade em torno dos direitos dos indivíduos, ou mesmo o interesse de investir em outra política, ao invés de ir contra a decisão da corte (SUNSTEIN, 1999, p. 41; TUSHNET, 2006, p. 2008).

Além disso, outro motivo que pode levar o parlamento (ou a maioria parlamentar) a não superar a decisão judicial é criar uma prática institucional de observância das decisões

---

<sup>197</sup> Nesse sentido, o PLS 236/2011, que trata do novo Código Penal, prevê como causa de exclusão do crime de aborto a anencefalia.

<sup>198</sup> Nesse sentido, o PLS 236/2011, que trata do novo Código Penal.

judiciais, prática que pode beneficiar, inclusive, os insatisfeitos com o resultado. Isso porque os insatisfeitos poderão obter, futuramente, vitórias judiciais em outros temas de interesse destes, ocasião em que a observância da decisão judicial lhes será conveniente.

Por fim, não se pode deixar de considerar que as decisões judiciais possuem um peso importante no processo político. Como destaca Tushnet (2008, p. 27), “a linguagem dos direitos importa na política”. Dessa forma, pode-se esperar que um grupo de pessoas estará em vantagem quando puder dizer para o grupo contrário: “porque vocês querem nos tirar direitos que as cortes disseram que nós temos?” (TUSHNET, 2008, p. 27). É o que ocorre, por exemplo, com os homossexuais e as decisões judiciais que lhes garantem direitos, como a união estável. Dessa forma, a superação da decisão judicial sempre envolve um custo político e os legisladores podem não estar dispostos a gastarem o seu capital (TUSHNET, 2008, p. 51).

No quarto e no quinto cenário, uma vez proferidas decisões com efeitos aditivos, as legislaturas poderiam discordar da decisão judicial tanto parcial quanto totalmente. No caso de discordância parcial, o parlamento poderia editar uma lei que restringisse a decisão da corte. Por exemplo, no caso de aborto por anencefalia, poderia o legislador editar uma lei que exigisse que a anencefalia fosse diagnosticada e comprovada por dois médicos, ou que o consentimento da gestante menor de idade fosse precedido de avaliação psicológica e social que observe o grau de desenvolvimento e maturidade.<sup>199</sup>

Por seu turno, no caso de discordância total, o parlamento poderia disciplinar a questão em sentido contrário, não apenas por meio de emenda ao texto constitucional, mas também por meio de lei ordinária. Por exemplo, no caso do julgamento da fidelidade partidária, poderia o parlamento modificar o sistema proporcional para o sistema distrital ou distrital misto, estabelecer um percentual de votos mínimos para a eleição parlamentar ou mesmo insistir na edição de legislação que preveja que a troca de legenda pelo parlamentar não gera a perda do mandato, por entender que o sistema de representação proporcional não implica fidelidade partidária.<sup>200</sup> Já, no caso de interrupção da gestação de feto anencefálico, a partir de novos avanços na medicina que demonstrassem a possibilidade de vida extrauterina, poderia o legislador editar uma lei que punisse o aborto em casos de anencefalia, mesmo após a decisão judicial.

---

<sup>199</sup> Nesse sentido, cf.: Parecer do Senador Pedro Taques no PLS 236/2012.

<sup>200</sup> Aliás, esse era o anterior entendimento do Supremo Tribunal Federal, cf.: MS nº 20.927/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.4.1994.

É claro que as eventuais respostas legislativas estariam sujeitas à nova análise pelas cortes. No entanto, não se pode deixar de considerar que as cortes, ainda que discordem da resposta legislativa, podem não querer revisitar o tema tão rapidamente, ou podem reconhecer que existe um dissenso profundo na sociedade e não declarar a lei inconstitucional para manter seu capital político (TUSHNET, 2008, p. 44). De toda maneira, o importante, na respectiva do diálogo (em sentido fraco) institucional, é que as cortes estejam abertas ao mútuo aprendizado, bem como a novas perspectivas jurídicas, políticas, econômicas e científicas vindas das legislaturas.

De outro lado, também não se pode deixar de considerar que a resposta legislativa em sentido contrário à decisão da corte demanda um ônus político maior do parlamento, notadamente em contextos em que as cortes têm se mostrado, aos olhos dos atores sociais, um expositor mais seguro da constituição.<sup>201</sup> Além disso, como dito anteriormente, não há como negar que uma decisão judicial em favor de determinado grupo aumenta o apoio político daquele grupo, o que pode dificultar ainda mais a superação legislativa.

De toda forma, a possibilidade de conflito entre as instituições existe<sup>202</sup> e, desde que não haja uma ruptura institucional ou a destruição de uma instituição pela outra, não há nada de prejudicial. Não há democracia sem conflito. Como destaca Mouffe (2002, p. 8), “a especificidade da democracia moderna é precisamente o reconhecimento e a legitimação do conflito”. O conflito, portanto, “não pode e não deve ser erradicado” das sociedades

---

<sup>201</sup> No Brasil, embora o índice de confiança no poder judiciário não esteja alto, ele é maior que o índice de confiança no Congresso Nacional. Cf.: Pesquisa IBOPE, 2013, Índice de Confiança Social (ICS) nas instituições. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br>>. Acesso em: 24 abr. 2014.

<sup>202</sup> Na experiência brasileira, citem-se como exemplos de conflitos políticos ou jurídico-interpretativos entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional: (a) ADI 14, rel. min. Célio Borja, DJ 01-12-89 (que entendeu que o limite remuneratório do servidor público não inclui as vantagens pessoais porque não se inserem na expressão “valores de remuneração percebidos a qualquer título”), e a EC n.º 19/98 (que modificou o artigo 39, XI, da CF, para explicitar que o limite remuneratório inclui as vantagens pessoais recebidas pelo servidor); (b) RE 153.771, rel. min. Moreira Alves, DJ 05-09-1997 (que entendeu ser inconstitucional a progressividade do IPTU com base em critérios extrafiscais diversos da função social da propriedade, como a capacidade econômica do contribuinte), e a EC n.º 29/2000 (que excluiu a expressão “função social da propriedade” do artigo 156, § 1º, da CF, e explicitamente permitiu a progressividade do IPTU com base no valor e na localização do imóvel); (c) ADI 2.626, rel. min. Ellen Gracie, DJ 05-03-2004 (que não declarou a inconstitucionalidade de resolução do Tribunal Superior Eleitoral, o qual previu a verticalização das coligações partidárias nas eleições), e a EC n.º 52/2006 (que conferiu aos partidos políticos autonomia para formar coligações eleitorais sem obrigatoriedade de vinculação entre candidaturas no âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal); (d) AP 315 (que cancelou a súmula 394 do STF por entender que o foro de prerrogativa de função não permanece, cessado o exercício da função pública), e a Lei n.º 10.828/2002 (que estabeleceu que o foro especial prevalece mesmo após o término da função pública); (e) AP 470, rel. min. Joaquim Barbosa, Plenário 17-12-2012 (que entendeu competir ao Supremo Tribunal Federal decretar a perda do mandato do parlamentar condenado criminalmente), e o presidente da Câmara (que entendeu caber ao Congresso a decretação da perda do mandato no caso de condenação criminal).

democráticas modernas, pois acabar com ele é o mesmo que por em risco o projeto de uma sociedade pluralista (MOUFFE, 2002, p. 8).<sup>203</sup>

Ademais, o conflito revela abertura do sistema político e, nesse sentido, possibilita o surgimento de novas controvérsias e propicia que eventuais derrotados em uma das instituições tenham seus interesses recepcionados em outra instituição. Como assinalado, não há nada que garanta que as instituições judiciais darão respostas favoráveis aos direitos fundamentais e de minorias. Todas as instituições participam de um amplo debate institucional sobre a proteção de direitos e não se pode impedir a possibilidade de que o parlamento mostre à corte que exista uma justificacão para a ulterior legislação melhor do que aquela inicialmente imaginada pela corte.

Por fim, no sexto cenário, não há nenhuma resposta legislativa e permanece a decisão das cortes. Esse possivelmente seria o pior cenário, na medida em que não há nenhum tipo de diálogo entre as instituições. A soluçã da corte acaba por assumir um caráter mais definitivo (a não ser que haja superaçã do precedente pela própria corte). Mas não há deliberaçã nas instituições eleitas, nem promoçã do processo político democrático. É, por exemplo, o que ocorre com o direito de greve no contexto brasileiro. Houve uma soluçã provisória com a aplicaçã, por analogia, das leis que regulam o tema na iniciativa privada, mas com todas as dificuldades institucionais do judiciário, que teve que estabelecer parâmetros para a resoluçã de litígios futuros, como, por exemplo, a fixaçã de regras de competência para o julgamento dos dissídios de greve ou para o pagamento dos dias parados.

Além dessas possibilidades de atuaçã da legislatura após a decisã judicial de natureza aditiva, existe a chance de o parlamento atuar antes mesmo da decisã da corte. Foi o que ocorreu no julgamento do mandado de injunçã 943 pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa açã, os autores pleiteavam o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço conforme previsto no artigo 7º, inciso XXI, da Constituiçã Federal. O julgamento foi suspenso porque não houve consenso na corte quanto ao critério a ser utilizado para a fixaçã

---

<sup>203</sup> Mouffe critica a ênfase que as teorias deliberativas de Rawls e Habermas conferem ao consenso racional. Embora reconheça a importância do consenso, Mouffe sustenta que ele deve vir acompanhado do dissenso. Nesse sentido, a autora busca trazer o conflito para o centro da democracia a partir do que denomina de “modelo agnóstico de democracia”. Esse modelo parte da diferenciação entre antagonismo (caracterizado por uma batalha entre inimigos) e agonismo (caracterizado por uma batalha entre adversários). A diferença entre os inimigos e os adversários é que, enquanto os inimigos visam a destruição do outro, os adversários lutam para que sua visão prevaleça, mas sem questionar o direito do seu oponente de defender suas ideias. A categoria do adversário, porém, não elimina o potencial de antagonismo, mas ele “ocorre sob condições reguladas por um conjunto de procedimentos democráticos aceitos pelos adversários”. O objetivo da democracia política é, portanto, “transformar o potencial de antagonismo em agonismo”. Cf.: MOUFFE, 2002, p. 8-10. Ver também: MOUFFE, 2000, p. 89-104.

do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. O ministro Luiz Fux sugeriu a utilização de regras do direito comparado, como a legislação da Suíça ou da Argentina. Já o ministro Marco Aurélio sugeriu que, além do mínimo de trinta dias do aviso prévio, fossem acrescentados dez dias por cada ano de serviço. Por seu turno, o ministro Cezar Peluso defendeu a indenização de um salário mínimo a cada cinco anos de serviço, além da indenização mínima de trinta dias. O ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, mencionou projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional. Porém, antes mesmo que o Supremo Tribunal Federal voltasse a deliberar novamente sobre a questão, o Congresso Nacional aprovou a Lei 12.560/2011, que regulamentou o direito ao aviso prévio proporcional com parâmetros diversos daqueles inicialmente imaginados pelo tribunal. A corte, então, concluiu o julgamento das ações e decidiu aplicar nos casos concretos os mesmos parâmetros previstos na Lei 12.560/2011.<sup>204</sup>

Dessa forma, percebe-se que o quadro de insegurança jurídica e que o receio do subjetivismo do Supremo Tribunal Federal na fixação do critério para o aviso prévio proporcional parecem ter estimulado o Congresso Nacional a elaborar uma lei para regulamentar o tema, legislação que, talvez, não fosse editada naquela data, se a corte simplesmente tivesse julgado a questão. Portanto, o que se constata é que a própria ausência de provimento judicial com efeitos aditivos pode, às vezes, promover a deliberação democrática nas instituições parlamentares.

No mais, contra a compreensão de diálogo (em sentido fraco) institucional, pode-se objetar que ele geraria um quadro caótico, em virtude da ausência de uma instituição para proferir a última palavra sobre direitos constitucionais. Entende-se que não. Primeiro, vale registrar que, mesmo no modelo de última palavra, a decisão judicial ou a lei aprovada pela legislatura são provisórias, porque sujeitas, respectivamente, à revisão judicial ou parlamentar. Depois, como ressaltado, o potencial de conflito existente no diálogo entre as instituições é próprio de uma democracia, que não se configura como um modelo perfeito e acabado, mas como um espaço aberto para o surgimento de novas controvérsias e perspectivas.<sup>205</sup> Ao fim, ainda que presente o potencial de conflito, o próprio interesse pela

---

<sup>204</sup> Sobre o tema, cf.: Informativos n.º 632 e 694 do STF; MI 943, rel. min. Gilmar Mendes, DJe 30-04-2013. Nesse precedente, o ministro Gilmar Mendes, inclusive, propôs algumas mudanças institucionais para tornar mais efetivo o diálogo entre a corte e o parlamento, como, por exemplo: a modificação do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal para tornar mais solene a comunicação da mora inconstitucional ao presidente da República e ao Congresso Nacional; a publicação do relatório de gestão do Supremo Tribunal Federal da lista das omissões inconstitucionais declaradas pela corte.

<sup>205</sup> Nesse sentido, ao rejeitar um modelo perfeito e acabado de democracia em que todos convivam harmoniosa e plenamente na fruição de direitos, Mouffe afirma que a democracia é um projeto em curso, ou seja, “a democracia será sempre um devir [um porvir] [...] insistindo não apenas sobre as potencialidades a realizar, mas

manutenção da unidade da sociedade política e os mecanismos de coordenação e de reciprocidade tendem a conduzir para uma ação coordenada entre as instituições.<sup>206</sup>

### **3.4 A relação entre cortes e legislaturas: parâmetros para utilização das sentenças manipulativas com efeitos aditivos**

Como visto, a relação entre as cortes e as legislaturas no âmbito das sentenças manipulativas com efeitos aditivos ocorre de forma horizontal (e não hierárquica), de maneira que nenhuma delas possui a palavra final. Ademais, essa relação dialógica entre as instituições pode ocorrer tanto de maneira coordenada quanto de maneira conflituosa. Apesar dessa relação dialógica entre instituições iguais, é importante delinear alguns parâmetros para que não haja sobreposição entre as instituições e para que as sentenças manipulativas com efeitos aditivos não minem o processo político democrático. Noutros termos: ainda que haja uma relação dialógica entre as instituições, cumpre apresentar diretrizes para a utilização das sentenças com efeitos aditivos a fim de que não haja uma sobreposição entre os procedimentos parlamentares e judiciais, nem um enfraquecimento da deliberação democrática nas instituições eleitas. O objetivo desses parâmetros é, portanto, que as sentenças manipulativas promovam o processo político democrático, em vez de miná-lo.

Nessa perspectiva, as sentenças manipulativas com efeitos aditivos podem ser importantes: (1) quando envolverem direitos essenciais ao processo político democrático de tomada de decisão; (2) quando envolverem direitos de minorias discretas e insulares, que não conseguem se proteger no processo político democrático; (3) quando a solução judicial reduzir os custos da incerteza para os tribunais e para os litigantes futuros.

A primeira hipótese ocorre quando estão em jogo os direitos relacionados com a formação da vontade democrática, ou seja, quando se tem em mente as precondições para o

---

também sobre a radical impossibilidade de um ponto de chegada final. Qualquer crença em uma eventual solução definitiva dos conflitos, assim como no desaparecimento da tensão entre a divisão do sujeito com ele mesmo, longe de fornecer o horizonte necessário ao projeto democrático, efetivamente o coloca em risco. Pois, paradoxalmente, a realização plena da democracia seria precisamente o momento de sua própria destruição. Ela há de ser concebida, portanto, como um bem que não existe, como um bem visado, que não pode ser jamais atingindo completamente. E é no reconhecimento da impossibilidade de sua conquista total que a democracia moderna atesta que seu projeto se encontra permanentemente vivo e que o pluralismo a habita” (MOUFFE, 1999, p. 14). Ver também: MOUFFE, 1996, p. 11-12.

<sup>206</sup> Nesse sentido, Sunstein (2003, p. 91) aponta que a própria sociedade desencoraja o dissenso “sem sentido, histérico ou paranoico”.

bom funcionamento do processo político democrático, o qual deve ser permeado por uma discussão ampla e aberta. Essa hipótese compreende omissões que digam respeito tanto a (a) direitos constitutivos do processo democrático quanto a (b) direitos que, mesmo que não sejam constitutivos do processo democrático, incorporam condições necessárias ao seu funcionamento.<sup>207</sup> No primeiro grupo (a), estão omissões que impeçam ou dificultem o exercício do direito de voto ou o exercício da representação democrática em igualdade de condições. Já no segundo grupo (b), estão omissões relacionadas ao exercício da liberdade de expressão (em especial, o direito de crítica ao governo), da liberdade de associação e reunião, da liberdade de imprensa, sem os quais não há um processo político legítimo. Com efeito, tanto as omissões do primeiro grupo quanto do segundo grupo bloqueiam ou dificultam o funcionamento do processo político, e as sentenças manipulativas com efeitos aditivos podem desempenhar um importante papel na promoção dessas condições. O objetivo, portanto, é desobstruir e catalisar a deliberação democrática, ao invés de miná-la.<sup>208</sup>

Na segunda hipótese, as sentenças manipulativas parecem importantes quando se estiver diante de grupos minoritários que não conseguem se defender politicamente, tanto por força de exclusões formais (ausência de direito de participação) quanto por força de exclusões informais (ausência do direito de participação em igualdade de condições). São exemplos: os estrangeiros, índios, negros, homossexuais. Nesses casos, os canais de alteração e modificação legislativa ou estão bloqueados ou, ainda que não estejam bloqueados, não há igualdade de participação, nem uma representação igualitária, o que dificulta a proteção desses grupos no procedimento político-parlamentar de tomada de decisão. Assim, as sentenças manipulativas podem desempenhar um papel relevante. Foi o caso, por exemplo, da decisão com efeitos aditivos tomada pelo Supremo Tribunal Federal na união homoafetiva (embora a corte pudesse ter se limitado a aplicação analógica da união estável entre o homem e a mulher à união entre pessoas do mesmo sexo, sem pretender vincular a atividade do legislador como forma de promoção do diálogo institucional) ou da reserva indígena Raposa Serra do Sol (ainda que algumas das condições estabelecidas fossem desfavoráveis aos índios).

---

<sup>207</sup> Sobre essa distinção, cf.: WALDRON, 1999, p. 282-285, embora não se concorde com suas conclusões sobre o controle judicial de constitucionalidade.

<sup>208</sup> Sobre o tema, ainda que sem tratar de forma específica das sentenças com efeitos aditivos, cf.: SUNSTEIN, 1993, p. 142-145; ELY, 1980, p. 105-134. O problema da teoria de Ely é a restrição do controle judicial de constitucionalidade ao aspecto procedimental. No entanto, como se percebe, boa parte das condições para o funcionamento do processo democrático encerram um direito substantivo. Aliás, a própria noção de democracia compreende aspectos substantivos.

Vale observar que, nesses casos, não se pretende vincular a legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos a determinado resultado substantivo. Essas decisões legitimam-se como procedimento de tomada de decisão, caracterizado pela multiplicidade e incerteza de resultados, independentemente da resposta específica. O que se almeja com as observações supramencionadas é somente evitar uma sobreposição entre os procedimentos judiciais e parlamentares.

Já na terceira hipótese, as sentenças manipulativas com efeitos aditivos são relevantes quando puderem reduzir o quadro de incerteza e de insegurança jurídica para os tribunais e futuros ligantes. É o caso, por exemplo, da decisão aditiva referente ao direito de greve dos servidores públicos, em que o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação analógica da legislação que disciplina o direito de greve no âmbito da iniciativa privada até que sobrevenha lei específica. Como ressaltado anteriormente, o cenário ideal seria a existência de um diálogo institucional entre a Corte e o Congresso Nacional (mesmo que após a decisão judicial), o que não ocorreu. Gerou-se, assim, um quadro de imprevisibilidade e de insegurança jurídica. As greves continuavam a ocorrer mesmo sem disciplina legal e, muitas vezes, com prejuízos à própria sociedade, em especial quando afetavam serviços de natureza essencial. Dessa forma, percebe-se que o objetivo da decisão judicial foi exatamente diminuir os custos das incertezas para os tribunais e os litigantes futuros, ainda que com as dificuldades institucionais existentes no Supremo Tribunal Federal. O importante, nesse precedente, foi que a decisão assumiu natureza provisória sem pretender vincular a atividade do legislador, o que, portanto, preservou sua liberdade de conformação.

Por outro lado, as sentenças manipulativas com efeitos aditivos não se mostram adequadas: (1) quando implicarem a imposição de uma escala de valores por parte das cortes à sociedade; (2) quando houver um mero dissenso político ou jurídico em que todos participam em igualdade de condições no processo político; (3) quando a solução judicial extrapolar as capacidades institucionais das cortes ou revelar efeitos deletérios.

Quanto à primeira hipótese, pretende-se evitar que, por meio de sentenças com efeitos aditivos, as cortes passem a impor suas próprias visões valorativas para toda a sociedade, como se fosse uma instância moral superior. É certo que não há como desconsiderar que compete à corte, no exercício do controle de constitucionalidade, a análise de direitos substantivos. O controle judicial de constitucionalidade – e suas técnicas decisórias – são um procedimento de resolução de controvérsia substantiva (o que pode envolver expectativas, interesses e valores). Entretanto, as cortes não podem abusar dessa importante função e passar

a desempenhar um papel paternalista, como se a sociedade não pudesse de autogovernar.<sup>209</sup> É o que, por exemplo, ocorre quando há o uso abusivo e retórico de previsões abstratas e principiológica em que o intérprete obtém a conclusão que melhor lhe convier. Como dito, o importante é as cortes promoverem a deliberação das instituições eleitas e não tomarem para si o processo político. Nesse sentido, é fundamental que os tribunais reconheçam que divergências morais existem na sociedade e, dessa forma, não impeçam que os cidadãos exercitem a autodeterminação e façam suas escolhas valorativas por meio da deliberação política.

Já a segunda hipótese representa, em certa medida, uma decorrência da primeira. Busca-se evitar que, por meio dessas decisões, simples minorias políticas obtenham nas cortes aquilo que não obtiveram no parlamento, quando participaram em igualdade de condições no procedimento parlamentar. Como dito, sempre que uma lei é ou não aprovada, haverá uma minoria. Mas nem toda minoria significa uma tirania da maioria. Com efeito, as pessoas podem divergir sobre reforma política, legalização do aborto, legalização das drogas, limites da liberdade de expressão, dentre inúmeros outros temas. E esses desacordos podem não ser fruto do preconceito, da má-fé ou da ignorância. Podem ser meros desacordos próprios de uma sociedade plural e heterogênea. Dessa forma, é importante que as cortes reconheçam a existência da divergência na sociedade e que eventual falta de resposta legislativa pode ser fruto desse dissenso, a fim de que as decisões com efeitos aditivos não gerem um esvaziamento do processo de deliberação política, muito menos provoquem uma sobreposição entre as instituições judiciais e as instituições parlamentares.

Por fim, as sentenças manipulativas com efeitos aditivos não se mostram adequadas quando revelarem limitações institucionais das cortes ou consequências judiciais imprevisíveis.

Como dito, a capacidade institucional informa como determinada instituição (no caso, a corte), com suas habilidades e limitações, deve interpretar princípios e regras. Ela considera, portanto, as limitações das cortes para apreciar questões científicas, econômicas, políticas, morais complexas. Ademais, ela chama atenção para o fato de que as cortes podem decidir certas questões sem recorrer a teorias profundas sobre temas que, em geral, fogem às suas aptidões institucionais.

Por exemplo, no contexto brasileiro, no caso do julgamento da união homoafetiva, o Supremo Tribunal Federal poderia ter decidido pela aplicação analógica do regime da união

---

<sup>209</sup> Nesse sentido, conferir crítica feita por Maus (2000, p. 183-202) à atuação do Tribunal Constituição Federal alemão, embora não se concorde com a defesa que a autora faz à supremacia parlamentar.

estável entre o homem e a mulher (o que não deixa de ser uma sentença aditiva, porém minimalista), mas sem recorrer a temas que ultrapassem sua capacidade institucional, como o conceito filosófico-espiritual de família<sup>210</sup> ou os aspectos biológicos e psíquicos da sexualidade humana<sup>211</sup>. Ao recorrer a temas profundos, notadamente a partir da perspectiva da supremacia judicial contida nos votos majoritários, é como se a corte pretendesse definir essas questões para toda a sociedade. No entanto, o essencial, na perspectiva do diálogo institucional, é estimular a deliberação democrática nas instituições eleitas, e não precluir o debate.

De igual modo, no julgamento do aborto em caso de anencefalia do feto, o Supremo Tribunal Federal poderia ter decidido a questão a partir da interpretação restritiva do tipo penal de aborto ou da aplicação analógica das hipóteses de excludentes de ilicitude previstas no artigo 128 do CP (o que não deixa de ser uma decisão aditiva, porém minimalista), mas sem pretender definir cientificamente sobre o início da vida humana<sup>212</sup>, o que fugia à sua capacidade institucional.

Com efeito, não se está a afirmar que essas questões não sejam importantes ou que as cortes não podem abordá-las em nenhuma hipótese. O que se questiona é a capacidade institucional das cortes para lidar com determinadas questões (muitas vezes desnecessárias para solução da controvérsia) de forma definitiva em uma sociedade complexa e heterogênea

---

<sup>210</sup> No entanto, o conceito filosófico-espiritual de família não passou ao largo da corte. Nesse sentido, o ministro Carlos Britto afirmou: “De toda essa estrutura de linguagem prescritiva [...], salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do artigo 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação – é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico)”. Cf.: ADIN 4.277, rel. min. Carlos Britto, DJe 13-10-2011.

<sup>211</sup> Contudo, os aspectos biológicos e psíquicos da sexualidade humana não passaram ao largo da fundamentação de alguns ministros. Nesse sentido, o ministro Carlos Brito buscou citação do psiquiatra suíço Carl Gustav Jung com o seguinte teor: “a homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação”. Na mesma linha, o ministro Luiz Fux assentou: “a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual. Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção [...] de que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas uma característica da personalidade do indivíduo”. Cf.: ADIN 4.277, rel. min. Carlos Britto, DJe 13-10-2011.

<sup>212</sup> Nesse sentido, o ministro Marco Aurélio destacou que, sob o ângulo biológico, o início da vida humana pressupõe “não só a fecundação do óvulo pelo espermatozóide como também a viabilidade, elemento inexistente quando se trata de feto anencéfalo, considerado pela medicina como natimorto cerebral”. Já o ministro Carlos Brito declarou: “[é] claro que toda a vida humana começa com a fecundação de um óvulo para a formação do que se tem chamado de zigoto, que é o embrião dos primeiros cinco dias para alguns, dos primeiros quatorze dias para outros. Não há vida humana que não se inicie por essa fecundação, pela irrupção do zigoto como resultado da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Mas não é possível confundir embrião de vida humana com vida humana embrionária. O zigoto ainda não é uma vida humana embrionária, é apenas um embrião de vida humana, pois somente se torna vida humana embrionária depois de passar por uma metamorfose, e essa metamorfose constitutiva da vida humana não se dá fora do útero, porque o embrião, cientificamente, não é autoconstitutivo”. Cf.: ADPF 54, rel. min. Marco Aurélio, DJ 30-04-2013.

como a atual. Além disso, se está a dizer que, em razão dessa complexidade e da heterogeneidade da sociedade contemporânea, é importante que as cortes mantenham em aberto temas fundamentais para permitir a deliberação nas instituições eleitas.

Além da capacidade institucional, outra importante limitação para a utilização de sentenças manipulativas com efeitos aditivos diz respeito às consequências da decisão. Nesse sentido, por exemplo, no julgamento da união homoafetiva, o Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, não se preocupou com a possibilidade de que a equiparação irrestrita da união estável entre o homem e a mulher e a união homoafetiva poderia produzir lacunas e trazer consequências imprevisíveis. Nesse sentido, ainda que se tratasse de uma minoria discreta e insular, o tribunal poderia ter adotado uma decisão mais minimalista (com a aplicação analógica do regime da união estável entre o homem e a mulher à união homoafetiva naquilo que for compatível) como forma de estimular o diálogo institucional e a ulterior atividade do legislador. No entanto, a maioria da corte simplesmente equiparou a união estável entre homem e mulher à união entre pessoas do mesmo sexo com as mesmas regras e mesmas consequências, em uma nítida pretensão de abarcar todas as questões atinentes ao tema.

Ocorre que as consequências dessa equiparação são múltiplas, muitas delas de difícil imaginação. Além dos efeitos no âmbito do direito de família (casamento, adoção, herança, filiação, regime de bens), há implicações previdenciárias (com impacto orçamentário), econômicas (contrato de seguro de saúde, contrato de compra e venda de imóvel), eleitorais (inelegibilidades), penais (causas de extinção de punibilidade, crime de bigamia).<sup>213</sup> Isto é, efeitos deletérios da decisão, os quais são importantes de ser considerados na interpretação dos princípios e regras constitucionais em jogo e que não foram levados em consideração pela corte.

Outro exemplo de consequências imprevisíveis de uma decisão judicial foi o julgamento da perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária. Nesse sentido, a própria decisão judicial teve que estabelecer uma cláusula aberta ao afirmar que a mudança de partido enseja a perda do mandato, “ressalvadas situações específicas, tais como mudança na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral”<sup>214</sup>. Essa cláusula aberta, dada a ausência de estipulação legal quanto às justas causas para a desfiliação partidária, pode gerar insegurança jurídica em um tema fundamental para as democracias, como a perda de mandato parlamentar. Aliás,

---

<sup>213</sup> As consequências da decisão foram objeto de preocupação dos ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso. O ministro Gilmar Mendes, por exemplo, ao ressaltar o risco de o tribunal produzir lacunas, chamou atenção para o fato de que a lei argentina que aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo tem quarenta e dois artigos.

<sup>214</sup> Cf.: MS 26.603, rel. min. Eros Grau, DJe 17-10-2008.

posteriormente à decisão do Supremo Tribunal Federal, já existem questionamentos sobre se as regras da fidelidade partidária devem se aplicar aos casos de criação de nova legenda ou aos cargos majoritários (como senador da República).

Os efeitos da decisão também têm grande importância nas denominadas, dogmaticamente, sentenças aditivas de prestação, quando há, por exemplo, a extensão de uma vantagem a servidores. Nesses casos, é importante analisar se a concessão de efeitos aditivos não pode ultrapassar os limites de despesa com pessoal previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal (artigo 169 da Constituição Federal) ou gerar grandes impactos orçamentários que inviabilizem, por exemplo, a execução de políticas públicas fundamentais na área de saúde ou educação<sup>215</sup>. O mesmo ocorre com decisões com efeitos aditivos que concedem a isenção de tributo. É preciso considerar os impactos financeiros decorrentes da isenção por decisão judicial, impacto que, como visto, pode ter consequências para a implementação de outros direitos fundamentais pelo poder público.

As consequências das decisões também têm destaque nos casos de sentenças com efeitos aditivos que alteram as penas mínimas e máximas dos tipos penais previstos na legislação (é o que ocorre com as chamadas sentenças substitutivas)<sup>216</sup>. O quadro de imprevisibilidade e de insegurança jurídica para os cidadãos mostra-se evidente nesse tipo de decisão.

Outrossim, quanto aos efeitos da decisão, vale destacar que não se trata de declarar que as cortes devem ser consequencialistas, mas apenas que as consequências das decisões e a possibilidade de erros judiciais são elementos a serem considerados no momento da decisão judicial. De igual forma, não se está a afirmar que limitações normativas não sejam importantes. Como dito, no campo das sentenças com efeitos aditivos, algumas limitações de caráter normativo são importantes, como a impossibilidade de majoração de penas ou de tributos. Na mesma linha, as limitações normativas desempenham importante papel nas sentenças substitutivas, em especial quando não existem parâmetros normativos para a decisão judicial<sup>217</sup>.

---

<sup>215</sup> Um exemplo de limitação relativa às consequências na decisão no campo das sentenças com efeitos aditivos é o MI 4490, cuja Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) pleiteia a revisão anual dos subsídios dos magistrados com alegação de omissão do Congresso Nacional.

<sup>216</sup> HC 92.525, rel. min. Celso de Mello, DJe 04/04/2008, que alterou a pena do crime de receptação qualificada com base no princípio da proporcionalidade. Na mesma linha, ainda que do Superior Tribunal de Justiça, cumpre destacar REsp 915.422/SC, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 1º/02/2011, que modificou a pena do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (artigo 273 do CP) para igualar à pena do crime de tráfico de drogas.

<sup>217</sup> Por exemplo, no RE 91.707, que versou sobre a multa incidente no caso de mora de pagamento de tributo: por que fixar o percentual da multa em 30 % (trinta por cento) do valor do imposto devido, e não 40% (quarenta por cento) ou 20% (vinte por cento)?

Por fim, tal como ocorre com a abordagem de Sunstein, cumpre registrar que esses parâmetros não têm a pretensão de fornecer um modelo normativo rígido ou universal. Não se propõe uma receita abstrata de legitimidade. Eles podem variar consoante as singularidades do caso concreto, bem como conforme as capacidades e as limitações institucionais das legislaturas e das cortes. Mais que isso: podem variar de acordo com a cultura política e o com o modo de interação entre as instituições.

Nesse contexto, sobre como a cultura política que anima a relação entre os poderes influencia nas respostas institucionais, é interessante registrar que, na Itália, talvez por falta de respostas legislativas no tempo adequado, as sentenças com efeitos aditivos assumiram maior importância, quando, por exemplo, comparado com a Alemanha. Na experiência institucional alemã, ao contrário do que sucede na Itália, embora existam decisões com natureza aditiva, o Tribunal Constitucional, em regra, tem optado pela técnica da declaração da nulidade parcial sem redução de texto (com apelo ao legislador), nos casos de omissão parcial ou relativa. Portanto, diferenças no modo de interação entre as instituições judiciais e parlamentares, muitas vezes, conduzem a soluções normativas e institucionais diversas.<sup>218</sup>

De toda forma, os parâmetros supramencionados podem ser relevantes para as democracias que adotam o modelo de controle de constitucionalidade exercido pelo judiciário – como o Brasil –, na medida em que o objetivo deles é permitir que as sentenças manipulativas com efeitos aditivos, em vez de tomarem para si o processo político, estimulem a deliberação democrática nas instituições eleitas. Ademais, esses critérios mostram-se importantes em um contexto em que tanto as instituições judiciais quanto as instituições parlamentares são frágeis e podem não apresentar respostas protetivas aos direitos fundamentais e de minorias.<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> Sobre a diversidade de soluções entre a Itália e a Alemanha, cf.: MEDEIROS, 1999, p. 462-468.

<sup>219</sup> É preciso analisar com cautela afirmações do tipo: em democracias recentes, como o Brasil, estaria justificada a atuação ativista das cortes, porque as instituições eleitas não estão em boas condições de funcionamento. Primeiro, porque não existe uma fórmula pronta. Na África do Sul, por exemplo, a Suprema Corte registrou um período de maior ativismo, o que não ocorreu no Chile, onde a Suprema Corte é conhecida por sua autocontenção (CASAGRANDE, 2011, p. 11). Segundo, porque, como dito, quanto mais concentrado o poder político, mais difícil a atuação contramajoritária das cortes, como é o caso da Venezuela. Terceiro, porque, se o fato de ser uma democracia recente leva à conclusão de que as instituições parlamentares não estão em boas condições de funcionamento, o mesmo pode ocorrer com as instituições judiciais que também podem não estar em boas condições de funcionamento. Aliás, no Brasil, as dificuldades de acesso à justiça, a seletividade do sistema de justiça e a ausência de deliberação interna entre membros das cortes (em especial no Supremo Tribunal Federal, em que os onze ministros apresentam votos separados e, muitas vezes, é difícil saber até mesmo a posição institucional da Corte) parecem indicar que nossas instituições judiciais também precisam ser aperfeiçoadas.

## CONCLUSÃO

Retomam-se as observações de Hamilton contidas na introdução da presente dissertação. Hamilton afirmava que o judiciário seria o poder menos perigoso, o que justificaria a atribuição do controle de constitucionalidade ao judiciário como forma de protegê-lo dos demais poderes.

Embora a revisão judicial da legislação seja uma opção político-institucional de cada país, percebe-se que, em algumas realidades institucionais, ela obteve presença cada vez mais marcante em detrimento das instituições eleitas, o que ocorreu, geralmente, acompanhado da afirmação de que o judiciário possuiria a última palavra na interpretação da constituição e em matéria de direitos fundamentais. No entanto, é necessário repensar essa maneira de compreender o controle judicial de constitucionalidade e suas técnicas decisórias, a fim de evitar uma sobreposição entre as instituições judiciais e as instituições representativas, assim como não provocar o empobrecimento das deliberações nas instituições eleitas.

Dessa forma, se, de um lado, a supremacia judicial pode minar o processo de deliberação nas instituições representativas e fechar as possibilidades de respostas do sistema político-institucional, a supremacia parlamentar também diminui as possibilidades de respostas oriundas do desenho político-institucional e pode esvaziar o pluralismo na sociedade, em especial quando se está diante de grupos de indivíduos que não participam em igualdade de condições nas instituições eleitas. Em resumo: tanto a supremacia judicial como a supremacia parlamentar acabam por fechar o sistema político-constitucional e não permitem que os eventuais derrotados em determinada instituição obtenham vitória em outra, e vice-versa.

O objetivo central desta dissertação foi tratar da legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos a partir de uma compreensão que se afaste tanto da supremacia judicial quanto da supremacia parlamentar. Assim, procurou-se abordar o problema da legitimidade das sentenças aditivas (em sentido amplo), de uma forma que não se defendesse a existência de uma resposta final e conclusiva a ser dada pelas cortes ou pelas legislaturas.

Nesse sentido, as sentenças manipulativas com efeitos aditivos ou sentenças aditivas (em sentido amplo) foram definidas como técnicas decisórias do controle judicial de constitucionalidade. Elas dividem-se em três espécies: sentenças aditivas, sentenças aditivas

de princípio e sentenças substitutivas. Dogmaticamente, na sentença aditiva (espécie), as cortes declaram a inconstitucionalidade da disposição normativa na parte em que não prevê determinada hipótese; e, ao mesmo tempo, como consequência dessa declaração, atribuem ao dispositivo legal impugnado norma com conteúdo mais amplo, em regra, por analogia. Por sua vez, na sentença aditiva de princípio, as cortes declaram a inconstitucionalidade da disposição normativa na parte em que não prevê determinada hipótese, mas se limitam a identificar um princípio ou uma diretriz que orientem as legislaturas na futura produção legislativa, ou os juízes nas futuras decisões judiciais. Por fim, na sentença substitutiva, as cortes declaram a inconstitucionalidade da disposição normativa na parte em que prevê determinada hipótese em vez de outra que deveria dispor para estar em conformidade com a constituição; e, ao mesmo tempo, atribuem ao dispositivo legal impugnado norma com conteúdo diverso.

Ademais, destacou-se que, admitida a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, a distinção entre legislador negativo e legislador positivo não tem sentido. O próprio Kelsen critica a separação absoluta entre criação e aplicação do direito. Para o autor, a decisão do tribunal constitucional é um ato de aplicação do direito e, ao mesmo tempo, um ato de criação do direito. Outrossim, mesmo as sentenças classificadas dogmaticamente como simples produzem efeitos positivos no ordenamento jurídico – em maior ou menor medida – porque existe um elemento de construção e criação normativa em todo ato de interpretação e aplicação do direito. Portanto, não tem sentido a limitação normativa e metafísica de que as cortes deveriam se comportar como legislador negativo, já que não existe nenhuma decisão de inconstitucionalidade estritamente negativa e que não provoque nenhum tipo de modificação no sistema jurídico.

Entretanto, essa constatação não significa que não seja importante discutir parâmetros para o controle judicial de constitucionalidade e, por conseguinte, para as sentenças manipulativas com efeitos aditivos como técnicas decisórias. Ao contrário, como forma de promover a deliberação democrática nas instituições eleitas e de manter a abertura do sistema político, é necessário encontrar critérios para a utilização das sentenças com efeitos aditivos.

Na busca desses critérios, esta dissertação partiu do pressuposto de que a divergência sobre direitos é inerente às democracias contemporâneas e ao estado de direito. No entanto, a despeito da divergência existente nas sociedades plurais, existe o interesse dos indivíduos por uma ação coletiva e comum, sem a qual não haveria sociedade política, nem a conquista de direitos mínimos. Dessa forma, em virtude desse paradoxo entre divergência substantiva e interesse por uma ação conjunta, surge a necessidade de estabelecer instituições e

procedimentos para a tomada de decisões político-jurídicas. Essas instituições e procedimentos, ao mesmo tempo em que viabilizam a unidade da sociedade política, dispensam o consenso sobre direitos.

Nesse contexto, destacou-se que, em uma sociedade política, o acordo sobre as instituições e os procedimentos seguem as lógicas da coordenação e da reciprocidade. Quanto à coordenação, viu-se que os atores políticos e sociais concordam com o estabelecimento de instituições e procedimentos para a resolução de controvérsias, em razão dos benefícios da ação coletiva na conquista de direitos. Por sua vez, no tocante à reciprocidade, analisou-se que esses mesmos atores concordam com o estabelecimento de instituições e procedimentos, porque eles são constituídos para atuar de maneira recíproca e indiscriminada em relação a todos.

Ademais, uma vez estabelecidos os arranjos institucionais e procedimentais, foi visto que eles tendem a se tornar mais estáveis que os próprios resultados substantivos que produzem. Essa estabilidade ocorre por força dos mecanismos de ativos específicos de investimentos e de retorno político positivo. Com relação ao primeiro mecanismo, avaliou-se que os atores políticos e sociais investem na construção dos arranjos institucionais e procedimentais de tomada de decisão, de maneira que irão evitar a alocação de investimentos em estruturas alternativas. No concernente ao segundo mecanismo, viu-se que certos arranjos estruturais fortalecem e organizam determinados grupos que, dessa forma, terão interesse na manutenção dessas estruturas.

Aliado a esses mecanismos, foi analisado que esses arranjos estruturais apresentam características que contribuem para aumentar o grau de entrincheiramento quando comparado aos resultados substantivos por elas gerados. Essas características são a prospectividade ao longo do tempo, a incerteza quanto aos resultados e a multiplicidade de respostas. Quanto à prospectividade, constatou-se que os atores políticos e sociais tendem a ter uma visão mais imparcial quanto às instituições e procedimentos, porque eles são estabelecidos previamente para a resolução de controvérsias futuras. No tocante à incerteza de resultados, viu-se que esses atores, mesmo que discordem sobre resultados substantivos, podem concordar com as instituições e procedimentos, porque não se pode prever como estes afetarão seus interesses. Por fim, no que concerne à multiplicidade de respostas, verificou-se que tal pluralidade permite que os atores invistam nessas estruturas, pois permanecerão abertas a novas respostas para aqueles que eventualmente tenham sido derrotados.

Nessa perspectiva, sustentou-se que o controle judicial de constitucionalidade – e suas técnicas decisórias – legitimam-se como um desses procedimentos de tomada de decisão

político-jurídica, o qual pode ser estabelecido em uma sociedade democrática tanto em virtude de compromisso normativo quanto em virtude de circunstâncias político-institucionais. Ademais, assim como ocorre com as demais instituições e procedimentos, o controle judicial de constitucionalidade é firmado e torna-se entrincheirado a partir dos mencionados mecanismos de coordenação, de reciprocidade, de ativos específicos de investimentos e de retorno político positivo. Além disso, a revisão judicial da legislação também se caracteriza pela prospectividade, pela incerteza quanto aos resultados e pela multiplicidade de respostas, características que contribuem para que essa estrutura torne-se mais estável que os próprios direitos substantivos por ela implementados.

Em vista dessas ideias, defendeu-se que a incerteza e a multiplicidade de resultados conferem abertura ao conjunto formado pelas instituições judiciais e parlamentares, porque permitem que os eventuais derrotados em uma delas obtenham vitórias em outra. A par disso, afirmou-se que a existência de uma resposta final conferida às cortes ou às legislaturas diminui o grau de incerteza e de multiplicidade de resultados que a complexa e contínua interação entre essas instituições é capaz de produzir.

Outrossim, a partir da dualidade entre o minimalismo e o maximalismo de Sunstein, buscou-se uma abordagem para as sentenças manipulativas com efeitos aditivos que se afastasse tanto do fetichismo judicial quanto do fetichismo legislativo, bem como que tivesse em mente o diálogo institucional entre as cortes e as legislaturas.

Entretanto, defendeu-se a existência de um diálogo em uma perspectiva mais tênue e que, dessa forma, não trabalhasse com a noção de consenso racional entre as instituições como ideal a ser atingido. Dessa forma, ressaltou-se que a interação dialógica entre as instituições pode ocorrer tanto de forma coordenada quanto conflituosa, e que o conflito entre as instituições, desde que não haja ruptura institucional ou supressão de uma instituição pela outra, não era algo negativo. Isso porque o dissenso permite o surgimento de novas perspectivas e novas controvérsias durante o contínuo processo de desenvolvimento democrático.

Assim, em virtude da interação dialógica entre as instituições, como a finalidade de se afastar da supremacia judicial e da supremacia parlamentar, defendeu-se a natureza provisória das sentenças manipulativas com efeitos aditivos, de forma que não vinculasse a ulterior atividade do legislador. Nesse sentido, um provimento judicial de caráter não vinculativo ao parlamento recusa a existência de decisões finais e conclusivas que se sobreponham ao procedimento parlamentar. Nele, as cortes passam a reconhecer que existe uma constituição fora das intuições judiciais. Além disso, esse provimento de natureza provisória permite a

prolação de sentenças com efeitos aditivos em determinadas hipóteses e com o objetivo de catalisar o processo de deliberação política, ao mesmo tempo em que não esvazia a deliberação democrática nas instituições eleitas.

Nessa perspectiva, ao considerar a ideia de uma solução com natureza provisória, bem como a noção de consenso e de conflito na interação dinâmica entre as cortes e as legislaturas, sublinhou-se que, proferida uma sentença com efeitos aditivos pelas cortes, as legislaturas poderiam: (1) concordar com a decisão judicial e regulamentar a questão nos moldes da decisão, o que caracterizaria um diálogo genuíno e consensual; (2) concordar com a decisão judicial e ainda avançar sobre o tema para tratar de outras questões não abordadas na decisão, o que levaria a uma autêntica catalisação do processo político nas instituições eleitas; (3) aceitar simplesmente a decisão e regulamentar a questão apenas para não se opor à solução judicial, o que poderia ocorrer, por exemplo, em virtude dos benefícios da coordenação e da previsibilidade ou do custo político de superar a decisão judicial; (4) discordar parcialmente da decisão judicial e buscar restringir a solução contida na decisão; (5) discordar totalmente da decisão judicial, porque ela não é mais constitucionalmente obrigatória, e regulamentar o tema em sentido contrário (o que não impediria nova análise pelas cortes), na medida em que o conflito não é entendido como algo prejudicial, mas como inerente à democracia e à dinâmica entre os poderes; (6) não emitir nenhuma resposta legislativa e permanecer a decisão judicial, que, nesse caso, assumiria natureza mais definitiva.

A par dessa compreensão de consenso e conflito interinstitucional, foram apresentados alguns parâmetros (não taxativos) para a utilização das sentenças com efeitos aditivos. Esses parâmetros têm por intento evitar a sobreposição entre as instituições judiciais e parlamentares, bem como permitir que as sentenças com efeitos aditivos promovam a deliberação democrática nas instituições representativas, em vez de enfraquecê-la. Nesse sentido, as sentenças manipulativas com efeitos aditivos podem ser importantes: (1) quando se estiver diante de omissões relacionadas a direitos essenciais para a formação da vontade democrática e para o bom funcionamento do processo político; (2) quando envolverem minorias discretas e insulares que não conseguem se proteger politicamente por força de exclusões formais ou informais; (3) quando puderem reduzir o quadro de incerteza e de insegurança jurídica.

De outro lado, as sentenças manipulativas com efeitos aditivos revelam-se inadequadas: (1) quando implicarem a imposição à sociedade de uma escala de valores, o que revelaria uma posição paternalista das cortes incompatível com a proposta de diálogo entre as cortes e as legislaturas e com a importância da deliberação democrática nas instituições

eleitas; (2) quando se estiver diante de divergências decorrentes da circunstância de que, em uma sociedade heterogênea, pessoas com diferentes experiências e perspectivas podem discordar, mesmo sem haver preconceito, má-fé ou ignorância, e mesmo após a deliberação no processo político em igualdade de condições; (3) quando revelarem limitações institucionais das cortes na apreciação de questões científicas, econômicas, políticas, morais complexas, ou consequências imprevisíveis ou deletérias para o sistema político-jurídico.

Por fim, como salientado, cabe ressaltar que esta dissertação não tem a pretensão de oferecer um modelo universal normativo e abstrato. Esses parâmetros podem variar conforme as características institucionais de cada país e conforme a própria cultura política que informa a relação entre as instituições judiciais e parlamentares. De toda maneira, essas diretrizes parecem ser um bom caminho para o contexto brasileiro – que adota o modelo de controle de constitucionalidade pelo poder judiciário –, na medida em que buscam ressaltar a importância que as sentenças com efeitos aditivos podem assumir em alguns casos concretos, mas sem pretender esvaziar a importância do debate democrático no âmbito das instituições parlamentares.

Nessa perspectiva, a principal mensagem deste trabalho é o reconhecimento de que tanto as instituições judiciais quanto as instituições parlamentares não são infalíveis e que a democracia não é um modelo perfeito e acabado. Portanto, a compreensão da legitimidade das sentenças aditivas (em sentido amplo) precisa considerar que o monopólio da palavra final nas cortes ou nas legislaturas pode provocar efeitos deletérios, assim como o fechamento do sistema político-constitucional e a apatia do debate institucional.

Mas não só. A existência de uma resposta conclusiva no campo das sentenças com efeitos aditivos diminui a chance para o aprendizado recíproco entre as instituições. Isso porque, se é verdade que o “‘ponto cego’ de um observador pode ser visto pelo outro”<sup>220</sup>, pode-se também concluir, com Neves (2009, p. 298), que o ponto cego de uma instituição em virtude de sua posição ou perspectiva de observação dentro do desenho institucional, pode ser notado pela outra. Nesse sentido, a proposta para as sentenças manipulativas com efeitos aditivos apresentada nessa dissertação pode ser um bom caminho para o aprendizado interinstitucional.

---

<sup>220</sup> Neves, ao tratar do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas diversas, assevera que: “[s]ua identidade é reconstruída [...] enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro. Isso parece-me frutífero e enriquecedor da própria identidade porque todo observador tem um limite no ‘ponto cego’, aquele que o observador não pode ver em virtude de sua posição ou perspectiva de observação. Mas, se é verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de *alter* e *ego*, que ‘eu vejo o que tu não vês’, cabe acrescentar que o ‘ponto cego’ de um observador pode ser visto pelo outro. Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: *o ponto cego, o outro pode ver*” (NEVES, 2009, p. 297-298, grifos do autor).

## REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 110, n. 97, p. 1659-1787, 1997.

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves, 2. ed. Bauru: Edipro, 2009.

BELLOCCI, Mario; GIOVANNETTI, Tommaso. Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale. In: *Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la Corte costituzionale di Ungheria*, Roma, jun., 2010. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 4 abr. 2013.

BENTHAM, Jeremy. *A fragment on government*. Oxford: Oxford University Press, 1981.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1962.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANCO, Ricardo. *O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

BRUST, Leo. A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 10, p. 507-526, jul./dez., 2009.

BUGARIC, Bojan. Courts as policy-makers: lessons from transition. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 42, n. 1, p. 247-288, 2001.

BUSHELL, Allison A.; HOGG, Peter W. The Charter dialogue between courts and legislatures: or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all. *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos de Constituição de 1976*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

CASAGRANDE, Cássio. A judicialização da política na América Latina: algumas perspectivas para a sua compreensão. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (org.). *O Estado Democrático de Direito em Questão: Teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier Campus Jurídico, 2011.

CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1994.

CLAUS, Laurence P.; KAY, Richard S. Constitutional courts as “positive legislators” in the United States. *The American Journal of comparative law*, Ann Arbor, v. 58, p. 479-504, 2010.

COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations: which rest upon the legislative power of the states of the American Union*. 7. ed. Boston: Little, Brown, and Co., 1903.

CRISAFULLI, Vezio. La Corte costituzionale há vent'anni. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, ano XXI, fasc. 10, 1976.

\_\_\_\_\_. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. 5. ed. v. II. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1984.

DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, v. 6, p. 279-295, 1957.

DERRIDA, Jaques. *Força de lei*. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica de uma construção. *Biblioteca Digital Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, Ano 4, n. 15, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br>>. Acesso em: 5 de mar. 2013.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the american Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELIA, Leopoldo. Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinária in materia di garanzie difensive nell'instruzione somaria. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, ano VIII, fasc. 1, jan./maio, p. 534-563, 1965.

\_\_\_\_\_. Le sentenze additive e la piú recente giurisprudenza della Corte costituzionale. In: *Scritti su la giustizia costituzionale*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1985.

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

FALLON, Richard H. The core of an uneasy case for judicial review. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 121, p. 1693-1736, 2008.

GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. Tradução de Adauto Villela. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

GIOVANNETTI, Tommaso; BELLOCCI, Mario. Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale. In: *Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la Corte costituzionale di Ungheria*, Roma, jun., 2010. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 4 abr. 2013.

GRANATA, Renato. La giustizia costituzionale nel 1997. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano: Casa Editrice Dott. Antônio Giuffrè, ano XLIII, set./out., 1998.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. Tradução de Bianca Stamato Fernandes. *Revista de direito do estado*, São Paulo, ano 1, n. 4, p. 3-22, 2006.

GUASTINI, Riccardo. *Quindici lezioni di diritto costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1991.

\_\_\_\_\_. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Tradução de José Maria Lujambio. In: *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

HERRERA, Carlos Miguel. A polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardian de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*, n. 86, out./dez., p. 195-227, 1994.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

HOGG, Peter W; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures: or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all. *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

JAY, John; HAMILTON, Alexander; MADISON, James. *O federalista*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

KANT, Immanuel. An answer to the question: what is enlightenment?. In: *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989a.

\_\_\_\_\_. On the commom saying: this may be true in theory, but it does not apply in practice. In: *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989b.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *O Congresso das perguntas e o STF das respostas*. Brasília, mar., 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 20 de abr. 2014.

KAY, Richard S.; CLAUS, Laurence P. Constitutional courts as “positive legislators” in the United States. *The American Journal of comparative law*, Ann Arbor, v. 58, p. 479-504, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013a.

\_\_\_\_\_. O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparado das Constituições austríaca e americana. In: *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013b.

\_\_\_\_\_. Quem deve ser o guardião da Constituição?. In: *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013c.

KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

LAMARQUE, Elisabetta. Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali: anni 2000-2005. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, n. 3, p. 699-767, 2008.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José de Sousa e Britto e José Antônio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

LAVAGNA, Carlo. Sulle sentenze additive della corte costituzionale. In: *Ricerche sul sistema normativo*. Milano: Giuffrè Editore, 1984.

LEVINSON, Daryl J. Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 124, p. 657-746, 2011.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica de uma construção. *Biblioteca Digital Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, Ano 4, n. 15, jul./set., 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br>>. Acesso em: 5 de mar. 2013.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saulle; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003.

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

\_\_\_\_\_. Separação de poderes e função judiciária: uma perspectiva teórico democrática. Tradução de Geraldo de Carvalho. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

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

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia de Constituição*. Tomo VI. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MODUGNO, Franco. La Corte costituzionale italiana oggi. In: *Scritti su a Giustizia Costituzionale*. Padova: CEDAM, 1985.

\_\_\_\_\_. Ancora sui controversi rapporti tra corte costituzionale e potere legislativo. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano: Casa Editrice Dott. Antonino Giurffrè, ano XXXIII, fasc. 1, p. 16-25, 1988.

MONTESQUIEU, Charles de Secondt, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

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

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MORTATI, Constantino. Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore. In: *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana: Raccolta di Scritti - III*. Milano: Giuffrè Editore, 1972.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com, e contra, Carl Schimtt. Tradução de Menelick de Carvalho Neto. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 2, jul./dez., 1999. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br>>. Acesso em: 5 de maio 2014.

\_\_\_\_\_. Deconstruction, pragmatism and the politics of democracy. In: MOUFFE, Chantal (editor). *Deconstruction and pragmatism*. Londres: Routledge, 1996.

\_\_\_\_\_. *The democratic paradox*. Londres: Verso, 2000.

\_\_\_\_\_. *Politics and passions: the stakes of democracy*. Londres: Centre for the Study of Democracy, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Ativismo judicial, autorestrição judicial e o “minimalismo” de Cass Sunstein. *Diritto & Diritti*, Ragusa, v. 1, p. 1-21, 2008.

PAIVA, Paulo Frederico. Decisões manipulativas em controle de constitucionalidade e sua admissibilidade em matéria criminal. *Observatório da jurisdição constitucional*, Brasília, IDP, ano 2, 2008.

PANIZZA, Saule; ROMBOLI, Roberto; MALFATTI, Elena. *Giustizia costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003.

PARODI, Giampaolo. Seguito giurisdizionale dele decisioni costituzionali interpretative e additive di principio ed elementi di ‘diffusione’ nel controllo di costituzionalità. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, n. 3, p. 821-849, 2008.

PICARDI, Nicola. Le sentenze “integrative” della Corte costituzionale. In: *Scritti in onore di Costantino Mortati*. v. 4. Milano: Giuffrè Editore, 1977.

PIZZORUSSO, Alessandro. Sui limiti della postestà normativa della Corte costituzionale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, ano XXV, p. 305-312, 1982.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

\_\_\_\_\_. *Political Liberalism*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1993.

RIZZA, Giovanni. La Corte Costituzionale fra politica e diritto: appunti preliminari. *Diritto e società*, Firenze, v. I, n. 2, p. 315-350, jun., 1973.

ROMBOLI, Roberto. El control de constitucionalidad de las leyes em Italia. Tradução de Enriqueta Expósito Gómez. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 4, 2. sem., p. 179-205, 1999.

\_\_\_\_\_. PANIZZA, Saule; MALFATTI, Elena. *Giustizia costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003.

ROS, Luciano da. Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 31, p. 86-105, jul./dez., 2007.

ROSENFELD, Michel. Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts. *International Journal of Constitutional Law*, New York, vol. 2, n. 2, out., p. 633-688, 2004.

RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. *Lineamenti di giustizia costituzionale*. 3. ed. Toniro: G. Giappichelli Editore, 2004.

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

SANCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional: Fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

SCHAUER, Frederick; ALEXANDER, Larry. On extrajudicial constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 110, n. 97, p. 1659-1787, 1997.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção contra omissões legislativas: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme e a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 191-210, 2006.

SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della corte costituzionale. *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano: Antonino Giuffrè, ano XXVI, 1981.

SPADARO, Antonino; RUGGERI, Antonio. *Lineamenti di giustizia costituzionale*. 3. ed. Toniro: G. Giappichelli Editore, 2004.

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

SUNSTEIN, Cass R. *The partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. *Legal reasoning and political conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

\_\_\_\_\_; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

\_\_\_\_\_. *Why societies need dissent*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

\_\_\_\_\_; VERMULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 101, p. 885-951, 2003.

\_\_\_\_\_. *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

\_\_\_\_\_. *A Constitution of many minds*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

THAYER, James B. The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 7, n. 3, p. 129-156, 1893.

TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. Popular constitutionalism as political law. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 81, p. 991-1006, 2006.

\_\_\_\_\_. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. Ceticismo sobre o judicial review: uma perspectiva dos Estados Unidos. Tradução de Aduino Villela. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

VEGA, Augusto Martín de la. *La sentencia constitucional en Italia: tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VERMULE, Adrian; SUNSTEIN, Cass R. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 101, p. 885-951, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*, São Paulo, n. 8, p. 441-464, jul./dez., 2008.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. A dignidade da legislação. Tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, p. 1347-1406, 2006.

\_\_\_\_\_. O judicial review e as condições da democracia. Tradução de Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

WHITTINGTON, Keith E. Extrajudicial constitutional interpretation: three objections and responses. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 80, p. 773-852, 2002.

\_\_\_\_\_. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bolgna: Società Editrice il Mulino, 1977.

\_\_\_\_\_. Processo costituzionale. In: *Enciclopedia del diritto*, v. XXXVI, Milano: Giuffrè Editore, 1987.

\_\_\_\_\_. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Tradução de Maria Gáscon. Madrid: Editorial Trotta, 1995.