

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**AS SENTENÇAS COM EFEITOS ADITIVOS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE
PODERES: UM ESTUDO SOBRE OS LIMITES DA CRIATIVIDADE JUDICIAL NO
CONTROLE DA OMISSÃO RELATIVA DO LEGISLADOR NO BRASIL E EM
PORTUGAL**

KELLYNE LAÍS LABURÚ ALENCAR DE ALMEIDA

Mestrado Científico em Direitos Fundamentais
Seminário de Direito Constitucional - A
Ano Letivo 2009/2010

Lisboa
2010

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**AS SENTENÇAS COM EFEITOS ADITIVOS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE
PODERES: UM ESTUDO SOBRE OS LIMITES DA CRIATIVIDADE JUDICIAL NO
CONTROLE DA OMISSÃO RELATIVA DO LEGISLADOR NO BRASIL E EM
PORTUGAL**

Relatório apresentado na disciplina de Direito Constitucional I e II - A, sob regência do Professor Doutor Jorge Miranda, como requisito parcial para habilitação no Mestrado Científico em Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano letivo 2009/2010.

KELLYNE LAÍS LABURÚ ALENCAR DE ALMEIDA

Lisboa
2010

Índice

Nota de Leitura	3
1. Introdução	4
2. Justiça Constitucional	10
2.1. Aspectos gerais	11
2.2. Legitimidade do Tribunal Constitucional e separação de poderes: legislador negativo ou intérprete criativo?	14
3. Sentenças com efeitos aditivos	25
3.1. Origens	26
3.2. Conceito e Conteúdo	28
3.3. Classificação	34
3.4. Principais argumentos favoráveis às sentenças com efeitos aditivos	37
3.5. Principais argumentos contrários às sentenças com efeitos aditivos	39
3.6. Limites da criatividade judicial no controle das omissões relativas do legislador: relatório doutrinário e posição adotada	40
4. Análise da atuação <i>in concreto</i>	47
4.1. Jurisdição Constitucional e as sentenças com efeitos aditivos no Brasil: atuação do Supremo Tribunal Federal	47
4.2. Jurisdição Constitucional e as sentenças com efeitos aditivos em Portugal: atuação do Tribunal Constitucional do Palácio Ratton	52
5. Conclusões	54
6. Bibliografia	58

Nota de Leitura

Este trabalho encontra-se redigido em conformidade com as regras gramaticais ditadas pelo *Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa*, subscrito na cidade de Lisboa, em 16 de dezembro de 1990, por Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe, e, em 2004, por Timor Leste.

Considerando, porém, que a unidade da Língua Portuguesa, embora seja desejável para sua preservação, não é capaz de unificar as diversas linguagens utilizadas por falantes da língua espalhados por oito países em três diversos continentes, avisa-se ao leitor que a linguagem deste trabalho é a correntemente utilizada na escrita brasileira.

Informa-se ainda que a citação das obras e autores de referência foi feita em notas de rodapé, arranjadas ao longo do texto em critério cronológico. As citações de obras redigidas em língua estrangeira foram traduzidas livremente para a Língua Portuguesa no intuito de proporcionar clareza e fluência na leitura do trabalho.

1. Introdução

O estudo da separação de poderes no interior dos modernos Estados de Direito perpassa, inevitavelmente, pelo rearranjo das competências e funções entre os três poderes do Estado no ritmo da evolução da lei e do próprio modelo de Estado.

Regressando um bocado no tempo para alcançar as origens da separação de poderes e, assim, apreender os motivos e os caminhos da sua transformação, vê-se que, embora as primeiras manifestações da ideia de divisão de poder remontem à antiguidade clássica¹, o surgimento da separação de poderes como elemento estruturante da organização jurídico-política do Estado de Direito² dá-se apenas nos séculos XVII³ e XVIII com o nascimento do constitucionalismo moderno no bojo da luta contra o Estado Absoluto e sob a batuta de Montesquieu⁴.

A separação de poderes foi desenvolvida não com o intuito de descrever exaustivamente as funções legislativa, executiva e judiciária do Estado, mas com o intuito garantístico de proteção da liberdade e da segurança individuais⁵, ideias muito recorrentes entre os filósofos de inclinação iluminista como Montesquieu. A finalidade principal da separação de poderes era a contenção do arbítrio e, para o alcance desse objetivo, o grande diferencial da obra de Montesquieu em relação às de seus predecessores é que sua percepção da necessidade de que o poder limitasse o poder⁶ fez com que defendesse que a divisão das funções do Estado (separação objetiva das

* Para que justamente se confira o devido crédito àqueles que contribuíram para a concretização deste trabalho, agradeço ao meu marido, Luiz Antônio, aos meus pais, Elias e Ana Lúcia, e a minha irmã, Lívia, por todas as experiências sublimes de amor e ternura que pela vida me proporcionaram, e ao meu Deus, que livrou minha alma nos momentos de angústia e com sua benignidade me cobriu.

¹ Miranda, Jorge. *Ciência política – formas de governo*, Pedro Ferreira, Lisboa, 1996, p. 94.

² Suordem, Fernando Paulo da Silva. *Princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais – a administração pública no estado moderno: entre as exigências de liberdade e organização*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 14.

³ Como relata Jorge Miranda (*Ciência política – formas de governo*, Pedro Ferreira, Lisboa, 1996, p. 98), John Locke foi um dos primeiros grandes autores mais modernos a se debruçar sobre o tema da separação de poderes em seu *Tratado sobre o governo*; sua obra, porém, não alcançou a mesma difusão de *O espírito das leis* de Montesquieu justamente por ter sido escrita muito cedo, ainda no século XVII. Sobre o contexto em que se encontrava John Locke na Inglaterra do século XVII e que o inspirou na elaboração de uma teoria de separação de poderes, ver Garcia, Emerson. *Princípio da separação de poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais*, in Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, XLVI, 2, 2005, p. 961 ss.

⁴ Novais, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 86.

⁵ Piçarra, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e como princípio constitucional – um contributo para o estudo de suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra, 1989, p. 247.

⁶ Montesquieu. *De l'esprit des lois*, Paris, Librairie Garnier Frères, 1927, p. 151.

funções) não era bastante se não fosse aliada à atribuição dessas funções a órgãos diversos (separação subjetiva das funções)⁷.

É equivocado, porém, entender que a separação de poderes pregava um rigoroso apartamento entre as funções do Estado; na verdade, a ideia de Montesquieu era a criação de um modelo de distribuição das funções estatais em forma de colaboração desenvolvida na *faculté de statuer* (poder de decisão) e na *faculté d'empêcher* (poder de prevenção)⁸.

O modelo de separação de poderes franqueado por Montesquieu foi o que avançou através dos tempos como elemento estruturante dos modernos Estados de Direito, mas sua análise hoje não pode se limitar a repetir aquilo que pensaram os juristas e filósofos de ontem. Uma vez mais a máxima *panta rhei* de Heráclito deve ser tomada em conta para recordar que, assim como as doutrinas sérias sobre direito e política tiveram como base a realidade histórica do Estado na época em que foram formuladas⁹, a determinação do caminho que devem perflhar tem que considerar a realidade do momento em que são utilizadas.

No século XVIII, o que a realidade histórica demandava era o resgate do poder das mãos dos tiranos para devolvê-lo ao povo e para o alcance dessa finalidade o Estado deveria ser o Direito e o Direito, a Lei. O modelo de Estado patenteado pelas Constituições oitocentistas tinha como travas mestras os princípios da separação de poderes e da legalidade¹⁰, como se pode mesmo comprovar pelo teor do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹¹.

Nesse contexto histórico em que Estado e Direito coincidiam na lei, era sem sentido o problema da justiça ou injustiça do direito; as intenções axiológico-normativas, fruto da razão humana, seriam de responsabilidade exclusiva do legislador e

⁷ Jellinek, Georg. *Teoría general del Estado*, Tradução de Fernando de los Ríos, Ciudad del México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 534.

⁸ Novais, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 87.

⁹ Jellinek, Georg. *Teoría general del Estado*, Tradução de Fernando de los Ríos, Ciudad del México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 528.

¹⁰ Enterría, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2006, p. 47.

¹¹ É o teor do dispositivo: “Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não está em segurança, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.

o direito era para o jurista apenas objeto de conhecimento¹². As primeiras Constituições, embora reguladoras dos elementos essenciais do Estado, não eram vistas como leis magnas nem eram tidas como o fundamento normativo das leis; eram um mero compromisso, muito mais formal do que material, muito mais político do que jurídico.

O tempo, entretanto, ensinou que o legislador, absolutamente só, ainda que tendo em mãos instrumento tão poderoso como a lei, não era capaz de suplantar a pobreza e a desigualdade que continuavam a assombrar a sociedade mesmo após o fim das monarquias absolutas. Percebeu-se que uma ordem de direitos que, embora prevista na Constituição, não gozasse de real efetividade, seria como a rosa de Saint-Exupéry: beleza e odor esplendorosos que não eram capazes de trazer a paz que deles se esperava. E assim, quando se deu conta de que o direito-lei não era condição suficiente para a realização da justiça para toda a sociedade¹³, evidenciou-se o esgotamento do modelo liberal de Estado e a necessidade de cisão entre o direito e a lei, com todas as implicações demandadas por essa nova realidade.

Tornou-se, então, premente o fortalecimento da Constituição e da ordem de valores que ela consagrava, pois, para utilizar a célebre fórmula de Herbert Krüger, se antes os direitos fundamentais só valiam no âmbito da lei, hoje as leis só poderiam valer no âmbito dos direitos fundamentais¹⁴. E a valorização da Constituição e de sua força normativa veio acompanhada do recrudescimento do controle do poder judiciário – antes nulo – sobre os demais poderes do Estado. Afinal, se o valor de uma medição depende da medida com que se mede, à densificação dos direitos fundamentais, que passaram a vincular inclusive o legislador, haveria que haver um proporcional aumento do controle sobre a lei¹⁵; se a mudança da lei era inevitável¹⁶, o seu contrapeso deveria ser uma força que se preocupasse com a ordem de valores estabelecida pela

¹² Neves, A. Castanheira. *Lições de introdução ao estudo do Direito*, Coimbra, Coimbra, 1968-1969, p. 68.

¹³ Neves, A. Castanheira. *Lições de introdução ao estudo do Direito*, Coimbra, Coimbra, 1968-1969, p. 72.

¹⁴ Conforme citação de Bachof, Otto. *Jueces y Constitución*, Tradução de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Civitas, 1985, p. 41.

¹⁵ Bachof, Otto. *Jueces y Constitución*, Tradução de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Civitas, 1985, p. 42.

¹⁶ Sobre a mudança da lei, a doutrina costuma ressaltar que, embora inicialmente já ostentasse caráter político, mudou através dos tempos para se transformar eminentemente em instrumento de política dos governos. Deixou a lei de representar a razão humana para se transformar no fruto dos acordos entre maiorias e minorias parlamentares, em muitos casos desligada da garantia de direitos que a deveria caracterizar. Essa também foi uma das razões pelas quais se tornou imprescindível um maior controle do poder judiciário sobre a lei.

Constituição, gozando de autoridade e assegurando a paz social, e essa força somente poderia ser o poder judiciário¹⁷.

E assim, a partir da substituição do modelo de Estado liberal pelo modelo de Estado social, acompanhada do crescimento da função jurisdicional para proteção dos cidadãos contra o Estado¹⁸, iniciaram-se as discussões acerca da legitimidade da atuação do poder judiciário. Isso porque, se no modelo liberal clássico de separação de poderes a regulação das relações entre cidadãos e Estado dava-se pela distribuição funcional das competências entre os poderes do Estado – as decisões judiciais orientando-se ao passado, as decisões legislativas tomando em conta o futuro e as decisões administrativas fazendo frente aos problemas atuais¹⁹ –, com o advento do Estado social e a remoralização da argumentação jurídica houve imensa ampliação do âmbito das decisões judiciais e do poder da Justiça, o que passa a representar para alguns uma ameaça ao equilíbrio do Estado clássico de direito²⁰.

Uma primeira ressalva, porém, é imprescindível para que as discussões sobre a legitimidade da atuação do poder judiciário não se percam em acusações vazias de fundamento: toda reflexão sobre o tema deve partir da premissa de que a atuação do juiz como controlador do legislador, embora represente inegável mudança em relação à atuação dos poderes concebida pelas mentes liberais, não representa de per si qualquer ofensa à separação de poderes nos dias atuais. Afinal, como explica Otto Bachof, não existe nenhum esquema patenteado de separação de poderes aplicável em todo lugar e sempre; o conteúdo essencial da separação de poderes que deve ser respeitado em todo canto é o de impedir a concentração e o abuso do poder, de sorte que são as condições sociais e políticas concretas de uma época e de um povo que determinam o modelo adequado de separação de poderes para alcançar esse fim²¹. A separação de poderes, não sendo o primeiro nem o único esquema para o controle do poder compatível com o

¹⁷ Bachof, Otto. *Jueces y Constitución*, Tradução de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Civitas, 1985, p. 54.

¹⁸ Cappelletti, Mauro. *The “mighty problem” of judicial review and the contribution of comparative analysis*, in *Southern California Law Review*, 53, 1979-1980, p. 438.

¹⁹ 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, Madrid, Trotta, 1998, p. 318.

²⁰ 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, Madrid, Trotta, 1998, p. 319.

²¹ Bachof, Otto. *Jueces y Constitución*, Tradução de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Civitas, 1985, p. 58.

constitucionalismo moderno, tampouco é imutável e sim suscetível de várias interpretações que o enriquecem em cada nova situação histórica que se lhe apresenta²².

A admissão, sem maiores problemas, de que as análises políticas do legislador encontrem seu contraponto nas análises jurídicas do juiz nos Estados de Direito contemporâneos sem perturbação da separação de poderes²³ não deslegitima, entretanto, a preocupação dos juristas ante à saliência do poder judiciário nas últimas décadas, fenômeno que, em maior ou menor medida, já se espalhou por todo o mundo ocidental. E o desassossego se justifica porque, embora o compartilhamento orgânico entre as funções e os órgãos do Estado seja legítimo, deve sempre restar um núcleo essencial da função que não é passível de ser exercido senão pelo poder competente, sob pena de interferência indevida na esfera de competência de outro poder²⁴.

Diversos são os casos apontados como de pretensa invasão das competências dos poderes executivo e legislativo pelo poder judiciário, mas a hipótese em que as relações entre os poderes alcança talvez o grau máximo de tensão reside na atuação de controle abstrato de constitucionalidade de normas pelas Cortes Constitucionais, em especial nas situações limite em que, não sendo aptas a resolver os anseios sociais nem a declaração de simples inconstitucionalidade nem a declaração de simples constitucionalidade, a Corte vê-se diante da escolha entre uma atuação ativista – e potencialmente ofensiva à separação de poderes – ou uma atuação passivista – e possivelmente desprestigiada aos direitos fundamentais.

Esse é o pano de fundo da investigação que se empreende neste trabalho e, dentre os vários caminhos que o estudo do tema pode trilhar, optou-se em abordar a questão das sentenças com efeitos aditivos, sob a perspectiva da separação de poderes. Para delimitar ainda mais o objeto – uma vez que o espaço disponível nesse sede não comportaria, a um só tempo, uma abordagem horizontalmente e verticalmente vasta –, o foco do estudo direcionou-se às sentenças com efeitos aditivos proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, já que nessas hipóteses é que a presença do efeito *erga omnes* da decisão alça a tensão entre o legislador e o Tribunal Constitucional ao seu grau máximo.

²² Miranda, Jorge. *Ciência política – formas de governo*, Pedro Ferreira, Lisboa, 1996, p. 95.

²³ Neves, A. Castanheira. *Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 130º ano, 3883, 1998, p. 297.

²⁴ Ramos, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 116.

A questão central que se levanta acerca das sentenças com efeitos aditivos é a de saber se e quando ultrapassam a “linha demarcatória da função jurisdicional em detrimento da função legislativa”²⁵, caracterizando desvio no exercício da jurisdição pela desnaturação substancial de sua atividade. Diante da atuação tendencialmente pró-ativa das Cortes Constitucionais nos Estados de Direito contemporâneos – como é o caso, *e.g.*, do Supremo Tribunal Federal no Brasil – posicionam-se na ordem do dia os questionamentos acerca da legitimidade dessa mesma atuação e ganham relevância todos os estudos que busquem encontrar o ponto de equilíbrio no exercício das funções estatais, razão pela qual se justifica a escolha do tema deste trabalho.

O método adotado para a pesquisa foi o técnico-jurídico, pois a análise que se pretende fazer das sentenças com efeitos aditivos, sua legitimidade e sua compatibilidade à luz do princípio da separação de poderes não se fixa na filosofia ou na sociologia dos conceitos envolvidos, mas eminentemente na dogmática jurídica.

O percurso do estudo inicia-se com o tratamento da Justiça Constitucional, especialmente as circunstâncias e importância de sua criação, bem como os questionamentos de legitimidade de atuação que são levantados a partir de sua principal função: o controle de constitucionalidade das normas.

Ultrapassada essa fase, o momento será de dedicação às sentenças com efeitos aditivos, que serão conceituadas, classificadas e discutidas no que tange ao seu pertencimento à função jurisdicional e à sua compatibilidade com o princípio da separação de poderes.

A concretização das discussões teóricas dos primeiros capítulos será, finalmente, complementada com a análise da atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro e do Tribunal Constitucional português no controle abstrato de constitucionalidade de normas com o fim de identificar a senda que trilha a jurisprudência sobre o assunto e confrontá-la com a parte dogmática do estudo.

Por fim, serão apresentadas as conclusões emergidas a partir das pesquisas e reflexões realizadas a pretexto do estudo.

²⁵ Ramos, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 116.

2. Justiça Constitucional

A Justiça Constitucional pode ser sumariamente definida como conjunto dos órgãos e procedimentos estatais de natureza jurisdicional destinados ao controle da constitucionalidade da atuação dos poderes do Estado²⁶, gozando, em geral, de cinco ramos de competência, a saber, controle de leis e atos normativos do poder público; proteção dos direitos fundamentais; controle das regras da democracia representativa e participativa; controle do bom funcionamento do poder público; e equilíbrio da federação²⁷.

Dentre as inúmeras funções que à Justiça Constitucional pode atribuir cada ordenamento jurídico sob a égide constitucional, aquela que lhe é mais característica e que também lhe ocasiona as maiores contestações de legitimidade é a função de controle abstrato de constitucionalidade²⁸. Embora seja bem verdade que a comparação entre normas jurídicas em busca do fundamento de validade de cada uma delas naquela que lhe seja hierarquicamente superior não é ideia estranha ao mundo jurídico, no caso do controle abstrato de constitucionalidade há uma peculiaridade que incita árdua discussão jurídica e filosófica sobre a legitimidade da atuação da Justiça Constitucional, que é o caráter muito indeterminado e rigorosamente ideológico da norma de parâmetro (Constituição) e a acentuada legitimidade democrática que caracteriza a formação da norma controlada (lei)²⁹.

Assim, o questionamento da legitimidade da atuação da Justiça Constitucional geralmente se reconduz a uma contraposição nevrálgica entre ela própria e o princípio democrático e a uma possível restrição injustificada à vontade da maioria pela atuação de órgão jurisdicional. São a essas indagações de legitimidade e limites da Justiça Constitucional que serão dedicadas as reflexões dos próximos tópicos, com o objetivo de demonstrar que a Justiça Constitucional não só não é fator de desprestígio da

²⁶ Mesa, Glória Patricia Lopera. *La problemática legitimidad de la justicia constitucional*, in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 5, 2001, p. 228.

²⁷ Moraes, Alexandre de. *Legitimidade da Justiça Constitucional*, in Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, 4, 1, jan/jul 2006, p. 313.

²⁸ Apenas a título elucidativo, vale a pena dizer que o Tribunal Constitucional ou o órgão que lhe faz as vezes exerce, em cada país, inúmeras outras funções ademais da função de controle de constitucionalidade, como inclusive já mencionado anteriormente. A ênfase que se dá à função de controle de constitucionalidade justifica-se não só porque foi essa a que justificou a criação da Justiça Constitucional, mas especialmente porque é ela que tem relevância na sede deste trabalho.

²⁹ Mesa, Glória Patricia Lopera. *La problemática legitimidad de la justicia constitucional*, in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 5, 2001, p. 229.

democracia, mas é-lhe, sim, imprescindível e contribui essencialmente para o seu reforço.

2.1. Aspectos gerais

A manifestação pela necessidade de controle de constitucionalidade das leis apareceu por primeira vez nos Estados Unidos³⁰ a partir dos argumentos apresentados pelo juiz John Marshall no famoso precedente *Marbury v. Madison* de 1803³¹. O surgimento de uma Justiça Constitucional destinada especificamente ao controle abstrato de constitucionalidade, entretanto, deu-se no continente europeu apenas no início do século XX fundada na construção doutrinária do legislador negativo de Hans Kelsen.

Partindo da análise do entendimento da doutrina tradicional, que confundia lei e Direito e, bem por isso, via como paradoxal a proposta de conformação do Direito pelo Direito, Hans Kelsen dele se aparta para defender que todos os atos do Estado são simultaneamente de aplicação e de criação do Direito e, por isso, a Constituição só seria garantida eficazmente se também as leis estivessem a ela submetidas³².

O professor de Viena observa ainda que a evolução que transformou as Constituições de regra apenas de processo – organização do Estado e regulação do processo legislativo – em regra também de fundo – preocupação com conteúdo das leis de acordo com os direitos fundamentais – tornou imprescindível que se passasse a

³⁰ Klaus Stern (*Génesis y evolución del constitucionalismo americano-europeo: algunos comentarios sobre aspectos fundamentales*, in *Jurisdicción constitucional y legislador*, Tradução de Alberto Ohling de los Reyes, Madrid, Dykinson, 2009, p. 152-153) alerta que, embora se veja na decisão da Suprema Corte de John Marshall a origem da *judicial review* e Marshall tenha realmente tido o mérito de transformar a *judicial review* em princípio fundamental do Direito Constitucional americano, essa decisão é fruto de um desenvolvimento que havia começado quase trinta anos antes no sistema jurídico inglês. Cita ainda Charles Howard McIlwain para dizer que a *judicial review* é tão antiga quanto o próprio constitucionalismo e sem ele não haveria podido sobreviver (p. 149).

³¹ Glória Patricia Lopera Mesa (*La problemática legitimidad de la justicia constitucional*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, 2001, p. 242) relata que as raízes da *judicial review* estadunidense encontram-se nos argumentos de Hamilton em O federalista e do juiz Marshall na sentença do caso *Marbury vs. Madison*, que podem ser sintetizados da seguinte maneira: a) o Parlamento é delegado do poder constituinte, de forma que toda a lei inconstitucional excede os limites do mandato e não pode ser válida; b) os Tribunais são corpo intermédio entre o povo e o legislador, devendo manter a estes nos limites fixados por aqueles; c) a interpretação das leis é competência própria dos Tribunais; d) se a Constituição é uma lei, cabe aos juízes interpretá-la; e) em caso de conflito entre lei e Constituição, é essa que deve prevalecer, pois a intenção do povo expressada nela é superior à intenção de seus agentes contida na lei; f) o poder dos juízes de inaplicar leis inconstitucionais não significa que sejam superiores ao Parlamento, mas apenas que o povo é superior a ambos e que os juízes devem ser governados pela vontade do povo e não pela vontade de seus representantes.

³² Kelsen, Hans. *A garantia jurisdiccional da Constituição (A Justiça Constitucional)*, in *Sub Judice – sociedade e justiça*, 20/21, janeiro/junho 2001, p. 9-10.

pensar na anulação de ato que contrariasse o conteúdo da Constituição³³. Embora a tentação fosse a de oferecer essa função de cassação ao próprio órgão elaborador da lei, a impossibilidade de uma vinculação real do Parlamento tornava essa resposta pouco indicada; o ideal talvez fosse deixar o controle de constitucionalidade da lei a cargo de um órgão diverso do Parlamento e independente dele – um Tribunal Constitucional³⁴.

O Tribunal Constitucional da concepção kelseniana, porém, não tinha qualquer atividade criadora no exercício do controle de constitucionalidade da lei. Sua atuação seria de legislador negativo, limitando-se a aplicar as normas da Constituição de forma a garantir sua obrigatoriedade. Assim, partindo do pressuposto de que o sentido atual da separação de poderes é o de equilíbrio das forças políticas e de controle recíproco dos poderes uns sobre os outros para o regular funcionamento dos órgãos do Estado, Hans Kelsen conclui que o estabelecimento de uma Justiça Constitucional, ademais de não entrar em conflito com a separação de poderes, contribui para sua afirmação³⁵.

O modelo austríaco de Hans Kelsen foi sem dúvida a inspiração de todo o controle abstrato de constitucionalidade que se desenvolveu ao redor do mundo³⁶ – ainda que com alguma relutância de países europeus³⁷ –, terminando por consagrá-lo como condição de valia político-jurídica da lei fundamental³⁸.

³³ Kelsen, Hans. *A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)*, in *Sub Judice – sociedade e justiça*, 20/21, janeiro/junho 2001, p. 12.

³⁴ Kelsen, Hans. *A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)*, in *Sub Judice – sociedade e justiça*, 20/21, janeiro/junho 2001, p. 19.

³⁵ Kelsen, Hans. *A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)*, in *Sub Judice – sociedade e justiça*, 20/21, janeiro/junho 2001, p. 19-20.

³⁶ Obviamente que, a partir do modelo concentrado austríaco e do modelo difuso estadunidense de controle de constitucionalidade, outros modelos com suas peculiaridades foram surgindo, como é o caso dos modelos concentrados alemão e italiano e dos modelos mistos de países da América do Sul, como o Brasil, e também de Portugal. Considerando que a sede deste trabalho não comporta uma exposição detalhada de todos os modelos de controle de constitucionalidade, remete-se à leitura de Pelicioli, Ângela Cristina. *A sentença normativa na jurisdição constitucional – o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo*, São Paulo, LTr, 2008, p. 68-90. No caso brasileiro e também no português, o controle concentrado de constitucionalidade inspirou-se no modelo alemão, já que, nesses países, optou-se não pela anulabilidade da lei inconstitucional, como em Áustria, mas pela nulidade absoluta da lei inconstitucional como nula e írrita (*null and void*) às disposições constitucionais.

³⁷ É o professor Jorge Miranda (*Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional*, in *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993)*, Coimbra, Coimbra, 1995, p. 91) que aponta as três principais razões da ausência de uma nítida consciência europeia de necessidade de garantia da Constituição: o otimismo que acredita na harmonia política e na força obrigatória das Constituições escritas; o fato de a Constituição não ser tomada como fundamento ou critério de validade das leis; o entendimento da lei como razão e não como vontade.

Contemporaneamente, pode-se reconhecer com tranquilidade a consagração da Justiça Constitucional como expressão do Estado de Direito³⁹, estabelecida com o fim especial de assegurar a supremacia da Constituição ao menos em três aspectos básicos – prevalência da Constituição como norma, funcionamento ideal da repartição de competências e preservação dos princípios e valores constitucionais⁴⁰ – e tendendo a expandir-se em força e em atribuições ao ritmo da evolução do Direito e dos ordenamentos jurídicos.

A escalada da Justiça Constitucional no interior dos Estados de Direito, embora tenha sido exitosa, não o foi sem diversos percalços. Impugnada desde sua gênese, a Justiça Constitucional se foi estabelecendo em meio à caída de seus ofensores e ao levante de novas oposições e novos opositores.

O motivo de tanta controvérsia? Basta verificar que a atuação da Justiça Constitucional fá-la adjudicadora do conflito entre duas legitimidades – a legitimidade prioritária da lei fundamental e a legitimidade derivada do legislador ordinário⁴¹ –, posicionando-a naturalmente na zona limítrofe entre o poder judicial e o poder legislativo. A natureza de seu poder é indubitavelmente jurisdicional, como se pode mesmo comprovar pela absoluta independência das Cortes Constitucionais de todo o poder político, pela sua sujeição a procedimentos que contemplem as garantias de um processo justo e racional e pela razoabilidade de suas decisões com suporte na Constituição ou em critérios jurídico-interpretativos do Direito⁴², mas as matérias que lhe vão à apreciação são no mais das vezes carregadas de politicidade e por isso suas decisões também têm grandes repercussões políticas que terminam por influenciar a vida de toda a sociedade.

³⁸ Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n. 9.868, de 10 de novembro e n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999)*, in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 5, 2001, p. 106.

³⁹ Kimminich, Otto. *A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes*, in Revista de Informação Legislativa, 27, 105, jan/jul 1990, p. 285.

⁴⁰ Alvarez, Lautaro Ríos. *Elementos fundamentales de la Justicia Constitucional*, in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 5, 2001, p. 322.

⁴¹ Moreira, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da Justiça Constitucional*, in Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993), Coimbra, Coimbra, 1995, p. 193.

⁴² Alvarez, Lautaro Ríos. *Elementos fundamentales de la Justicia Constitucional*, in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 5, 2001, p. 320.

Na medida em que a Justiça Constitucional, na defesa da Constituição e dos direitos fundamentais, toma para si a análise última de certas matérias e retira da maioria o poder de decidir determinados assuntos sobre os quais não se vota⁴³, passa a ser alvo de questionamentos sobre os limites da sua atuação que possibilitem a compatibilização da democracia (governo da maioria) com o Estado de Direito (supremacia das normas constitucionais, respeito aos direitos fundamentais e controle da atuação do Estado)⁴⁴.

2.2. Legitimidade do Tribunal Constitucional e separação de poderes: legislador negativo ou intérprete criativo?

A história do constitucionalismo através dos tempos tem-se caracterizado pelos paradoxos. A Constituição, nascida como mecanismo de contenção do poder, destinou-se no princípio à limitação do poder absoluto das monarquias em favor do povo e evoluiu para conter o poder da maioria do povo em favor das minorias⁴⁵; iniciou sua jornada como um instrumento de proteção formal e terminou por transformar-se em instrumento de busca da efetivação material de direitos fundamentais.

Nessas contraposições e superposições que marcaram a evolução do constitucionalismo e que acarretaram a emergência do poder judiciário como garantidor da Constituição veio implícito um rigoroso tensionamento entre legislação (majoritária) e jurisdição (contramajoritária), incrementado especialmente pela existência, de uma banda, de Constituições dotadas de força normativa a garantir direitos fundamentais e, de outra, de poderes do Estado compostos pela eleição da maioria e nem sempre dispostos ao cumprimento adequado de suas funções segundo os padrões ditados pela Constituição⁴⁶. E, ao que parece, essa tensão entre o poder judiciário e o poder legislativo não mostra tendências de arrefecer, particularmente no que diz respeito à Justiça Constitucional.

⁴³ Zagrebelsky, Gustavo. *Jueces constitucionales*, in Teoria del neoconstitucionalismo – ensayos escogidos, Madrid, Trotta/ Instituto de investigaciones jurídicas – UNAM, 2007, p. 101.

⁴⁴ Moraes, Alexandre de. *Legitimidade da Justiça Constitucional*, in Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, 4, 1, jan/jul 2006, p. 314.

⁴⁵ Streck, Lênio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 17.

⁴⁶ Streck, Lênio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 23.

O que parece óbvio é que a contestação da legitimidade da Justiça Constitucional no exercício do controle abstrato de constitucionalidade com base nos dogmas da soberania do parlamento e da separação de poderes em suas concepções clássicas não tem outra utilidade que não seja histórica. Afinal, já não há dúvidas de que a soberania do legislador cedeu passo à supremacia da Constituição e que o princípio da maioria não mais pode ser validamente utilizado para justificar a violação da Constituição pelos poderes do Estado⁴⁷.

A discussão não mais se pode resumir a saber se o poder judiciário deve ou não ser um poder nulo, na forma como concebido por Montesquieu, pois nos Estados de Direito contemporâneos o poder judiciário não só não é um poder nulo como é poder com funções de mais elevada importância no interior do Estado. A separação de poderes não é um dado que exista assim isoladamente, mas é um construído pela Constituição no interior do Estado; pode basear-se em concepções diversas em cada ordenamento jurídico e pode distribuir as funções entre os poderes também de acordo com as peculiaridades de cada sociedade, bastando que mantenha viva sua essência de contenção do arbítrio. A atribuição de maior importância ao poder judiciário não mais significa do que a maior demanda social pela efetivação de direitos e a necessidade de garantir a vinculação dos demais poderes à Constituição.

Tampouco é cabível discutir a legitimidade da Justiça Constitucional para efetuar o controle abstrato de constitucionalidade das leis, pois as Constituições instituem seus órgãos e determinam seus procedimentos exatamente com esse fim.

A legitimação da Justiça Constitucional reside, primordialmente, menos na ideia de unidade sistêmica do Direito⁴⁸ do que na ideia de um governo limitado⁴⁹. Afinal, se a Constituição deve ser o modelo de toda a atuação estatal, algum órgão no interior do Estado há que ser escalado como responsável pelo seu amparo em caso de desrespeito e, tendo em conta que a desconsideração dos ditames constitucionais parte em geral do

⁴⁷ Moreira, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da Justiça Constitucional*, in *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional* (Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993), Coimbra, Coimbra, 1995, p. 178.

⁴⁸ Esteves, Maria da Assunção. *Legitimação da Justiça Constitucional e princípio maioritário*, in *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional* (Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993), Coimbra, Coimbra, 1995, p. 132.

⁴⁹ Esteves, Maria da Assunção. *Legitimação da Justiça Constitucional e princípio maioritário*, in *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional* (Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993), Coimbra, Coimbra, 1995, p. 127.

poder político, a interpretação e salvaguarda da Constituição somente se poderia situar nas mãos de um órgão do poder judicial⁵⁰. O Tribunal, portanto, ao atuar como guardião da Constituição, funciona como garante da estabilidade e do desenvolvimento constitucional⁵¹ e, por isso, legitima-se na ideia de limitação do Estado pela Constituição e pelos direitos fundamentais.

Frequentemente, porém, a legitimidade da Justiça Constitucional é contestada por ser supostamente antidemocrática. O argumento é o de que a legitimidade do órgão legislativo para a elaboração da lei encontra-se tanto na origem – já que os membros do Parlamento são eleitos pelo povo para o fim de regular a vida social – quanto no procedimento – estabelecido constitucionalmente –, ao passo que o órgão judicial não cumpriria com nenhuma dessas condições para justificar a sobreposição de sua vontade sobre a vontade manifestada pelo povo por meio de seus representantes⁵². Poder-se-ia, então, concluir que o legislador, e não o juiz, estaria legitimado democraticamente para definir o conteúdo das leis⁵³.

Glória Patricia Lopera Mesa, porém, argutamente observa o fato de que, se “mesmo aqueles que defendem a superioridade epistêmica e ética da democracia terminam por confiar aos juízes a guarda das condições de existência daquele procedimento (legislativo)”, talvez não falte à atividade jurisdicional as condições de legitimidade de que sentem falta os pretensos defensores da democracia⁵⁴.

De fato, não faltam condições de legitimidade para a atuação da Justiça Constitucional no controle de constitucionalidade das leis, pois a acusação de que seria antidemocrática não passa de mais um daqueles casos em que a utilização de uma concepção clássica sem as devidas adaptações não mais se justifica na resolução de problemas contemporâneos.

⁵⁰ Stern, Klaus. *Jurisdicción constitucional y legislador*, in *Jurisdicción constitucional y legislador*, Tradução de Alberto Ohling de los Reyes, Madrid, Dykinson, 2009, p. 36.

⁵¹ Stern, Klaus. *Jurisdicción constitucional y legislador*, in *Jurisdicción constitucional y legislador*, Tradução de Alberto Ohling de los Reyes, Madrid, Dykinson, 2009, p. 37.

⁵² Mesa, Glória Patricia Lopera. *La problemática legitimidad de la justicia constitucional*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, 2001, p. 250.

⁵³ Hoecke, Mark Van. *Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation*, in *Ratio Juris*, 14, 4, December 2001, p. 416.

⁵⁴ Mesa, Glória Patricia Lopera. *La problemática legitimidad de la justicia constitucional*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, 2001, p. 250.

A democracia não pode ser atualmente encarada apenas como prevalecimento da vontade da maioria, devendo-se incluir em seu conceito a proteção dos direitos fundamentais de todos os indivíduos no interior do Estado, sejam membros de maiorias, sejam membros de minorias⁵⁵.

Seguindo a proposta de Mark Van Hoecke, deve-se encarar o problema da legitimação das decisões judiciais de um ponto de vista circular (material) e não de uma perspectiva linear (formal)⁵⁶. O jurista rememora que, em abordagem linear vertical, a base da democracia reside na reação histórica contra os reis e juízes, que não gozavam de legitimidade nem formal nem material em suas escolhas; no século XX, porém, percebeu-se que o entendimento de que apenas a lei era instrumento da democracia não era suficiente para eliminar as discriminações, supressões e eliminação de minorias que ainda persistiam no seio da sociedade. A resposta a esse novo anseio foi a transformação das relações entre cortes e legisladores, que passou de linear a circular, caracterizada pela predominância ou inferioridade entre juízes e legisladores: o poder da Corte Constitucional é determinado pelo legislador (constituente), mas a Corte Constitucional é quem dá a palavra final na interpretação da Constituição e o âmbito de legislação é determinado também pela Corte⁵⁷.

Essa circularidade, ao contrário de constituir falha do sistema, representaria o desenvolvimento de um novo conceito de legitimação democrática, tomando em consideração que a lei está em constante elaboração, adaptação e desenvolvimento na prática legal e judicial⁵⁸. Diante das novas circunstâncias não seria mais bastante a existência de lei formalmente legitimada e desprovida de conteúdo democrático, sendo mais valorosa para a sociedade uma decisão judicial que, ainda que não emanada dos

⁵⁵ Ressaltando a atuação das Cortes Constitucionais europeias nessa seara e com exemplos, ver Cappelletti, Mauro. *The “mighty problem” of judicial review and the contribution of comparative analysis*, in *Southern California Law Review*, 53, 1979-1980, p. 422-423.

⁵⁶ Hoecke, Mark Van. *Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation*, in *Ratio Juris*, 14, 4, December 2001, p. 417.

⁵⁷ Hoecke, Mark Van. *Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation*, in *Ratio Juris*, 14, 4, December 2001, p. 418.

⁵⁸ Hoecke, Mark Van. *Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation*, in *Ratio Juris*, 14, 4, December 2001, p. 419.

eleitos pelo povo, fosse preenchida pelo juiz com conteúdo substancialmente democrático⁵⁹.

O controle do conteúdo da lei por órgão judicial, portanto, não ofende a uma concepção de democracia contemporânea que abarca a proteção da vontade de maiorias e minorias – ambas titulares de direitos fundamentais.

Poder-se-ia, então, indagar de onde se retira a legitimidade do poder judiciário, se certamente não provém da escolha de seus membros integrantes pelo povo – e logicamente do sufrágio não poderia mesmo provir se se quisesse manter um mínimo de independência e imparcialidade dos órgãos do poder judiciário. A resposta a essa questão de legitimação do controle judicial sobre a atuação legislativa no novo modelo democrático encontra-se no procedimento judicial e na comunicação deliberativa.

O procedimento judicial legitima o órgão jurisdicional porque vem previsto em lei para assegurar e exigir condições de imparcialidade e regularidade imprescindíveis à validade da decisão judicial⁶⁰; é um dos sustentáculos da legitimidade da Justiça Constitucional na medida em que representa as relações de complementariedade entre democracia e Estado de Direito⁶¹.

A comunicação deliberativa, por sua vez, quer proporcionar o conhecimento e a discussão das decisões judiciais por todos aqueles que são por elas atingidos⁶² e é justamente na exigência da fundamentação dos posicionamentos defendidos pelo órgão jurisdicional e na importância da aceitação popular de suas decisões que reside a legitimidade da atuação da Justiça Constitucional⁶³. O juiz constitucional confere

⁵⁹ Hoecke, Mark Van. *Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation*, in *Ratio Juris*, 14, 4, December 2001, p. 416.

⁶⁰ Mesa, Glória Patricia Lopera. *La problemática legitimidad de la justicia constitucional*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, 2001, p. 250.

⁶¹ Moraes, Alexandre de. *Legitimidade da Justiça Constitucional*, in *Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, 4, 1, jan/jul 2006, p. 314.

⁶² Mark Van Hoecke (*Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation*, in *Ratio Juris*, 14, 4, December 2001, p. 420-421) fala da existência de cinco círculos comunicativos no desenvolvimento da comunicação deliberativa. O primeiro círculo seria formado pelas partes do processo, que ficariam convencidas pela argumentação judicial; o segundo círculo é alcançado quando as partes, não convencidas com o argumento da primeira instância, recorrem ao tribunal em busca de uma nova decisão; o terceiro círculo consiste na análise do caso por juristas quando a questão apresenta relevância acadêmica; o quarto círculo consiste na divulgação do caso pelos meios de comunicação; o quinto círculo, por fim, representa a discussão do caso pela sociedade.

⁶³ Moraes, Alexandre de. *Legitimidade da Justiça Constitucional*, in *Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, 4, 1, jan/jul 2006, p. 314.

legitimidade a seus posicionamentos e interpretações na medida em que adere aos valores constitucionais e garante a fidelidade à causa pública e a estabilidade do regime e das instituições do Estado⁶⁴.

Na senda da teoria da sociedade aberta dos intérpretes constitucionais, de Peter Häberle, a legitimidade da Justiça Constitucional encontrar-se-ia não na verdade, mas no consenso, funcionando a Corte como fator de estabilização do sistema democrático e prestando-se à preservação do equilíbrio entre os poderes do Estado. O papel da Justiça Constitucional, apesar de contramajoritário, não seria de forma alguma antidemocrático, pois sua atuação serviria justamente para permitir que os conflitos de índole constitucional pudessem ser resolvidos judicialmente sem que desembocassem em conflitos sociais de maior amplitude e gravidade⁶⁵.

O que se precisa entender é que, ao defender a Justiça Constitucional, não se pretende negar a necessidade de que a feitura das normas que regem a vida social seja confiada a um poder constituído e exercido pelos representantes do povo e, com isso, negar a própria democracia. Quer-se apenas demonstrar que, da mesma forma que não se pode querer um poder judicial como opositor do poder legislativo, crer que o sufrágio universal de per si garante o caráter democrático de todas as decisões futuramente tomadas pelos órgãos do poder é, para dizer o mínimo, ingenuidade. O caráter democrático da decisão depende da sua correspondência à vontade da maioria, mas funda-se em igual medida na existência de conteúdo democrático que se traduza em respeito aos direitos fundamentais da maioria e da minoria. A Justiça Constitucional e a decisão da maioria são, portanto, dois processos de desenvolvimento da democracia, cada um com sua própria racionalidade⁶⁶.

Assim, a discussão sobre a Justiça Constitucional não é uma discussão sobre sua legitimidade. A discussão sobre a Justiça Constitucional é uma discussão sobre os seus

⁶⁴ Bonavides, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*, in Revista de Estudos Avançados, 18, 51, maio/agosto 2004, p. 132.

⁶⁵ Mendes, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – estudos de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 466-469.

⁶⁶ Brito, José de Sousa e. *Jurisdição constitucional e princípio democrático*, in Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993), Coimbra, Coimbra, 1995, p. 42-43.

limites⁶⁷, é a colocação da questão de saber qual o limite do exercício da jurisdição constitucional de forma a disponibilizar-lhe instrumentos para atuar compativelmente às necessidades do Estado contemporâneo sem que se agigante de tal maneira que suplante os demais poderes em tamanho e importância e ofenda, assim, a separação de poderes.

De início, é preciso avisar que esse não é um problema que possa ser solvido de forma pronta ou simples. Mauro Cappelletti alerta que é tarefa impossível encontrar uma linha abstrata que delimite até onde vai a legitimidade do controle de constitucionalidade; ainda que reconhecendo a existência de doutrina discordante⁶⁸, o jurista afirma seguramente que a solução do problema deverá ser sempre relativa, a depender das contingências variáveis de cada sociedade⁶⁹.

A instabilidade dos limites da Justiça Constitucional poderia ser atribuída, de forma mais genérica, à extensão das competências dos Tribunais Constitucionais, ao alargamento do Direito Constitucional e à escolha livre de procedimentos conducentes ao resultado desejado⁷⁰. O maior de todos os problemas, porém, certamente é o caráter aberto e ambíguo das disposições constitucionais – especialmente daquelas que conformam direitos fundamentais – que, aliado à inexistência de métodos de interpretação seguros, possibilita diversas interpretações divergentes de uma mesma disposição constitucional⁷¹. O resultado do impasse é o levante de objeções não contra a norma constitucional, mas contra as Cortes Constitucionais e as interpretações que

⁶⁷ Esteves, Maria da Assunção. *Legitimação da Justiça Constitucional e princípio maioritário*, in *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional* (Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993), Coimbra, Coimbra, 1995, p. 132.

⁶⁸ A exemplo de Ely, John Hart. *Democracy and distrust – a theory of judicial review*, Cambridge, Massachusetts and London, Harvard University Press, 1980, p. 43-72.

⁶⁹ Cappelletti, Mauro. *The “mighty problem” of judicial review and the contribution of comparative analysis*, in *Southern California Law Review*, 53, 1979-1980, p. 410.

⁷⁰ Canotilho, J. J. Gomes. *A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional*, in *Nos dez anos da Constituição*, Organização de Jorge Miranda, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987, p. 352.

⁷¹ Diversos são os juristas que, tendo em conta ordenamentos jurídicos também diferentes, apercebem-se dessa questão, demonstrando a generalidade do problema. É o caso, *e.g.*, de Canotilho, J. J. Gomes. *A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional*, in *Nos dez anos da Constituição*, Organização de Jorge Miranda, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987, p. 352; Mendes, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – estudos de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 461; Sunstein, Cass R. *The legitimacy of Constitutional Courts: notes on theory and practice*, in *East European Constitutional Review*, 6, 1997, p. 62.

conferem à Constituição, geralmente sob o argumento de que extrapolariam os limites da função jurisdicional e violariam a separação de poderes com sua conduta ativista⁷².

No atual estágio de desenvolvimento da dogmática jurídica parece ainda impossível alcançar o exato equilíbrio e moderação naquele que é ainda o ponto nevrálgico na fronteira das funções do primeiro e do terceiro poder⁷³, visto que é justamente na função de controle de constitucionalidade que a atuação jurisdicional é em maior medida axiológica, dinâmica, oscilante entre direito e política e, por tudo isso, controversa⁷⁴.

O esforço do jurista, porém, deve ser no sentido de conferir o máximo de racionalidade às relações entre o poder legislativo e o poder judiciário para proporcionar estabilidade social. Nesse sentido, construção das mais interessantes é apresentada por Gomes Canotilho que, em análise das tensões entre legislador e juiz sob uma perspectiva de competência dos órgãos constitucionais, defende que cada função deve ser exercida pelo órgão mais legitimado a tomar decisões eficientes, segundo procedimentos justos, e de forma apta a suportar a responsabilidade pelos resultados de suas decisões⁷⁵.

O professor de Coimbra explica que, na teoria, as funções do Tribunal Constitucional e do legislador são facilmente apartáveis: o Tribunal Constitucional tem função de controle, ao passo que o legislador tem função de atuação na produção de normas jurídicas. Na prática, porém, a separação não é tão simples pelo fato de que as atividades do Tribunal Constitucional e do legislador concorrem na concretização das mesmas normas constitucionais, que atuam ora como normas de controle ora como normas de atuação, não havendo critérios para diferenciar material e funcionalmente as duas modalidades de atividades concretizadoras⁷⁶.

⁷² Sunstein, Cass R. *The legitimacy of Constitutional Courts: notes on theory and practice*, in *East European Constitutional Review*, 6, 1997, p. 62.

⁷³ Stern, Klaus. *Jurisdicción constitucional y legislador*, in *Jurisdicción constitucional y legislador*, Tradução de Alberto Ohling de los Reyes, Madrid, Dykinson, 2009, p. 39.

⁷⁴ Bonavides, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*, in *Revista de Estudos Avançados*, 18, 51, maio/agosto 2004, p. 128.

⁷⁵ Canotilho, J. J. Gomes. *A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional*, in *Nos dez anos da Constituição*, Organização de Jorge Miranda, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987, p. 351.

⁷⁶ Canotilho, J. J. Gomes. *A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional*, in *Nos dez anos da Constituição*, Organização de Jorge Miranda, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987, p. 353.

Sem maiores rodeios, Gomes Canotilho aponta como questão central dos limites da atuação da Justiça Constitucional a de saber qual entendimento merece prevalecer quando os dois órgãos concretizadores da Constituição chegam a resultados diversos na realização do justo jurídico-constitucional. E também sem tergiversar responde que, se as teorias otimizadoras – entendidas como aquelas que admitem a atuação do juiz como compensador dos défices legais – não logram fornecer parâmetros concretos para o estabelecimento de limites minimamente racionais entre as funções jurisdicional e legislativa, a resposta mais adequada talvez passe pela *political question doctrine* estadunidense⁷⁷. Assim, a Corte Constitucional teria sua atuação demandada até o limite em que não interfira em matérias que são eminentemente políticas; a partir desse ponto, o órgão jurisdicional deve pautar-se na generalidade dos casos pela autocontenção (*self-restraint*), respeitando a prevalência da interpretação constitucional realizada pelo legislador⁷⁸.

O que se pode inferir de tudo isso é que a discricionariedade judicial é, de fato, um dado intransponível, como já houvera concluído Gustavo Zagrebelsky⁷⁹. Afinal, seria inadmissível que, no interior de Estados de Direito cujo ordenamento jurídico é capitaneado por Constituições dotadas de força normativa, se pretendesse que o poder judiciário ficasse acorrentado à letra da lei sem possibilidade de desvendar mais a fundo o conteúdo das disposições constitucionais que garante e aplica, se quisesse que a Justiça Constitucional cumprisse o papel de mero legislador negativo ainda quando ciente de que uma decisão absoluta de sua parte seria capaz de gerar efeitos sociais nefastos.

O fundamental para alcançar essa conclusão é perceber que o que caracteriza uma Corte Constitucional como órgão jurisdicional não é a ausência de criatividade, mas o desenvolvimento imparcial de suas atividades na adjudicação dos casos que lhe

⁷⁷ Em sentido contrário, Vital Moreira (*Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da Justiça Constitucional*, in *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional* (Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993), Coimbra, Coimbra, 1995, p. 194-195) entende que o conceito de autolimitação é intrinsecamente contraditório e insuscetível de fundamentação razoável, pois ou o legislador não violou a Constituição e não há que falar em autolimitação do juiz constitucional, ou o legislador atuou numa área constitucionalmente indisponível e nesse caso a autolimitação significaria renúncia pelo Tribunal de suas funções.

⁷⁸ Canotilho, J. J. Gomes. *A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional*, in *Nos dez anos da Constituição*, Organização de Jorge Miranda, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987, p. 365.

⁷⁹ Zagrebelsky, Gustavo. *Jueces constitucionales*, in *Teoría del neoconstitucionalismo – ensayos escogidos*, Madrid, Trotta/ Instituto de investigaciones jurídicas – UNAM, 2007, p. 96.

chegam, independentemente de pressões externas, especialmente as pressões políticas⁸⁰. A Justiça Constitucional, ao passo que também detém a função de concretizar a Constituição, funciona como uma espécie de “fideicomissária do poder constituinte”, com o encargo de assegurar a aplicabilidade sempre atual dos princípios constitucionais e o respeito dos demais poderes às suas órbitas de competência determinadas pela Constituição⁸¹.

A discricionariedade judicial, entretanto, não se confunde de forma alguma com a discricionariedade legislativa; a primeira deve ter âmbito sempre mais restrito que a última, impedindo que a Corte Constitucional arvore-se em legislador por entender que, se fosse sua a incumbência de inovar do ordenamento jurídico, faria de forma diferente da que o legislador fez ou simplesmente faria quando o legislador não o fez.

A discricionariedade judicial, na lição de Elival da Silva Ramos, “corresponde à liberdade de escolha que se defere ao juiz diante de possibilidades exegéticas consistentes, florescendo no espaço que os balizamentos normativos autorizam o julgador a se movimentar, porém com a sensível diferença de que o controle, nesse caso, compete ao próprio órgão ao qual foi deferido o poder discricionário, o que não significa que possa, em harmonia com o sistema, tudo fazer”⁸². Os limites da discricionariedade judicial não se encontram, portanto, nos procedimentos formais⁸³, mas nos limites substanciais impostos pelo próprio Direito, pela própria Constituição⁸⁴.

A Justiça Constitucional, portanto, pode e deve ser criativa em sua interpretação das normas constitucionais ao construir uma resposta à demanda que se lhe apresenta, mas deve também manter-se dentro do marco de possibilidades substanciais que lhe

⁸⁰ Cappelletti, Mauro. *The “mighty problem” of judicial review and the contribution of comparative analysis*, in *Southern California Law Review*, 53, 1979-1980, p. 437.

⁸¹ Valle, Rubén Hernández. *El principio democrático como límite de la jurisdicción constitucional*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 88, 229, jan/abril 1997, p. 229.

⁸² Ramos, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 308.

⁸³ Nesse mesmo sentido, Georg Jellinek (*Teoría general del Estado*, Tradução de Fernando de los Ríos, Ciudad del México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 543) afirma que não são considerações de “beleza arquitetônica” as que determinam a ordem real do Estado, mas considerações acerca de seus fins, as quais trazem consigo muitas vezes desvios, inclusive de regras expressamente reconhecidas.

⁸⁴ Ramos, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 308. Posicionamento semelhante é apresentado por Stern, Klaus. *Jurisdicción constitucional y legislador*, in *Jurisdicción constitucional y legislador*, Tradução de Alberto Ohling de los Reyes, Madrid, Dykinson, 2009, p. 42.

confere a Constituição⁸⁵. A criatividade na interpretação do Tribunal Constitucional deve pautar-se pelos ditames constitucionais, cumprindo e fazendo cumprir o texto constitucional naquilo que ele definiu e quis garantir aos cidadãos; não há, porém, legitimidade para fazer escolhas políticas, para tomar as decisões naquele âmbito de discricionariedade que a Constituição reservou justamente ao legislador, pretendendo-se um oráculo do Estado Democrático de Direito⁸⁶.

⁸⁵ Mesa, Glória Patricia Lopera. *La problemática legitimidad de la justicia constitucional*, in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 5, 2001, p. 247.

⁸⁶ Palma, Maria Fernanda. *O legislador negativo e o intérprete da Constituição*, in O Direito, 140º ano, III, 2008, p. 524.

3. Sentenças com efeitos aditivos

As sentenças com efeitos aditivos são os bons frutos da metamorfose por que passou o poder judiciário no interior do Estado de Direito contemporâneo. Fundadas na crescente preocupação das Cortes Constitucionais com os efeitos colaterais de suas decisões⁸⁷, as sentenças com efeitos aditivos representam a consciência dos órgãos da Justiça Constitucional de que seu objetivo de garantir a força normativa da Constituição seria efetivamente cumprido apenas se providenciassem a tutela material dos direitos fundamentais.

A Justiça Constitucional, embora concebida com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade das leis que não se apresentassem acordantes com a Constituição, apercebeu-se que a declaração ou a rejeição simples da inconstitucionalidade não eram capazes de resolver satisfatoriamente e sempre as questões sociais que constituíam o pano de fundo da lei controlada. Em muitos casos, a tutela de princípios estruturantes da Constituição – segurança jurídica, igualdade, proporcionalidade, proteção de confiança – demandava não uma resposta absoluta, mas uma resposta intermediária entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade, uma resposta entre o respeito à função legislativa e a garantia dos direitos fundamentais.

E foi nesse mote de rearranjo do equilíbrio entre as funções do Estado para a salvaguarda da Constituição que se desenvolveram as sentenças com efeitos aditivos. Suas reconhecidas boas intenções, porém, não a deixam a salvo de críticas da doutrina que vê em qualquer atuação das Cortes Constitucionais que extrapole o paradigma do legislador negativo uma ameaça ao princípio da separação de poderes.

O caminho, como de costume, deve ser o da temperança. Assim como não se quer um Tribunal por demais poderoso, necessita-se de um juiz protetor dos direitos fundamentais⁸⁸; assim como se necessita de um juiz protetor dos direitos fundamentais, não se quer um Tribunal por demais poderoso. O objetivo, portanto, será o de identificar as sentenças com efeitos aditivos para estudar os limites de sua admissibilidade em consonância com o respeito pelas funções legislativas.

⁸⁷ Morais, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentativa do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 248.

⁸⁸ Montelobo, Sofia. *A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controle de constitucionalidade por ação*, in *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional – estudos luso-brasileiros de Direito Público*, Coordenação de Carlos Blanco de Morais, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 170.

3.1. Origens

O termo “sentença aditiva” surgiu na doutrina italiana cunhado por Carlo Lavagna no artigo *Sulle sentenze additive della Corte Costituzionale* e foi por ele definido como o efeito normativo mais amplo do que o da própria norma controlada determinado em sede de controle parcial de constitucionalidade⁸⁹. Fugindo, porém, à regra dos ordenamentos jurídicos de origem romano-germânica – que primeiro desenvolvem as teorias para só depois aplicá-las à prática –, a criatividade que originou as sentenças com efeitos aditivos partiu mesmo da jurisprudência italiana, seguida das construções doutrinárias a seu respeito⁹⁰.

Em Itália, as sentenças com efeitos aditivos surgiram no caminho do pensamento aristotélico do horror da natureza ao vazio (*horror vacui*), tomando o Tribunal Constitucional para si uma função de reparação – ao lado de suas clássicas funções de valoração, pacificação e ordenação – que evitasse que a declaração simples de inconstitucionalidade terminasse por gerar grave lesão aos direitos fundamentais. O vazio que a Corte intentava preencher não era aquele que poderia ser completado assegurando a segurança jurídica com a modulação de efeitos ou garantindo a proporcionalidade no controle das interpretações dos dispositivos constitucionais, mas especialmente aquele que gerado por uma omissão relativa do legislador violadora do princípio da igualdade⁹¹.

Assim, as sentenças com efeitos aditivos, acompanhadas das sentenças restritivas de efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade e das sentenças interpretativas condicionais, vinham completar o conjunto de decisões de controle de constitucionalidade denominadas de sentenças manipulativas – já que alteram os efeitos normalmente atribuídos às decisões de inconstitucionalidade – ou sentenças intermédias – visto que se situam em posição intermediária entre as sentenças de acolhimento e as sentenças de rejeição de inconstitucionalidade.

Essa nova modalidade de decisão veio certamente ao encontro do anseio do juiz constitucional de encontrar uma resolução satisfatória para os casos em que

⁸⁹ Conforme relata Branco, Ricardo. *O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral*, Coimbra, Coimbra, 2009, p. 117.

⁹⁰ Morais, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 257.

⁹¹ Morais, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 262-263.

frequentemente se via diante de duas alternativas incômodas: manutenção da plena validade do enunciado, mesmo quando consciente de que seria possivelmente interpretado de forma contrária à Constituição, ou anulação do enunciado em sua totalidade, ainda que se anteviesse um clamor social mais intenso diante do vazio gerado pela decisão judicial do que pela própria interpretação possivelmente inconstitucional⁹².

Pode-se imaginar com quão entusiasmo as sentenças com efeitos aditivos foram trazidas ao mundo pelo Tribunal Constitucional italiano, mas a verdade é que nem a doutrina nem os demais órgãos judiciais compartilharam da mesma empolgação daqueles que as proferiam. A postura vanguardista do Tribunal Constitucional terminou por gerar uma forte reação da doutrina e dos juízes italianos sob o argumento de invasão das competências do legislador e dos próprios juízes e culminou no já característico recuo da Corte Constitucional italiana para uma posição de maior autocontenção com o desenvolvimento das chamadas sentenças aditivas de princípio⁹³.

Ainda que alvo de duríssimas críticas em sua pátria de nascimento, as sentenças com efeitos aditivos espalharam-se pelos mais diversos ordenamentos jurídicos, alcançando uma importância considerável na Europa continental como um todo, especialmente em Espanha e Portugal, e também na América, com ênfase no Brasil. Esse fato serve para demonstrar que as sentenças com efeitos aditivos não se resumiam a um arroubamento efêmero pelo poder do Tribunal Constitucional italiano, mas eram tentativa real de aplacar anseios de concretização dos direitos fundamentais compartilhados de forma generalizada pelos juízes constitucionais dos Estados de Direito dotados de Constituição com força normativa garantida pelo controle abstrato de constitucionalidade.

O ordenamento jurídico português, desde a revisão constitucional de 1982⁹⁴, consagra as figuras da inconstitucionalidade superveniente e das decisões manipulativas relativas à restrição temporal da eficácia repressiva libertada pelas declarações de

⁹² Llorente, Francisco Rubio. *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho*, in Revista Española de Derecho Constitucional, 8, 22, Enero-Abril 1988, p. 30.

⁹³ Morais, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentativa do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 260.

⁹⁴ Jorge Miranda (*Manual de Direito Constitucional – inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, tomo VI, Coimbra, Coimbra, 2008, p. 151-152) explica que, com a extinção do Conselho da Revolução, a fiscalização de constitucionalidade foi tema central das discussões da revisão constitucional de 1982, culminando na quase pacífica conclusão da necessidade de criação do Tribunal Constitucional português (embora a decisão das competências que se deveria atribuir a esse Tribunal não tenha sido assim tão pacífica).

inconstitucionalidade; a jurisprudência, por sua vez, também absorveu os ensinamentos estrangeiros e fez uso de outras modalidades de sentenças manipulativas não previstas expressamente no texto constitucional⁹⁵.

No Brasil, embora a doutrina ainda muito escassamente se dedique ao estudo das sentenças manipulativas, de forma geral, e das sentenças com efeitos aditivos, mais especificamente, o legislador ordinário já optou por consagrar a possibilidade de modulação dos efeitos nas declarações de inconstitucionalidade no artigo 27 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, e Supremo Tribunal Federal há alguns anos se mostra predisposto a inserir no ordenamento jurídico brasileiro as sentenças com efeitos aditivos e as demais modalidades de sentenças manipulativas, como se terá oportunidade de analisar com mais vagar no próximo capítulo deste trabalho.

3.2. Conceito e Conteúdo

A conceituação das sentenças com efeitos aditivos, assim como seu próprio conteúdo, não é pacífica. A doutrina apresenta conceitos variados com amplitudes também diversas, geralmente deixando transparecer algo da opinião de cada autor acerca do tema. Em razão da sede mais reduzida deste trabalho e considerando que um estudo mais alongado seria inviável, optou-se por analisar apenas as manifestações da doutrina portuguesa e da doutrina brasileira, que são aquelas que de fato aqui interessam⁹⁶.

Na concepção de Jorge Miranda, as sentenças com efeitos aditivos – também chamadas por ele de modificativas ou manipulativas – caracterizam-se por conter uma inconstitucionalidade não tanto naquilo que a norma preceitua, mas naquilo que ela não preceitua, ou, nas palavras do próprio professor de Lisboa, “a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição”⁹⁷. Nesses casos, visando salvar a norma da

⁹⁵ Morais, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentativa do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 262.

⁹⁶ Para uma ideia das manifestações doutrinárias em países como Itália, Espanha e Alemanha, por todos, Branco, Ricardo. *O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral*, Coimbra, Coimbra, 2009, p. 117 ss; Morais, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentativa do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 253 ss.

⁹⁷ Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, tomo VI, Coimbra, Coimbra, 2008, p. 88.

declaração simples de inconstitucionalidade, o órgão de fiscalização acrescenta a ela o segmento que a interpretação constitucional apontou como faltante.

Jorge Miranda faz questão de esclarecer que, muito embora não menospreze o argumento de que a reserva econômica do possível pudesse ser atingida por esse tipo de atuação do Tribunal Constitucional, não vê como recusar a admissibilidade de decisões que se destinam a combater discriminações ou diferenciações infundadas e a prestigiar a sensibilidade coletiva e os valores constitucionais. Para o professor de Lisboa, “há imperativos materiais que se sobrepõem a considerações orgânico-funcionais”⁹⁸. Assim, é possível concluir que, na opinião de Jorge Miranda, as sentenças com efeitos aditivos são aquelas em que o juiz constitucional, apercebendo-se da existência de omissão violadora do princípio da igualdade na norma controlada, acrescenta-lhe o bocado que faltava para colocá-la de acordo com a Constituição.

Gomes Canotilho, em breve excerto – e divergindo da construção de Jorge Miranda quanto à nomenclatura, mas não tanto quanto ao conteúdo – enquadra aquelas que chama de declaração de inconstitucionalidade com efeito acumulativo (aditivo) ou substitutivo na classe das sentenças de conteúdo intermédio. Para o professor de Coimbra, as sentenças aditivas são aquelas em que o Tribunal Constitucional alarga o âmbito normativo de um preceito após declaração de inconstitucionalidade da disposição na “parte em que não prevê”, contempla uma ‘exceção’ ou impõe uma ‘condição’ a certas situações que deveria prever”, ao passo que as sentenças substitutivas caracterizam-se-iam pela substituição da disciplina jurídica, pelo Tribunal Constitucional, de parte da norma reconhecida como inconstitucional⁹⁹.

Já Rui Medeiros, deixando desde cedo muito clara sua aversão às posturas ativistas do Tribunal Constitucional, menciona que o termo “decisões aditivas” normalmente designa a inconstitucionalidade de uma lei “na parte em que não estatua algo ou em que restrinja expressamente o seu âmbito de aplicação”, mas nega-lhe a necessidade de autonomia conceitual¹⁰⁰. Analisando as várias espécies de sentenças manipulativas, Rui Medeiros acaba por concluir que apenas o conceito de decisões modificativas, entendidas como aquelas que “alteram ou reduzem uma lei em vigor

⁹⁸ Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, tomo VI, Coimbra, Coimbra, 2008, p. 91.

⁹⁹ Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 1019.

¹⁰⁰ Medeiros, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, Universidade Católica, 1999, p. 456.

para, por essa via, extrair do texto legal assim modificado uma nova norma”, é suficiente para abarcar também as sentenças aditivas e aquelas que lhe são assemelhadas¹⁰¹.

Em estudo que certamente é o mais cuidado e profundo acerca da Justiça Constitucional portuguesa, Carlos Blanco de Moraes avisa de princípio sobre a polissemia da expressão “sentenças com efeitos aditivos” para em seguida as definir, em sentido muito lato, como as decisões positivas de inconstitucionalidade de que resulte tanto um juízo de invalidade quanto a indicação da norma ou princípio que possibilite a compatibilização da norma controlada com a Constituição. O professor explica ainda que, embora essas sentenças em geral coincidam com as sentenças aditivas em sentido estrito, a elas não se resumem; havendo “natureza da sentença como decisão de acolhimento”, “segmentos normativos constitucionais e inconstitucionais que resultam de disposições normativas” e “indicação ou junção de um critério normativo à norma remanescente”, pode-se dizer que há sentença com efeitos aditivos¹⁰².

Para encerrar a lista dos principais conceitos de sentenças com efeitos aditivos formulados pela doutrina portuguesa, vale a pena citar Ricardo Branco, autor do estudo mais recentemente publicado sobre o tema. Partindo originalmente de uma análise da estrutura da norma, Ricardo Branco define os efeitos aditivos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral como a consequência consistente na ampliação ou reformulação da previsão, seja na reformulação do operador deôntico, seja na ampliação ou na reformulação da estatuição de segmento conexo com ou remanescente da norma declarada inconstitucional, quando essa declaração tenha sido de inconstitucionalidade parcial ou se tenha traduzido numa decisão interpretativa de provimento. Assim, o jurista apresenta como características fixas do efeito aditivo a erradicação, com efeito *erga omnes*, de uma norma ou de segmento de norma, e as noções de ampliação ou reformulação da parte remanescente ou conexa com aquela declarada inconstitucional¹⁰³.

No Brasil, infelizmente não há a mesma riqueza de estudos dedicados ao tema das sentenças com efeitos aditivos, destacando-se as obras de Gilmar Ferreira Mendes.

¹⁰¹ Medeiros, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, Universidade Católica, 1999, p.458.

¹⁰² Moraes, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 364.

¹⁰³ Branco, Ricardo. *O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral*, Coimbra, Coimbra, 2009, p. 144.

Para o ministro do Supremo Tribunal Federal, as sentenças aditivas são aquelas em que a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade parcial de uma disposição pela ausência de norma que deveria conter para ser compatível com a Constituição. Ele adverte que, em regra, esse tipo de decisão decorre da aplicação do princípio da igualdade, procedendo a Corte à criação de uma norma autônoma que estenda o benefício legal aos indivíduos ilicitamente excluídos do dispositivo controlado¹⁰⁴.

Da análise dessas manifestações doutrinárias, pode-se perceber que todas elas, dentre várias outras semelhanças ou diferenças, perpassam pelos seguintes elementos para definir as chamadas sentenças com efeitos aditivos: a) reconhecimento, pela Corte Constitucional, da existência de uma omissão do legislador ofensiva a direitos fundamentais, em especial ao princípio da igualdade; b) declaração de inconstitucionalidade de parte ideal da norma controlada em virtude da ausência de norma jurídica que deveria conter para ser compatível com a Constituição; e c) sanação da omissão inconstitucional do legislador pela própria Corte Constitucional, com o acréscimo à norma controlada da porção ideal que lhe é necessária para evitar uma declaração simples e total de inconstitucionalidade. Representativamente se poderia seguir Carlos Blanco de Moraes para referir a esses elementos como a componente ablativa – eliminação ou desaplicação parcial da norma tida por inconstitucional – e a componente reconstrutiva – acréscimo de critério jurídico à norma remanescente a fim de compatibilizá-la à Constituição – da sentença com efeitos aditivos¹⁰⁵.

A questão que surge, porém, é a de saber como diferenciar a omissão legislativa que justificaria uma postura mais pró-ativa da Corte Constitucional em preencher o vazio inconstitucional da omissão legislativa passível apenas de ser apontada – mas não eliminada – pelo juiz constitucional.

O primeiro passo para alcançar essa diferenciação é entender de que se trata a omissão legislativa. Partindo da comezinha afirmação de que a Constituição traz as regulações gerais do ordenamento jurídico, que devem ser especificadas e concretizadas pelo legislador ordinário, pode-se, de maneira muito simplificada, separar as normas constitucionais entre aquelas que possuem aplicabilidade imediata e aquelas que possuem aplicabilidade dependente de posterior intervenção legislativa. No caso desse

¹⁰⁴ Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 125.

¹⁰⁵ Moraes, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 370.

último tipo de normas constitucionais, pode-se sem dúvida dizer que a inércia do legislador impossibilita o exercício de direitos ou prerrogativas previstos constitucionalmente, mas não se pode a priori concluir que qualquer silêncio legislativo caracteriza uma omissão legislativa. Em sentido jurídico-constitucional, omissão é não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado e omissão legislativa só há quando haja uma exigência constitucional de ação que ultrapasse o mero dever geral de legislar¹⁰⁶. Assim, a inconstitucionalidade da omissão legislativa surge pelo não cumprimento de “imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito”¹⁰⁷, ou seja, pelo descumprimento, por parte do legislador, de um dever constitucional específico de legislar na concretização da Constituição.

As omissões legislativas podem ainda ser subdivididas em absolutas e relativas, a depender do critério quantitativo ou qualitativo com que se avalia o vazio legislativo. As omissões legislativas absolutas (ou quantitativas) são aquelas em que o legislador não produziu nada da norma concretizadora que estava obrigado pela Constituição a produzir (omissão absoluta total) ou, apesar de ter iniciado o cumprimento de seu dever específico de legislador, não levou sua tarefa até o fim¹⁰⁸. As omissões relativas (ou qualitativas), por sua vez, são aquelas em que o legislador regulou determinada situação de forma violadora dos princípios da igualdade ou da universalidade, deixando de incluir ou excluindo indevidamente um determinado grupo de destinatários¹⁰⁹.

As omissões legislativas absolutas, portanto, referem-se exclusivamente aos casos em que há um dever específico de legislar inteiramente não cumprido ou apenas parcialmente cumprido, ao passo que as omissões legislativas relativas tomam em conta o conteúdo da norma produzida pelo legislador violador do princípio da igualdade. No primeiro caso, há dever específico de legislar e a ausência da legislação já coloca o órgão legislativo em mora; no segundo caso, é irrelevante a existência de dever específico ou de dever geral de legislar, pois o que se avalia é a obrigação do órgão

¹⁰⁶ Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Coimbra, 2010, p. 1033.

¹⁰⁷ Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Coimbra, 2010, p. 1034.

¹⁰⁸ Silva, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, Universidade Católica, 2003, p. 89.

¹⁰⁹ Silva, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, Universidade Católica, 2003, p. 90.

legislativo de desincumbir-se de sua função de forma consentânea com o princípio da igualdade, sob pena de ser-lhe imputada omissão inconstitucional do tipo relativa¹¹⁰.

É por isso que, com muita razão, Carlos Blanco de Moraes observa que apenas em plano referencial as omissões legislativas relativas podem ser consideradas genuínas omissões, pois em verdade representam “lacunas axiológicas, onde o conteúdo incompleto de um regime legal positivo afronta a Constituição pelo fato de o silêncio parcial de algumas das suas normas gerar uma depreciação indevida de garantias, ou uma situação intoleravelmente discriminatória, à luz do princípio da igualdade”¹¹¹. Assim, a exclusão inconstitucional violadora do princípio da igualdade, tanto no caso em que é explícita (comissiva) quanto no caso em que é implícita, termina por ter sempre o mesmo propósito discriminatório suscetível de ser controlado pela via de ação^{112 113}.

Ainda que apresentadas de forma sucinta, as considerações acerca das omissões legislativas e suas modalidades são suficientes para definir quais seriam as hipóteses em que uma atuação ativista da Corte Constitucional, como é o caso da prolatação de uma sentença com efeitos aditivos, seria bem-vinda na resolução do vazio normativo. Afinal, enquanto as omissões legislativas absolutas caracterizar-se-iam pela total ausência de manifestação do legislador sobre um assunto constitucional – no todo ou em parte – acerca do qual apenas ele próprio tem legitimidade para se manifestar, as omissões

¹¹⁰ A definição das modalidades de omissão legislativa não é matéria incontroversa no seio da doutrina portuguesa, que apresenta variedade de nomenclaturas e definições que não se desconhece. Optou-se, porém, pela classificação apresentada por Jorge Pereira da Silva por parecer extremamente bem pensada e fundamentada. Para um breve panorama da situação da doutrina portuguesa sobre o tema, ver Montelobo, Sofia. *A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controle de constitucionalidade por ação*, in *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional – estudos luso-brasileiros de Direito Público*, Coordenação de Carlos Blanco de Moraes, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 186 ss.

¹¹¹ Moraes, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 840.

¹¹² Moraes, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 841.

¹¹³ Esse posicionamento tampouco é unânime na doutrina. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Coimbra, 2010, p. 1036), *e.g.*, defende que a concretização relativamente incompleta da Constituição pelo legislador pode resultar tanto de exclusão expressa ou explícita de determinado grupo, caso em que haveria inconstitucionalidade por ação, quanto da incompleta apreciação das situações de fato envolvida (incompletude regulativa), havendo inconstitucionalidade por omissão e não por ação. Já Gilmar Ferreira Mendes (*Jurisdição constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 385) diz que, em caso de omissão relativa, há fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade e o controle abstrato por omissão, já que ambas acabam por ter o mesmo objeto – a inconstitucionalidade em razão de incompletude.

legislativas relativas mais se identificariam com as lacunas do ordenamento jurídico passíveis de serem integradas pelo poder judiciário¹¹⁴.

As sentenças com efeitos aditivos, portanto, são cabíveis nos casos em que há uma omissão relativa do legislador, representando a possibilidade e até mesmo a obrigação das Cortes Constitucionais na tutela dos direitos fundamentais e, mais especificamente, do princípio da igualdade.

3.3. Classificação

As sentenças com efeitos aditivos, entendidas como gênero, podem ser repartidas em diferentes espécies de acordo com a forma como a componente reconstrutiva da decisão é composta. Não há dúvida de que, em solo português, o estudo mais relevante sobre as sentenças com efeitos aditivos e suas espécies foi desenvolvido por Carlos Blanco de Moraes, motivo pelo qual é imprescindível a exposição, neste tópico, dos ensinamentos do professor.

Assim, as sentenças com efeitos aditivos podem ser divididas em quatro classes: sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos, sentenças aditivas em sentido estrito, sentenças aditivas de princípio e sentenças substitutivas¹¹⁵.

a) As sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos caracterizam-se pela eliminação de uma norma conjugada à ampliação do âmbito aplicativo de uma segunda norma, cujo conteúdo encontrava-se restrito pela primeira. Assim, a componente aditiva não é acrescida criativamente pelo Tribunal, mas decorre de ampliação automática do âmbito de aplicação de uma norma. A nomenclatura da classe,

¹¹⁴ Moraes, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 842.

¹¹⁵ Essas seriam as classes correspondentes às sentenças aditivas com caráter próprio. Carlos Blanco de Moraes (*Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 371-376) diferencia-as das sentenças aditivas de caráter impróprio, que para ele são variantes apenas aparentes e não dogmáticas das sentenças aditivas. As sentenças aditivas com caráter impróprio, também chamadas de sentenças de complementação constitucional, são aquelas que implicam na densificação dos critérios de decisão pelo Tribunal Constitucional mediante a descodificação de princípios jurídicos e conceitos indeterminados. Nos casos em que se limite a uma decisão concretizadora de princípios ou conceitos jurídicos indeterminados, não há nenhum problema na atuação do Tribunal Constitucional. As decisões de revisão constitucional, porém, seriam a hipertrofia patológica dessa classe ao alargar o âmbito da norma e dar-lhe pretenso valor constitucional.

inspirada em Ruggeri-Spadaro, foi adotada pelo professor pela “sugestividade imagética” da inundação da terra pela água após a demolição do dique que a retia¹¹⁶.

b) As sentenças aditivas em sentido estrito, por sua vez, são aquelas em que a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade parcial de uma norma e imediatamente repara a lacuna deixada na *pars sana* do dispositivo pela própria decisão de inconstitucionalidade por meio da identificação da norma aplicável ao caso¹¹⁷. Essa classe de sentenças subdivide-se, quanto à natureza do bem protegido, em sentenças de garantia – protegem situações jurídicas constitucionalmente tuteladas – ou de prestação – reclama a realização material de uma tarefa pelo Estado em favor do titular do direito¹¹⁸; quanto à forma revestida pela operação ablativa, em sentenças com ou sem redução de texto – diferenciando-se pela projeção em segmento ideal ou em segmento concreto da norma¹¹⁹; quanto às razões que presidem a operação adjuntiva, em sentenças de caráter corretivo – a componente reconstrutiva transforma o sentido da norma para compatibilizá-la com a Constituição – ou de conteúdo integrativo – preenchem a lacuna deixada pela própria decisão de inconstitucionalidade por meio da aplicação de norma já existente no ordenamento jurídico¹²⁰ (subdivididas ainda em sentenças discricionárias ou constitucionalmente obrigatórias).

Essa última subdivisão merece alguma explicação mais acurada. Segundo Carlos Blanco de Moraes, a preocupação doutrinária de que a correção ou integração da norma declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional se baseasse diretamente na Constituição fez com que Crisafulli desenvolvesse a figura das sentenças aditivas *a rime obligate* ou constitucionalmente obrigatórias. A partir daí, difundiu-se o pensamento de que as sentenças aditivas, se não forem constitucionalmente obrigatórias, são juridicamente ilegítimas. A ideia básica das sentenças constitucionalmente obrigatórias reside na reparação da norma submetida ao juízo de inconstitucionalidade por outra

¹¹⁶ Moraes, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 377-378.

¹¹⁷ Moraes, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 380.

¹¹⁸ Moraes, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 383-384.

¹¹⁹ Moraes, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 385-389.

¹²⁰ Moraes, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 390-391.

norma que seja extensão lógica de princípio ou norma constitucional preceptiva e exequível por si própria; caso não seja possível essa solução, deve a Corte Constitucional pautar-se pela autocontenção e não interferir criativamente no ordenamento jurídico¹²¹.

c) As sentenças aditivas de princípio são aquelas em que a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade de parte da norma, mas, em razão da existência de mais de uma solução constitucional possível para preenchimento da lacuna, abstém-se de apontar diretamente a norma que deve integrar a *pars sana* do dispositivo e limita-se a apontar o princípio constitucional que deve ser tomado em conta pelo legislador quando for resolver a questão¹²². Embora reconheça a negativa de parte da doutrina de que esse tipo de sentença efetivamente pertença à classe das sentenças aditivas, Carlos Blanco de Moraes entende que o fato de criar condições para a reparação da inconstitucionalidade, inclusive com a vinculação do legislador ao princípio apontado pela Corte Constitucional na decisão de inconstitucionalidade, é suficiente para que sejam enquadradas como sentenças aditivas¹²³.

d) As sentenças substitutivas são aquelas em que o Tribunal, tomando em conta que o legislador disse algo diferente do que efetivamente queria dizer, altera substancialmente a norma controlada para que fique acordante com a Constituição. Representando a manifestação mais expressiva de ativismo judicial, essa espécie de decisão diferencia-se substancialmente das demais espécies de sentenças aditivas por não respeitar o “espírito” do segmento de norma substituído¹²⁴.

Embora inegavelmente bem pensada e desenvolvida, a classificação de Carlos Blanco de Moraes não é imune a críticas. Ricardo Branco adjetiva de sem sentido a distinção entre sentenças aditivas em sentido estrito e sentenças demolitórias, já que diferencia onde a fisiologia das sentenças é exatamente igual¹²⁵. Além disso, não se

¹²¹ Moraes, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 393-394.

¹²² Moraes, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 398-399.

¹²³ Moraes, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 401.

¹²⁴ Moraes, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 406.

¹²⁵ Branco, Ricardo. *O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral*, Coimbra, Coimbra, 2009, p. 173.

satisfez com a justificativa de Carlos Blanco de Moraes para inclusão das sentenças aditivas de princípio na classe das sentenças aditivas, contrapondo que apenas com grande esvaziamento do significado das palavras se poderia denominar tais sentenças de sentenças aditivas. Para Ricardo Branco, as chamadas sentenças aditivas de princípio nada acrescentam ao ordenamento jurídico e a produção de futuros efeitos fica inteiramente a cargo do legislador¹²⁶.

A despeito das críticas de Ricardo Branco, baseadas em uma análise da estrutura das decisões com efeitos aditivos, é preciso lembrar que não existe apenas uma classificação certa em detrimento das demais, que seriam equivocadas. Toda classificação que se apresente coerente no critério de seleção das categorias que a compõem e útil é, a princípio, correta. A classificação de Carlos Blanco de Moraes parte da diferenciação das formas pelas quais se manifesta a componente reconstrutiva das sentenças com efeitos aditivos, sendo coerente quanto ao critério utilizado; de outra banda, sua utilidade é inegável diante do fato de que a separação das sentenças com efeitos aditivos em diversas categorias presta-se a melhor identificar os casos em que essa modalidade de sentença manipulativa seria legítima e os casos em que não o seria. Vistas as coisas dessa perspectiva, pode-se dizer que a classificação de Carlos Blanco de Moraes é, sim, correta e opta-se por adotá-la neste trabalho em virtude de sua clareza e compatibilidade com os fins deste estudo.

3.4. Principais argumentos favoráveis às sentenças com efeitos aditivos

A grande questão que se coloca a pretexto das sentenças com efeitos aditivos, como já se mencionou, é a de sua legitimidade como forma de proteção dos direitos fundamentais pelas Cortes Constitucionais.

Aqueles que as defendem como de utilização legítima, geralmente esteiam seus argumentos em três principais pilares de sustentação, a saber, defesa da supremacia da Constituição, aproveitamento dos atos e conservação da lei e preenchimento de lacunas e vazios no ordenamento jurídico.

a) O argumento da supremacia da Constituição: em tempos em que a Constituição goza de *status* de norma suprema do ordenamento jurídico, a atuação dos

¹²⁶ Branco, Ricardo. *O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral*, Coimbra, Coimbra, 2009, p. 146.

poderes do Estado deve direcionar-se conjuntamente à garantia e à concretização dos preceitos constitucionais e, especialmente, dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a busca pelas Cortes Constitucionais de uma solução rápida e constitucionalmente embasada para o controle das omissões legislativas relativas e, em consequência, para a salvaguarda do importantíssimo princípio da igualdade só pode mesmo ser louvada. Obviamente que não se desconhece a existência de argumentos que militem contrariamente às sentenças com efeitos aditivos, mas este é um dos casos em que os imperativos materiais envolvidos sobrepõem-se a considerações orgânico-funcionais¹²⁷, devendo a liberdade ou discricionariedade do legislador recuar frente à necessidade de efetivação dos direitos fundamentais.

Assim, a sentença com efeitos aditivos é consentânea com o contexto de um sistema em que a Constituição se assume como fundamento de validade de toda a ordem jurídica¹²⁸.

b) O argumento do aproveitamento dos atos e respeito pela conservação da lei: é de notório saber que os órgãos legislativos, sobrecarregados de atribuições e, muitas vezes, dotados de pouca vontade política, trabalham morosamente na elaboração das normas necessárias para a regulação da vida social.

Diante dessa inegável realidade, mais vale a manutenção do ato parcialmente inconstitucional no ordenamento jurídico, bastando que a Corte Constitucional efetue a correção necessária à garantia dos direitos fundamentais, do que a extirpar do ordenamento jurídico e em seu lugar deixar lacuna que demande a disposição do legislador em enfrentar novamente todo o processo legislativo para regular inteiramente a questão.

c) O argumento do preenchimento de vazios e lacunas legislativas: Carlos Blanco de Moraes é quem defende a possibilidade das sentenças com efeitos aditivos sempre que a omissão ou lacuna no ordenamento jurídico possa ser preenchida por extensão lógica das normas constitucionais independentemente de valoração discricionária¹²⁹.

¹²⁷ Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, tomo VI, Coimbra, Coimbra, 2008, p. 91.

¹²⁸ Branco, Ricardo. *O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral*, Coimbra, Coimbra, 2009, p. 268.

¹²⁹ Moraes, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 412.

O professor entende que, nesses casos, a Corte Constitucional atuaria em “estado de necessidade”, impedindo que a declaração de inconstitucionalidade pudesse gerar efeitos mais perversos à sociedade do que a própria manutenção na norma inconstitucional¹³⁰.

d) O argumento da consolidação pela prática jurisprudencial: as sentenças com efeitos aditivos são fruto da criatividade jurisprudencial e, desde que criadas, não deixaram de ser aplicadas e sua utilização só se fez espalhar pelo mundo. Assim, não há mais qualquer pertinência em querer questionar-lhes a legitimidade, devendo o esforço da doutrina ser dirigido à precisão de seus limites¹³¹.

3.5. Principais argumentos contrários às sentenças com efeitos aditivos

As sentenças com efeitos aditivos estão longe de ser unanimidade e significativa parte da doutrina levanta-se contra a legitimidade desse tipo de decisão da Corte Constitucional, com esteio principalmente em três argumentos centrais:

a) O argumento da ofensa à separação de poderes: a Corte Constitucional, no exercício de sua função de controle de constitucionalidade, deve restringir-se a verificar se a lei controlada é ou não é contrária à Constituição, não lhe cabendo querer consertar a lei quando achar que poderia ter sido elaborada de forma mais adequada do que aquela que o legislador fez¹³².

As sentenças com efeitos aditivos, sendo sentenças modificativas, caracterizavam-se pelo alcance inovador e pela extrapolação dos limites do controle negativo, ofendendo a separação de poderes e a interdependência entre os órgãos de soberania¹³³.

b) O argumento da ofensa ao princípio de preferência pelo legislador e ao princípio democrático: é a Constituição que determina que as decisões acerca da regulamentação de direitos deve ser tomada pelo legislador e não pelo tribunal¹³⁴.

¹³⁰ Morais, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 413.

¹³¹ Silva, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, Universidade Católica, 2003, p. 126.

¹³² Medeiros, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, Universidade Católica, 1999, p. 865.

¹³³ Medeiros, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, Universidade Católica, 1999, p. 867.

¹³⁴ Medeiros, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, Universidade Católica, 1999, p. 867.

Ademais, o juiz não goza de legitimidade democrática para fazer escolhas políticas que só os representantes legitimamente eleitos pelo povo podem fazer.

c) O argumento da violação do princípio do equilíbrio orçamental: o princípio do equilíbrio orçamental preleciona que em cada exercício financeiro o total de despesas não poderá ser superior ao total de receitas¹³⁵. Com a prolatação de sentenças com efeitos aditivos e a ampliação ou modificação do âmbito da norma para incluir novos titulares de benefícios não inicialmente contemplados pelo legislador, a Corte Constitucional interfere no orçamento do Estado de forma inconsequente e o desequilíbrio pode gerar consequências sociais muito mais nefastas do que aquelas que o órgão judicial quis evitar.

3.6. Limites da criatividade judicial no controle das omissões relativas do legislador: relatório doutrinário e posição adotada

A discussão sobre a Justiça Constitucional é uma discussão sobre seus limites, como já se disse anteriormente. E a discussão sobre as sentenças com efeitos aditivos, sendo também uma discussão sobre a atuação da Justiça Constitucional, destina-se ao estabelecimento dos marcos divisórios entre legitimidade e ilegitimidade, entre função jurisdicional e função legislativa.

Pode-se, com auxílio de Jorge Miranda, partir do seguinte raciocínio para estabelecer o problema: o que fazer diante de uma violação ao princípio da igualdade por omissão relativa do legislador? Os dois caminhos possíveis são eliminar os preceitos que violem o princípio da igualdade – solução que abonaria as sentenças simples – ou invocar valores e interesses constitucionais para restabelecer a igualdade – resposta que favorece a adoção de sentenças com efeitos aditivos¹³⁶.

Vistas as coisas de outra perspectiva: o tratamento da omissão relativa do legislador pela Corte Constitucional pode optar pela autocontenção para evitar a tensão entre os poderes legislativo e judiciário ou pode entender necessária uma conduta ativista que assegure a supremacia da Constituição e o respeito aos direitos fundamentais. A questão que imediatamente emana, porém, é a de saber se só há caminhos radicalmente opostos, em que se tutelem os direitos fundamentais às custas do

¹³⁵ Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1351.

¹³⁶ Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, tomo VI, Coimbra, Coimbra, 2008, p. 89.

equilíbrio entre os poderes ou em que se preserve a separação de poderes às custas da efetivação dos direitos fundamentais. Afinal, não seriam os direitos fundamentais e o equilíbrio entre os poderes expressões da mesma supremacia constitucional? A doutrina ainda apresenta posições muito divergentes para responder a essas perguntas, podendo-se mesmo identificar três linhas de entendimento sobre a admissibilidade das sentenças com efeitos aditivos: minimalista, meridiana e maximalista.

Dentre as posições minimalistas sobre a admissibilidade das sentenças com efeitos aditivos, poder-se-ia destacar as manifestações de Rui Medeiros e Jorge Pereira da Silva como as mais representativas.

Rui Medeiros, embora reconhecendo que não há fórmula mágica que permita separar as decisões de inconstitucionalidade em geral das decisões modificativas e, por isso, dificilmente se poderia rejeitar essas últimas em termos absolutos, entende que as decisões modificativas violentam ao máximo o sistema de separação de poderes e devem ser limitadas ao mínimo possível¹³⁷. Assim, defende o jurista que a resposta deve passar pela declaração de inconstitucionalidade total da norma violadora da igualdade, ainda que com restrição dos efeitos para o futuro; não seria possível que a Corte Constitucional prolatasse sentenças aditivas para suprir a omissão relativa do legislador, mas apenas que reconhecesse a inconstitucionalidade total da norma e, por razões de segurança jurídica, proteção de confiança e constitucionalidade, modulasse os efeitos dessa declaração¹³⁸.

Jorge Pereira da Silva, por sua vez, aparta os casos de fiscalização concreta e fiscalização abstrata de constitucionalidade. O jurista não admite que a Corte Constitucional profira sentenças com efeitos aditivos em controle abstrato de constitucionalidade, pois entende que cabe somente ao legislador a correção da omissão relativa com força obrigatória geral. Ao Tribunal incumbiria apenas a função de reconhecer a inconstitucionalidade da norma omissa; ao juiz comum caberia efetuar as analogias necessárias para suprir as lacunas no caso concreto e ao legislador caberia a atividade criativa necessária para preencher o vazio normativo com eficácia *erga*

¹³⁷ Medeiros, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, Universidade Católica, 1999, p. 867-868.

¹³⁸ Medeiros, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, Universidade Católica, 1999, p. 522.

omnes; esse seria o modelo trilateral para a resolução das situações de omissão relativa¹³⁹.

Passando às posições meridianas, cita-se a doutrina dos professores de Lisboa Jorge Miranda e Carlos Blanco de Morais, e também o professor de São Paulo Elival da Silva Ramos.

Jorge Miranda apresenta construção baseada na ideia de proteção de garantia para afirmar que se uma lei trouxe disposição mais favorável, mas violadora do princípio da igualdade por exclusão de alguma categoria de pessoas, a Corte Constitucional age com toda legitimidade ao estender a norma mais benéfica ao grupo excluído por imposição constitucional, declarando a inconstitucionalidade apenas em casos de discriminação flagrante e arbitrária¹⁴⁰.

Carlos Blanco de Morais alerta que as sentenças com efeitos aditivos são legítimas para transformar o significado originário do ato objeto da decisão de acolhimento, mas a criatividade deve ser limitada, já que a norma aditada pela Corte Constitucional, não podendo ser inovatoriamente criada *ex nihilo*, deve ser critério de decisão já existente no ordenamento (princípio ou norma constitucional) que o Tribunal se limite a revelar ou individualizar no caso *sub iudicio*. E o professor lembra ainda John Hart Ely para dizer que ao Estado Democrático não interessa um juiz filósofo ou legista que corrija as lacunas do ordenamento jurídico através de comunicações metapsíquicas com o espírito da lei, mas um juiz que, ao abrigo da função jurisdicional, garanta a Constituição e aplique o direito devido¹⁴¹.

Assim, partindo de sua própria classificação, Carlos Blanco de Morais entende como de caráter ilegítimo as sentenças aditivas de revisão constitucional, as sentenças substitutivas e as sentenças aditivas em sentido estrito quando enunciarem um critério normativo que preencha a lacuna em detrimento de diversas outras opções conformes com a Constituição¹⁴². De outra banda, teriam caráter legítimo as sentenças aditivas de acolhimento que descodifiquem conceitos jurídicos indeterminados, as sentenças

¹³⁹ Silva, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, Universidade Católica, 2003, p. 224.

¹⁴⁰ Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, tomo VI, Coimbra, Coimbra, 2008, p. 91-92.

¹⁴¹ Morais, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 418.

¹⁴² Morais, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 419-427.

aditivas demolitórias, as sentenças aditivas em sentido estrito quando a inclusão de determinadas pessoas constitui efeito necessário e obrigatório de um princípio ou norma constitucional aptos a serem diretamente aplicados e as sentenças aditivas de princípios¹⁴³.

Em suma, Carlos Blanco de Moraes defende que em regra são admissíveis as sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias e, quando não seja o caso, apenas as sentenças aditivas de princípio são possíveis. Mais recentemente o professor flexibilizou sua posição e reconheceu também como legítimas as decisões constitucionalmente obrigatórias de natureza conformadora, admitindo a ponderação do Tribunal quando haja número restrito de soluções constitucionalmente admitidas e a exclusão das alternativas pouco verossímeis permita apontar apenas uma solução como constitucionalmente legítima¹⁴⁴.

Elival da Silva Ramos, por sua vez, entende que as sentenças com efeitos aditivos nada mais são do que a adoção de interpretação extensiva da norma controlada, a partir de uma perspectiva sistêmica, e por isso não representam a extrapolação das funções jurisdicionais. O professor de São Paulo, porém, alerta que o Tribunal, ao estender às situações fáticas ou às categorias de destinatários olvidadas pelo legislador a disciplina por ele traçada, de modo ilegitimamente restritivo, ou o regime jurídico-legal a que se reporta esse regramento discriminatório, deve observar se o princípio ou norma constitucional justificador da adição goza de plenitude eficaz e se a disciplina legislativa dele ou dela discrepante está compreendida em seu campo de abrangência; além disso, o dispositivo, ou o conjunto de dispositivos (regime jurídico), objeto de extensão reconstrutiva deve contar com uma textualidade que a ela dê suporte. A idéia central, portanto, é a de que as sentenças com efeitos aditivos são admissíveis sempre que puderem ser dogmaticamente fundadas na Constituição¹⁴⁵.

Por fim, a posição maximalista na doutrina portuguesa pode-se atribuir a Ricardo Branco, que defende a tese da vigência de um princípio geral de admissibilidade da produção de efeitos aditivos pela declaração de inconstitucionalidade

¹⁴³ Moraes, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentativa do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 427-430.

¹⁴⁴ Moraes, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos*, in *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional – estudos luso-brasileiros de Direito Público*, Coordenação de Carlos Blanco de Moraes, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 115.

¹⁴⁵ Ramos, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 312.

com força obrigatória geral na Constituição Portuguesa. A existência de um tal princípio fundar-se-ia na garantia da constitucionalidade (conjunto de meios sancionatórios da desconformidade dos atos jurídico-políticos com a Constituição), da qual o efeito aditivo surge como concretização. Para o jurista, a produção do efeito aditivo é não só admissível como necessária quando a “conservação da força da norma constitucional violada imponha quer a erradicação da norma que com ela é desconforme, quer, como consequência da erradicação, a ampliação ou reformulação da previsão ou a reformulação do operador deôntico”. Enfim, o efeito aditivo seria constitucionalmente imposto e poderia decorrer de qualquer tipo de inconstitucionalidade¹⁴⁶.

A verdade é que, como alerta Gilmar Mendes, os casos de omissão relativa são de complicada resolução pela insuficiência de técnicas de controle disponíveis (o problema está menos na necessidade de instituição de um processo de controle do que no desenvolvimento de fórmulas que permitam superar adequadamente o estado de inconstitucionalidade)¹⁴⁷, já que, se por um lado, ainda que de maneira parcial, a norma fere a Constituição e a decisão de simples rejeição não seria satisfatória, por outro lado, tampouco a decisão de mero acolhimento da inconstitucionalidade é satisfatória, pois com eliminação total da norma do ordenamento jurídico restaria, no mais das vezes, aprofundado o estado de inconstitucionalidade.

A evolução da lei e da Constituição faz necessário que se criem novas respostas compatíveis aos novos problemas. Afinal, não se pode querer manter as antigas soluções de sentenças de inconstitucionalidade simples apenas sob o argumento de que essas respeitariam o princípio constitucional da separação dos poderes e desconsiderar, de outra banda, a violação de tantos outros direitos fundamentais que uma decretação impensada de inconstitucionalidade pode gerar. Como afirma Gustavo Zagrebelsky, quem pretende que novas respostas sejam dadas somente através de reformas, a fim de garantir a separação de poderes e a certeza do direito, desconhece tanto a função da jurisprudência como a importância da vida da Constituição¹⁴⁸. Desconhece a função da Constituição.

¹⁴⁶ Branco, Ricardo. *O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral*, Coimbra, Coimbra, 2009, p. 276.

¹⁴⁷ Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 330.

¹⁴⁸ Zagrebelsky, Gustavo. *Jueces Constitucionales*, in *Teoría del neoconstitucionalismo – ensayos escogidos*, Madrid, Trotta/ Instituto de investigaciones jurídicas – UNAM, 2007, p. 98.

A sentença com efeitos aditivos é justamente uma nova resposta encontrada pelo poder judiciário aos novos problemas sociais que lhe tem sido levados em busca de uma solução. Afinal, desde a concepção da separação de poderes por Montesquieu na origem do constitucionalismo, o modelo de Constituição oitocentista já passou por muitas modificações, os direitos fundamentais já foram fortalecidos e acrescidos de novas dimensões, os poderes do Estado já tiveram que se rearranjar para atender as necessidades estatais; nada parece mais natural do que a criação de novos mecanismos que possibilitem ao poder judiciário novas formas de tutela para as novas demandas sociais que acompanhem toda essa evolução histórica, social e jurídica.

Ao que parece, se a questão das sentenças com efeitos aditivos é muito menos uma questão de legitimidade do que de limites e se seus limites estão intrinsecamente conectados a um modelo de separação de poderes ideal ao funcionamento do Estado, a resposta deve passar pela busca do equilíbrio entre as funções e a força dos órgãos estatais e o equilíbrio, como de há muito ensinam os gregos, está no meio. Afinal, naquilo que envolve o jurídico e o político, não são de regra indicadas soluções peremptórias, que tudo permitam ou tudo proibam.

Assim, a aproximação mais correta e consentânea tanto com o respeito e com a garantia dos direitos fundamentais quanto com o resguardo das funções legislativas em face do poder judiciário talvez não passe nem por teorias maximalistas nem por teorias minimalistas, mas por respostas meridianas que, mesmo na tentativa legítima de estabelecer dogmaticamente tanto os casos em que as sentenças com efeitos aditivos são sempre indicadas quanto aqueles em que estão sempre vedadas, não se olvidem das situações que não se adequam bem e sempre em nenhum desses dois grupos; nesse limbo jurídico, a solução deve pautar-se pela consideração da proporcionalidade, da segurança jurídica e da proteção de confiança como critérios a serem considerados ao lado da igualdade e de outros direitos fundamentais.

E os argumentos que se embasam simplesmente em uma versão clássica dos princípios da maioria e da separação de poderes para defender a ilegitimidade da atuação ativista do Tribunal Constitucional são, pode-se dizer, por demais simplórios e ingênuos. Já se teve oportunidade de comentar anteriormente que a alteração dos paradigmas em que se fundamentam essas construções não mais permite que se defenda uma proeminência do legislador que não é necessária e nem demandada pela sociedade atual. A questão que a comunidade jurídica deve enfrentar é aquela que realmente aturde a sociedade contemporânea, que é a de saber até que ponto a saliência do poder

judiciário atende seus interesses sem suplantar o trabalho e a importância dos demais poderes do Estado. Afinal, embora haja definitivamente uma zona de certeza, em que a atuação da Corte Constitucional é exigida ou é proibida, há sempre uma zona nebulosa em que a tensão entre juiz e legislador atinge alto grau e muito difícil é saber até que ponto vai o trabalho de um e começa o do outro. A afirmação de que, em caso de dúvida, o Tribunal deveria se abster de atuar é inegavelmente a mais fácil, mas ao mesmo tempo é a mais desprestigiadora da força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais e tende a amplificar os casos em que a ausência de atuação do Tribunal termina por causar mais danos à sociedade e à Constituição do que uma atuação pretensamente avançada aos campos de trabalho do legislador.

Ao poder judiciário deve-se permitir cumprir seu papel de concretizador-controlador da Constituição para que, em homenagem à força normativa da Constituição e à conservação da lei, preencha as omissões relativas do legislador sempre que no caso concreto haja norma da Constituição diretamente aplicável que, de per si ou à luz dos princípios da proporcionalidade, da segurança jurídica e da proteção de confiança, não deixe ao legislador outra alternativa para a concretização do princípio da igualdade. E isso mesmo em sede de controle abstrato de constitucionalidade, pois se se pretende que a Corte Constitucional justamente proteja os direitos fundamentais e restaure a igualdade, melhor que o faça de maneira geral e abrangente, evitando que a equiparação de apenas uns acabe por deixar outros – com menos acesso à informação e à justiça – excluídos de benefício a que teriam direito ou cumulados por encargo que lhes seria injusto. Nos demais casos, deve pautar-se pelo bom senso que sugere a autocontenção no que tange às chamadas *political questions*, deixando a César o que é de César e tomando para si apenas o que lhe pertence.

4. Análise da atuação *in concreto*

As sentenças com efeitos aditivos são uma realidade. E uma realidade trazida ao mundo jurídico pelos Tribunais, de sorte que um estudo que pretenda fazer uma abordagem minimamente completa do tema tem obrigatoriamente que passar pela atuação das Cortes Constitucionais.

A comparação entre o caso brasileiro e o caso português pode deixar bem clara a importância da ação jurisprudencial na conformação das sentenças com efeitos aditivos: no primeiro caso, a existência de raros estudos que se dediquem à dogmática da matéria não tem impedido uma atuação pró-ativa do Supremo Tribunal Federal em proferir sentenças com efeitos aditivos; no segundo caso a situação é inversa, já que o desenvolvimento de diversos estudos, marcados inclusive pela discussão entre os autores que ostentam posicionamentos muito diferentes entre si, não favoreceu o desenvolvimento do ativismo no Tribunal Constitucional do Palácio de Ratton, que permanece autocontido quando o assunto é a prolatação de sentenças com efeitos aditivos.

Os caminhos que cada Corte Constitucional optou por seguir têm conexão íntima com a realidade histórica e social de cada país e a análise da jurisprudência é a melhor maneira de identificar o posicionamento elegido por cada Tribunal. É a esse trabalho que se dedicam os próximos tópicos.

4.1. Jurisdição Constitucional e as sentenças com efeitos aditivos no Brasil: atuação do Supremo Tribunal Federal

A doutrina brasileira costumou-se a afirmar em voz uníssona que a Constituição Federal de 1988 consagra o modelo alemão de controle abstrato de constitucionalidade, com o Supremo Tribunal Federal atuando como legislador negativo e declarando a nulidade absoluta – com efeitos *erga omnes* e *ex tunc* – de todo e qualquer dispositivo legal incompatível com a Constituição. Esse caminho foi também o trilhado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, na crença de que seu papel de garantidor da Constituição seria bem cumprido se se limitasse à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis que lhe fossem submetidas ao controle por meio de sentenças simples.

O dogma da nulidade absoluta com efeitos retroativos – fruto da concepção doutrinária e jurisprudencial brasileiras com fundamento em norma constitucional

implícita¹⁴⁹ – foi paulatinamente abandonado pelo Supremo Tribunal Federal na última década e sua pauta de atuação como legislador negativo tem notoriamente mudado para uma orientação ativista sem precedentes na história do país.

Luís Roberto Barroso nota o fenômeno que se tornou o Supremo Tribunal Federal nos últimos tempos, alçado às manchetes de jornais pela extrema valorização que se confere aos posicionamentos e decisões judiciais como resultado, talvez, da redemocratização do país, da abrangente constitucionalização das matérias e do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade¹⁵⁰. A judicialização das causas, porém, não vem sozinha no Brasil; faz-se acompanhar da progressão de uma posição claramente ativista do Supremo Tribunal Federal que, ao mesmo tempo que trabalha para concretização dos valores e fins constitucionais, interfere no espaço de atuação dos demais poderes do Estado – notadamente do poder legislativo¹⁵¹.

O marco da viragem jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal de uma posição de autocontenção baseada no paradigma do legislador negativo rumo ao ativismo judicial é o RMS 22.307/DF¹⁵², por meio do qual a Corte, calcada no princípio da igualdade¹⁵³, estendeu aos servidores públicos civis o reajuste salarial no percentual de 28,86% concedido por lei apenas ao servidores públicos militares. A importância do julgado reside no fato de que o Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, entendeu

¹⁴⁹ Xavier, Taciana. *A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro*, in *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional – estudos luso-brasileiros de Direito Público*, Coordenação de Carlos Blanco de Moraes, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 365.

¹⁵⁰ Barroso, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro – exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 332-333.

¹⁵¹ Barroso, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro – exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 335. Barroso aproveita ainda para diferenciar a judicialização do ativismo judicial. Para o professor do Rio de Janeiro, enquanto que a judicialização é decorrência das circunstâncias do modelo constitucional adotado – e não do exercício de vontade política – o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico de interpretar a Constituição que expande seu sentido e seu alcance e que normalmente se instala em situações de retração do poder legislativo.

¹⁵² Recurso em Mandado de Segurança, Tribunal Pleno, relator Min. Marco Aurélio, julgado em 19/2/1997, publicado no DJ em 13/6/1997, p. 26722.

¹⁵³ Embora a fundamentação não resida em um princípio geral da igualdade, mas em norma constitucional específica que determina a revisão geral dos salários de servidores públicos, sem distinção entre civis e militares (artigo 37, XV), como nota Xavier, Taciana. *A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro*, in *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional – estudos luso-brasileiros de Direito Público*, Coordenação de Carlos Blanco de Moraes, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 395.

por bem suprir uma omissão relativa do legislador e, para isso, inclusive afastou – para o caso – o enunciado 339¹⁵⁴ de sua própria súmula e dedicou-se à edição do enunciado 672¹⁵⁵ em contraposição ao primeiro.

Passados alguns anos dessa primeira decisão indicativa de uma possível mudança de posicionamento, o Supremo Tribunal Federal passou a trilhar a passos firmes o caminho rumo ao ativismo judicial e pode-se dizer que na sede da ADI 2652/DF¹⁵⁶ proferiu uma sentença verdadeiramente aditiva.

No caso, a Associação Nacional dos Procuradores do Estado – ANAPE impugnou o artigo 14 do Código de Processo Civil brasileiro, na redação dada pela Lei 10.358/2001, por ressaltar apenas os advogados que se sujeitam exclusivamente ao estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil da imposição de multa por obstrução da justiça e, assim, discriminar os advogados que têm vinculação com entes estatais e estão submetidos também ao regime estatutário dessas entidades.

Analisando os fatos, o Supremo Tribunal Federal optou por estender a ressalva contida no dispositivo controvertido para alcançar todos os advogados, independentemente de sua vinculação a outros regimes; em outras palavras para maior clareza, o Supremo Tribunal Federal apercebeu-se da inconstitucionalidade do dispositivo pela violação ao princípio da igualdade de tratamento entre advogados públicos e advogados privados e optou por reguardar a isonomia pela estensão do regime aos indevidamente excluídos – e não pela declaração de inconstitucionalidade em sentença simples. Entre ampliação do regime mais favorável para abarcar os que também a ele faziam jus, mas se encontravam indevidamente excluídos, e a eliminação do regime do ordenamento jurídico, que prejudica os inicialmente contemplados pela lei e em nada contribui para a melhora da situação dos inicialmente discriminados, o Supremo Tribunal Federal pautou-se pela primeira opção.

¹⁵⁴ “Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.

¹⁵⁵ “O reajuste de 28,86%, concedido aos servidores militares pelas Leis 8.622/1993 e 8.627/1993, estende-se aos servidores civis do poder executivo, observadas as eventuais compensações decorrentes dos reajustes diferenciados concedidos pelos mesmos diplomas legais”.

¹⁵⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade, Tribunal Pleno, relator Min. Maurício Corrêa, julgada em 8/5/2003, publicada no DJ em 14/11/2003, p. 00012.

Em verdade, os julgamentos mais importantes do Supremo Tribunal Federal nessa primeira década do século XXI são marcados inegavelmente pelo ativismo judicial representado pela prolatação de sentenças manipulativas.

Poder-se-ia mencionar, a título de exemplo, o MI 712/PA¹⁵⁷, em que o Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar sobre a ausência de lei reguladora do direito de greve dos servidores públicos, decide suprir a omissão legislativa e aplica-lhes a Lei 7.783/89 – reguladora da greve no serviço privado. Apercebendo-se a Corte, porém, que algumas das disposições da mencionada lei não estariam adequadas às condições de coesão e interdependência social que o serviço público assegura, entendeu por bem adaptar a regulamentação legal às peculiaridades do serviço público. O alto grau de ativismo presente na decisão do Supremo Tribunal Federal causou surpresa em toda a comunidade jurídica¹⁵⁸ e demonstra a inegável disposição da Corte Constitucional do país em resolver os problemas sociais, talvez sob a filosofia de que os fins desejáveis justificam os seus meios de atuação.

Igualmente marcante a decisão proferida na ADI 3999/DF¹⁵⁹ a respeito da fidelidade partidária. No caso, questionava-se a legitimidade das Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral¹⁶⁰ por suposta usurpação de competência dos poderes legislativo e executivo para dispor sobre matéria eleitoral. O Supremo Tribunal Federal, argumentando que todos os direitos constitucionais devem dispor de instrumentos para assegurá-los, reconheceu a legitimidade das resoluções enquanto o poder legislativo não se pronunciar sobre a matéria, ainda que contrariando a intenção manifesta da Constituição de 1988 de se eximir de impor restrições à movimentação partidária¹⁶¹.

¹⁵⁷ Mandado de Injunção, Tribunal Pleno, relator Min. Eros Grau, julgado em 25/10/2007, publicado no DJe divulgado em 30/10/2008 e publicado em 31/10/2008, p. 00384.

¹⁵⁸ Casseb, Paulo Adib. *O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal Brasileiro – casos concretos*, in *As sentenças intermédias da justiça constitucional – estudos luso-brasileiros de direito público*, Coordenação de Carlos Blanco de Moraes, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 135.

¹⁵⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade, Tribunal Pleno, relator Min. Joaquim Barbosa, julgada em 12/11/2008, publicada no DJe 071, divulgada em 16/4/2009 e publicada em 17/4/2009, p. 00099.

¹⁶⁰ As resoluções do Superior Tribunal Eleitoral pretendiam resolver as dúvidas sobre a manutenção do mandato em caso de troca de partido político após as eleições e asseguram ao partido político e às coligações o direito de conservar a vaga obtida em caso de cancelamento de filiação ou transferência do candidato para outro partido ou coligação.

¹⁶¹ Ramos, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 252.

Especialmente demonstrativo da tendência ativista do Supremo Tribunal Federal, porém, é o longuíssimo voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1.351/DF¹⁶², em que se abriu tópico especificamente destinado à defesa da necessidade de uma solução diferenciada para o caso consistente na prolatação de sentença de efeitos aditivos. Após mencionar a experiência das Cortes Constitucionais europeias, o ministro Gilmar Ferreira Mendes defende a necessidade de técnicas inovadoras no controle de constitucionalidade e afirma categoricamente a tendência do Supremo Tribunal Federal de se aliar à jurisprudência mais progressista e assumir uma atuação criativa que possibilite a resolução de antigos problemas, relacionados à omissão legislativa, que representam entraves para a efetivação de direitos e garantias constitucionais.

Da análise da jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal pode-se facilmente verificar a expansão do poder judiciário, alimentada indubitavelmente pela crise de legitimidade do poder legislativo. A morosidade do legislador na concretização legal de dispositivos constitucionais de grande relevância social tem possibilitado que o Supremo Tribunal Federal tome para si a responsabilidade de assegurar o exercício de direitos fundamentais no decorrer da inércia legislativa.

Ao que parece, o binômio ativismo-autocontenção não é incomum nos países em que há controle de constitucionalidade das leis exercido por Cortes Constitucionais e o movimento entre os dois extremos, como nota Luís Roberto Barroso, costuma ser pendular. No caso brasileiro, o fenômeno do ativismo judicial tem inegável face positiva, que é o atendimento pelo judiciário das demandas sociais não satisfeitas pelo legislativo; a face negativa, porém, é o enfraquecimento da democracia pela concretização da imagem de um congresso inerte e desacreditado¹⁶³.

E a situação torna-se ainda mais peculiar pelo fato de que o ativismo do Supremo Tribunal Federal não se embasa em construções dogmáticas nem segue alguma linha de conduta que possa ser identificada; geralmente a modalidade de decisão de controle de constitucionalidade atípica que se pretende adotar no caso é mencionada, mas, ao fim, a Corte termina por tomar todas as providências que entende necessárias à garantia da Constituição sem muita preocupação com os limites da modalidade de

¹⁶² Ação Direta de Inconstitucionalidade, Tribunal Pleno, relator Min. Marco Aurélio, julgada em 7/12/2006, publicada no DJ em 30/3/2007, p. 00068.

¹⁶³ Barroso, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro – exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 337-338.

decisão mencionada. Essa característica, que pode ser facilmente observada nos julgados do Supremo Tribunal Federal anteriormente citados como exemplos de seu ativismo, dificultam em muito não só a classificação da modalidade de sentença manipulativa que é proferida em cada caso, mas também, em consequência, o controle da legitimidade da atuação judicial.

Diante desse quadro, e considerando que é tênue a linha divisória entre “a ousadia e a criatividade no exercício da função jurisdicional, indispensáveis à rápida adaptação do sistema jurídico diante das novas necessidades sociais, e o insidioso descaminho do ativismo judicial”¹⁶⁴, torna-se imprescindível a racionalização, tanto quanto possível, dos limites da Justiça Constitucional brasileira no controle abstrato de constitucionalidade por intermédio de sentenças aditivas. É bom deixar claro que não se quer com isso desmerecer as intenções do Supremo Tribunal Federal de proporcionar à sociedade a concretização constitucional que o legislador não lhe deu, mas apenas evitar que o afã da Corte Constitucional em dar efetividade aos direitos fundamentais não lhe transforme no perigoso “superlegislador”¹⁶⁵, não lhe deixe cega ao fato de que o Estado, apesar de ser de Direito, é também Democrático e deve ser construído com a participação dos representantes do povo.

4.2. Jurisdição Constitucional e as sentenças com efeitos aditivos em Portugal: atuação do Tribunal Constitucional do Palácio Ratton

O Tribunal Constitucional português, quando o assunto é emissão de sentenças com efeitos aditivos em sede de controle abstrato de constitucionalidade, pauta-se em geral pela autocontenção – por vezes até exagerada, pode-se dizer.

Essa afirmação pode ser facilmente observada no emblemático Acórdão 191/88, em que a Corte Constitucional, mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade, por violação ao princípio da igualdade, de norma que atribuía pensões de diferentes valores à viúva e ao viúvo em caso de falecimento do cônjuge em acidente de trabalho, optou por não estender o regime mais favorável ao viúvo em respeito à prerrogativa do legislador de tomar tal medida. Nesse caso, a autocontenção do Tribunal Constitucional mostrou-se tão exagerada que Carlos Blanco de Moraes, concluindo que a equiparação

¹⁶⁴ Ramos, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 226.

¹⁶⁵ Canotilho, J. J. Gomes. *Jurisdição Constitucional e intranquilidade discursiva*, in *Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976*, Organização de Jorge Miranda, volume I, Coimbra, Coimbra, 1996, p. 883.

das pensões pelo regime mais favorável era a única solução aceita pela Constituição e poderia, portanto, ter sido adotada pela Corte Constitucional, alterou seu entendimento esboçado na obra *Justiça Constitucional* para aceitar como legítimas também as decisões constitucionalmente obrigatórias de natureza conformadora¹⁶⁶.

Outro caso interessante de ser mencionado é o do Acórdão 423/87, em que o Tribunal Constitucional reconheceu a existência de omissão legislativa na previsão de ensino de religião e moral católica nas escolas públicas, sem previsão de igual cadeira para as demais religiões, mas se absteve de reconhecer a inconstitucionalidade sob o argumento de que o controle da norma dever-se-ia dar por fiscalização por omissão. Sofia Montelobo observa que o Tribunal Constitucional, ao que parece, quis escapar de uma decisão controversa e por isso remeteu a questão ao controle por omissão¹⁶⁷.

A verdade é que o Tribunal Constitucional do Palácio de Rattón permite-se à utilização de sentenças com efeitos aditivos nos casos de controle concreto de constitucionalidade; já nos casos de controle abstrato de constitucionalidade, a Corte é insegura quanto aos limites de sua atuação e, por isso, pauta-se pela autocontenção que lhe possibilita suprir as omissões legislativas apenas nos casos de sentenças constitucionalmente obrigatórias¹⁶⁸.

A observação que cabe neste ponto, portanto, é a oposta daquela apontada no item anterior, já que, da mesma forma que não se deseja uma Corte Constitucional que tenha pretensões de arvorar-se em legislador, não se quer um Tribunal receoso de cumprir sua tarefa de proteção da Constituição e de garantia dos direitos fundamentais. A discricionariedade judicial, como já se afirmou, é hoje inevitável e a Corte Constitucional deve tomar em conta essa circunstância para buscar a criatividade que soluciona as demandas sociais não respondidas pelo legislador sem desbordar dos limites da atuação jurisdicional.

¹⁶⁶ Morais, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos*, in *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional – estudos luso-brasileiros de Direito Público*, Coordenação de Carlos Blanco de Morais, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 114-115.

¹⁶⁷ Montelobo, Sofia. *A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controle de constitucionalidade por ação*, in *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional – estudos luso-brasileiros de Direito Público*, Coordenação de Carlos Blanco de Morais, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 301.

¹⁶⁸ Morais, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos*, in *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional – estudos luso-brasileiros de Direito Público*, Coordenação de Carlos Blanco de Morais, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 64.

5. Conclusões

I. O modelo de separação de poderes que integra a estrutura dos modernos Estados de Direito baseia-se na construção dada por Montesquieu em seu *O espírito das leis*. A alteração das realidades histórica e social, porém, não permite que esse mesmo modelo seja utilizado no interior dos Estados contemporâneos sem as devidas adaptações na distribuição de funções entre os poderes estatais. A modificação da lei – que deixou de coincidir com o Direito – e o fortalecimento da Constituição – que passou a gozar de força normativa e exigir não só o respeito da forma, senão também do conteúdo de suas disposições – tiveram como consequência o recrudescimento do poder judiciário, que adquiriu a incumbência de garantir e proteger essa nova ordem de valores e direitos constitucionais vinculativos de todos os órgãos e poderes do Estado. Embora não exista nenhum modelo patenteado de separação de poderes que garanta a relegação do poder judiciário a uma eterna situação de nulidade no interior do Estado, a modificação de sua forma de atuação desde sempre lhe proporcionou acusações de ilegitimidade e ofensa ao equilíbrio entre os poderes do Estado, especialmente no exercício da controversa função de controle de constitucionalidade das leis. Em tempos atuais, em que o ativismo judicial é marca notória da atuação de muitas Cortes Constitucionais, a procura do ponto de equilíbrio no exercício das funções estatais pelos três poderes torna-se de imprescindível importância.

II. A Justiça Constitucional, surgida no início do século XX com base no paradigma do legislador negativo de Hans Kelsen, tem desde o princípio o principal objetivo de exercer o controle de constitucionalidade das leis e hoje é reconhecida como expressão do Estado de Direito. O seu posicionamento na zona limítrofe entre o poder judiciário e o poder legislativo, porém, confere-lhe uma legitimidade de atuação de limites muito controversos, situação que se torna ainda mais problemática quando se tem em consideração as repercussões políticas e sociais inerentes a muitas das matérias que lhe são submetidas a apreciação.

III. A legitimidade da Justiça Constitucional não mais pode ser questionada com seriedade com base nos dogmas da soberania do parlamento e da separação dos poderes entendidos em suas concepções clássicas, pois a atribuição de maiores e mais importantes funções ao poder judiciário é apenas reflexo da maior demanda social pela efetivação de direitos fundamentais e vinculação dos poderes do Estado à Constituição. Tampouco é contestável a legitimidade da Justiça Constitucional para efetuar o controle abstrato de constitucionalidade, já que essa função lhe é atribuída pela própria

Constituição com o intuito de garantir a estabilidade e o desenvolvimento constitucional. A Justiça Constitucional, nos Estados de Direito contemporâneos, legitima-se pelo procedimento judicial e pela comunicação deliberativa, formando ao lado da decisão da maioria manifestada pelo poder legislativo dois processos de desenvolvimento da democracia com racionalidades próprias.

IV. Na pauta da discussão acerca da Justiça Constitucional devem figurar os limites de sua atuação, que, esses sim, ainda permanecem instáveis, especialmente pelo caráter aberto e ambíguo das normas constitucionais. Sendo ainda inviável a definição de uma linha abstrata que delimite até onde vai a legitimidade do controle de constitucionalidade, a racionalidade que se busca conferir às relações entre o poder legislativo e o poder judiciário talvez passe pela necessidade de autocontenção judicial nas questões de natureza política. A discricionariedade judicial é um dado inevitável e a criatividade faz também parte da tarefa do aplicador do Direito, mas essa atividade encontra-se limitada não nos procedimentos formais, mas nos limites substanciais que a própria Constituição impõe.

V. As sentenças com efeitos aditivos são representativas da metamorfose do poder judiciário no interior do Estado de Direito contemporâneo e da crescente preocupação dos juízes em garantir a força normativa da Constituição pela tutela material dos direitos fundamentais e dos princípios estruturantes da Constituição. Criação do Tribunal Constitucional italiano, as sentenças com efeitos aditivos são espécie de sentença manipulativa com destinação especial de resguardar o princípio da igualdade nos casos de omissão relativa do legislador.

VI. As sentenças com efeitos aditivos recebem as mais diversas conceituações da doutrina, as quais deixam de antemão transparecer os posicionamentos contrários ou favoráveis de cada autor acerca do tema. Em suma, pode-se dizer que a generalidade dos autores concorda que as sentenças com efeitos aditivos compõem-se do reconhecimento, pela Corte Constitucional, de uma omissão do legislador ofensiva a direitos fundamentais; da declaração de inconstitucionalidade de parte ideal da norma controlada em virtude do vazio legislativo; e, por fim, da sanção da omissão pela própria Corte Constitucional com o acréscimo da porção necessária para evitar a declaração simples e total de inconstitucionalidade. Os casos, porém, em que esse tipo de decisão judicial seria legítima restringem-se àqueles em que há uma omissão relativa do legislador, ou seja, àqueles em que a regulamentação da situação da vida pelo órgão legislativo deu-se de forma violadora ao princípio da igualdade.

VII. Favoravelmente à prolatação de sentenças com efeitos aditivos pelas Cortes Constitucionais levantam-se os argumentos da supremacia da Constituição – já que essa modalidade de decisão constituiria solução rápida e constitucionalmente embasada para o controle das omissões relativas do legislador –, do aproveitamento dos atos e respeito pela conservação da lei, do preenchimento de vazios e lacunas legislativas e de sua consolidação pela prática jurisprudencial.

VIII. Contrariamente à legitimidade da utilização de sentenças com efeitos aditivos podem ser mencionados como argumentos centrais: a ofensa à separação de poderes – não caberia ao magistrado querer “consertar” a lei em caso de inconstitucionalidade, mas apenas reconhecer a inconstitucionalidade e deixar espaço ao legislador para que a corrija –, a ofensa ao princípio da preferência pelo legislador e ao princípio democrático e a violação do princípio do equilíbrio orçamental – decorrente da interferência indevida do poder judiciário no orçamento do Estado pela ampliação ou modificação do âmbito da norma.

IX. O tratamento da omissão relativa do legislador pela Corte Constitucional pode optar pela autocontenção, que evita as tensões entre os poderes legislativo e judiciário, ou pelo ativismo judicial, em prol da supremacia da Constituição e da garantia dos direitos fundamentais. A questão é a de saber, porém, se realmente só há caminhos radicalmente opostos entre si ou se, sendo a tutela material dos direitos fundamentais e o equilíbrio entre as funções do Estado expressões da mesma supremacia constitucional, não haveria respostas que as pudessem compatibilizar. A doutrina sobre a admissibilidade das sentenças com efeitos aditivos como forma de solução das omissões relativas do legislador pode ser dividida entre posições minimalistas, meridianas e maximalistas. Embora as posições minimalistas e maximalistas tenham o inegável mérito de chamar a atenção tanto para os casos em que a atuação da Corte Constitucional é imprescindível para o preenchimento da omissão relativa do legislador quanto para as hipóteses em que a prolatação das sentenças com efeitos aditivos é evidentemente ilegítima, as posições meridianas são as que com mais aptidão agregam todos os valores constitucionais envolvidos nas tensões entre poder legislativo e poder judiciário.

X. As sentenças com efeitos aditivos são a nova resposta encontrada pelo poder judiciário anos novos problemas sociais que lhe tem sido levados em busca de uma solução. A despeito das situações em que serão sempre indicadas – caso das sentenças aditivas de princípio e das sentenças que descodifiquem conceitos jurídicos

indeterminados – e daquelas em que estão vedadas – a exemplo das sentenças de revisão constitucional e das sentenças substitutivas –, há situações que não se enquadram em nenhuma dessas duas hipóteses, notadamente nos casos de sentenças aditivas em sentido estrito. Nesse limbo jurídico, deve-se considerar os princípios da proporcionalidade, da segurança jurídica e da proteção de confiança como critérios justificadores da reposição da igualdade ou da autocontenção da Corte Constitucional.

XI. O Supremo Tribunal Federal, que se costumava pautar pelo paradigma do legislador negativo no exercício da função de controle de constitucionalidade, tem paulatinamente abandonado essa posição de autocontenção para caminhar rumo ao ativismo judicial. A nova posição adotada pela Corte Constitucional certamente se deve à crise de legitimidade por que passa o desacreditado poder legislativo brasileiro e sua face positiva é justamente o atendimento das demandas sociais não satisfeitas pelo legislador. A inexistência de uma linha de conduta que possa ser claramente definida na atuação do Supremo Tribunal Federal, porém, impossibilita a classificação das modalidades de sentenças manipulativas utilizadas pela Corte e coloca em pauta a discussão do desrespeito dos limites entre função jurisdicional e função legislativa em muitas das decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal.

XII. O Tribunal Constitucional do Palácio de Rattón, quando o assunto é a prolatação de sentenças com efeitos aditivos em sede de controle abstrato de constitucionalidade, ostenta uma posição de exagerada autocontenção. O receio de avançar no campo de atuação do legislador, porém, faz com que a Corte Constitucional portuguesa deixe de agir no socorro da Constituição e dos direitos fundamentais quando sua atuação era de fato demandada e necessária. Nessa senda, deve o Tribunal Constitucional do Palácio de Rattón buscar exercer a criatividade inerente a sua atividade para responder adequadamente as demandas sociais que lhe são apresentadas.

6. Bibliografia

Alvarez, Lautaro Ríos. *Elementos fundamentales de la Justicia Constitucional*, in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 5, 2001, p. 309-334.

Bachof, Otto. *Jueces y Constitución*, Tradução de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Civitas, 1985.

Barroso, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro – exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, São Paulo, Saraiva, 2009.

Bonavides, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*, in Revista de Estudos Avançados, 18, 51, maio/agosto 2004, p. 127-150.

Branco, Ricardo. *O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral*, Coimbra, Coimbra, 2009.

Brito, José de Sousa e. *Jurisdição constitucional e princípio democrático*, in Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993), Coimbra, Coimbra, 1995, p. 39-47.

Canotilho, J. J. Gomes. *A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional*, in Nos dez anos da Constituição, Organização de Jorge Miranda, Lisboa, Imprensa nacional – Casa da Moeda, 1987, p. 347-372.

Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2003.

Canotilho, J. J. Gomes. *Jurisdição Constitucional e intransigibilidade discursiva*, in Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976, Organização de Jorge Miranda, volume I, Coimbra, Coimbra, 1996, p. 871-887.

Cappelletti, Mauro. *The “mighty problem” of judicial review and the contribution of comparative analysis*, in Southern California Law Review, 53, 1979-1980, p. 409-445.

Casseb, Paulo Adib. *O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal Brasileiro – casos concretos*, in As sentenças intermédias da justiça constitucional –

estudos luso-brasileiros de direito público, Coordenação de Carlos Blanco de Moraes, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 117-164.

Ely, John Hart. *Democracy and distrust – a theory of judicial review*, Cambridge, Massachusetts and London, Harvard University Press, 1980.

Enterría, Eduardo García. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2006.

Esteves, Maria da Assunção. *Legitimação da Justiça Constitucional e princípio maioritário*, in *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993)*, Coimbra, Coimbra, 1995, p. 127-138.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n. 9.868, de 10 de novembro e n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999)*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, 2001, p. 105-124.

Garcia, Emerson. *Princípio da separação de poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais*, in *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XLVI, n. 2, 2005, p. 955-999.

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, Madrid, Trotta, 1998.

Hoecke, Mark Van. *Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation*, in *Ratio Juris*, 14, 4, December 2001, p. 415-423.

Jellinek, Georg. *Teoría general del Estado*, Tradução de Fernando de los Ríos, Ciudad del México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

Kelsen, Hans. *A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)*, in *Sub Judice – sociedade e justiça*, 20/21, janeiro/junho, 2001, p. 9-32.

Kimminich, Otto. *A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes*, in *Revista de Informação Legislativa*, 27, 105, jan/jul 1990, p. 283-302.

Llorente, Francisco Rubio. *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho*, in Revista Española de Derecho Constitucional, 8, 22, Enero-Abril 1988, p. 9-51.

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

Mendes, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – estudos de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2004.

Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2007.

Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2008.

Mesa, Glória Patricia Lopera. *La problemática legitimidad de la justicia constitucional*, in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 5, 2001, p. 227-256.

Miranda, Jorge. *Ciência política – formas de governo*, Pedro Ferreira, Lisboa, 1996.

Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, tomo VI, Coimbra, Coimbra, 2008.

Miranda, Jorge. *Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional*, in Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993), Coimbra, Coimbra, 1995, p. 91-104.

Montelobo, Sofia. *A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controle de constitucionalidade por ação*, in As sentenças intermédias da Justiça Constitucional – estudos luso-brasileiros de Direito Público, Coordenação de Carlos Blanco de Moraes, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 165-323.

Montesquieu. *De l'esprit des lois*, Paris, Librairie Garnier Frères, 1924.

Moraes, Alexandre de. *Legitimidade da Justiça Constitucional*, in Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, 4, 1, jan/jul 2006, p. 311-338.

Morais, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos*, in *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional – estudos luso-brasileiros de Direito Público*, Coordenação de Carlos Blanco de Moraes, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 15-115.

Morais, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2005.

Moreira, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da Justiça Constitucional*, in *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993)*, Coimbra, Coimbra, 1995, p. 177-198.

Neves, A. Castanheira. *Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 130º ano, 3883, 1998, p. 290-303.

Neves, A. Castanheira. *Lições de introdução ao estudo do Direito*, Coimbra, Coimbra, 1968-69.

Novais, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2006.

Palma, Maria Fernanda. *O legislador negativo e o intérprete da Constituição*, in *O Direito*, 140º ano, III, 2008, p. 523-536.

Pelicioli, Ângela Cristina. *A sentença normativa na jurisdição constitucional – o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo*. São Paulo: LTr, 2008.

Piçarra, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e como princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra, 1989.

Ramos, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010.

Silva, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003.

Stern, Klaus. *Génesis y evolución del constitucionalismo americano-europeo: algunos comentarios sobre aspectos fundamentales*, in *Jurisdicción constitucional y legislador*, Tradução de Alberto Ohling de los Reyes, Madrid, Dykinson, 2009, p. 137-155.

Stern, Klaus. *Jurisdicción constitucional y legislador*, in *Jurisdicción constitucional y legislador*, Tradução de Alberto Ohling de los Reyes, Madrid, Dykinson, 2009, p. 31-85.

Streck, Lênio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas – Da possibilidade à necessidade de resposta corretas em direito*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

Sunstein, Cass R. *The legitimacy of Constitutional Courts: notes on theory and practice*, in *East European Constitutional Review*, 6, 1997, p. 61-63.

Suordem, Fernando Paulo da Silva. *Princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais – a administração pública no estado moderno: entre as exigências de liberdade e organização*, Coimbra, Almedina, 1995.

Valle, Rubén Hernández. *El principio democrático como límite de la jurisdicción constitucional*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 88, 229, jan/abril 1997, p. 221-258.

Xavier, Taciana. *A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro*, in *As sentenças intermédias da justiça constitucional – estudos luso-brasileiros de direito público*, Coordenação de Carlos Blanco de Moraes, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 325-408.

Zagrebelsky, Gustavo. *Jueces Constitucionales*, in *Teoría del neoconstitucionalismo – ensayos escogidos*, Madrid, Trotta/ Instituto de investigaciones jurídicas – UNAM, 2007, p. 91-104.