

Elival da Silva Ramos

Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP.  
Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Professor nos Cursos de Especialização (pós-graduação *lato sensu*) da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo, da Escola Paulista da Magistratura, da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo e da Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC. Procurador do Estado de São Paulo. Vice-Presidente do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, do Conselho Consultivo da Sociedade Brasileira de Direito Público, da Comissão Editorial da Revista de Direito Constitucional e Internacional editada pelo IBDC e do Conselho Consultivo da Revista Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação do Centro Universitário FIEO – UNIFIEO.

# ATIVISMO JUDICIAL

Parâmetros  
Dogmáticos

MFN  
21948

F. 29.027

2010

54 (2010)

 Editora  
Saraiva

CAPÍTULO II  
O ATIVISMO JUDICIAL À LUZ DO DIREITO  
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

SEÇÃO I

CARACTERIZAÇÃO DOGMÁTICA DO ATIVISMO

Sumário: 15. Aplicação da Constituição e ativismo. 16. A categoria retórica das questões políticas. 17. Os diversos graus de controle judiciário em matéria constitucional: 17.1. Inexistência de controle: função de governo; 17.2. Controle mínimo: exercício da jurisdição pelo Poder Legislativo; 17.3. Controle médio fraco: atos *interna corporis*; atos de Chefe de Estado e controle de constitucionalidade fundado em princípios; 17.4. Controle médio forte: controle de constitucionalidade fundado em regras e de atos administrativos em que haja discricionariedade; 17.5. Controle máximo: atos administrativos plenamente vinculados. 18. A vinculação da interpretação ao texto-base. 19. As exigências sistêmicas: princípios implícitos e nexos funcionais. 20. A necessária intervenção legislativa para o desdobramento de princípios constitucionais. 21. A limitação eficaz das normas constitucionais. 22. Aspectos específicos do controle abstrato de normas: 22.1. A modulação dos efeitos temporais das decisões de controle. 22.2. As sentenças interpretativas e manipulativas em sentido estrito.

15 Aplicação da Constituição e ativismo

Uma vez conceituado o ativismo judicial como o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional, é preciso situar a temática no contexto de determinado sistema jurídico se quisermos avançar em relação ao estabelecimento de critérios que permitam a caracterização de tal ou qual decisão como ativista. No presente estudo, esse tratamento dogmático do ativismo judiciário será feito à luz do ordenamento brasileiro e terá por foco apenas a aplicação da Constituição, ou seja, as decisões versando sobre matéria constitucional.

Quando se alude à ultrapassagem dos marcos normativos materiais da função jurisdicional não significa isso, por certo, que decisões ativistas, necessariamente, ampliem, de modo juridicamente inaceitável, o campo de incidência projetado por um enunciado normativo. Os limites substanciais a serem observados pelo Poder Judiciário no exercício de sua função típica são os referentes à atividade de interpretação e aplicação que constitui o seu cerne, a qual sempre considera o conjunto do ordenamento, seja para fixar o sentido das disposições que o integram, seja para estabelecer a adequada relação entre elas. A norma de decisão concretizada pelo juiz poderá desbordar do direito aplicado de múltiplas formas, como, por exemplo, deixando de reconhecer a revogação ou a invalidade de dispositivo legal ou ampliando, reduzindo ou alterando o espaço de interpretação que ele comporta. No caso de textos normativos veiculadores de conceitos indeterminados, a incursão do Poder Judiciário na zona de significação dúbia, conquanto não se possa afirmar desbordante do dispositivo de base, pode importar em obstaculização do exercício de discricionariedade legislativa ou administrativa assentada no princípio da separação dos Poderes, princípio esse que resultaria, afinal, violado.

Não se discute que o fenômeno do ativismo pode ocorrer na aplicação de normas de qualquer setor do ordenamento. Todavia, a busca de parâmetros que permitam a sua identificação em concreto se revela mais produtiva se for feita levando em conta as peculiaridades dos preceitos aplicados, podendo, destarte, se circunscrever a conhecimento dogmático objeto de sistematização específica, cientificamente autônoma.

A singularidade do ativismo judiciário em matéria constitucional está, pois, diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, que, dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento, revogando-as ou invalidando-as em caso de conflito<sup>341</sup>, o

<sup>341</sup> No primeiro caso, as normas subalternas precedem às constitucionais, sendo, pois, revogadas com o seu advento, ao passo que, no segundo, são posteriores às normas parâmetro e, desse modo, inquinadas do vício de inconstitucionalidade. Discorri sobre o tema na obra *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 67-73. A Constituição portuguesa de 1976 enquadrava a hipótese de revogação de ato normativo pela Constituição no conceito de inconstitucionalidade (cf. art. 282, n. 2), o que se reflete no plano doutrinário, aludindo os constitucionalistas lusos à categoria da "inconstitucionalidade superveniente" (em contraposição a inconstitucionalidade originária): veja-se, dentre outros, Jorge Miranda, *Manual*, t. 2, cit., p. 285-90 e 340.

caráter nomogenético de boa parte dos preceitos constitucionais, concretizados na estrutura lógica de normas-princípio, o que amplia sua incidência a outros quadrantes do ordenamento, porém, torna menos intensa sua capacidade regulatória direta; a fluidez e a decorrente imprecisão semântica (vagueza e ambiguidade) da linguagem constitucional, frequentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo; a fundamentalidade da maior parte das normas formalmente constitucionais<sup>342</sup>, que dizem respeito a aspectos básicos da organização estatal e de seu relacionamento com a sociedade civil<sup>343</sup>; a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciais com atuação mais decisiva no tocante à interpretação-aplicação da Constituição, quer por lhes incumbir, a título exclusivo, o controle de constitucionalidade de atos e omissões legislativas (sistema europeu), quer por se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário e que, nessa condição, tem a palavra final sobre questões constitucionais (sistema estadunidense).

Diante disso, não se deve restringir o exame do ativismo judicial de natureza constitucional ao controle de constitucionalidade, ou seja, à jurisdição constitucional em sentido estrito. Se a essência do fenômeno está no menoscabo aos marcos normativos que balizam a atividade de concretização de normas constitucionais por juízes e tribunais, toda e qualquer situação que envolva a aplicação da Constituição por esses órgãos há que ser avaliada. Desse modo, o ativismo pode se dar em sede de fiscalização de atos legislativos ou administrativo-normativos, mas, também, no âmbito do controle de atos administrativos de natureza concreta, de atos jurisdicionais atribuídos a outro Poder ou de atos relativos ao exercício da função de chefia de Estado<sup>344</sup>.

<sup>342</sup> Refiro-me, nesse passo, às normas formal e materialmente constitucionais.

<sup>343</sup> Conforme ensina Norberto Bobbio, *Dicionário de política*, cit., p. 1206-11, "a expressão Sociedade civil teve, no curso do pensamento político dos últimos séculos, vários significados sucessivos". O mais comum deles na linguagem política atual, do qual tenho me valido, é de inspiração marxista e foi assim expressado por Bobbio: "Na contraposição Sociedade civil-Estado, entende-se por Sociedade civil a esfera das relações entre indivíduos, entre grupos, entre classes sociais, que se desenvolvem à margem das relações de poder que caracterizam as instituições estatais. Em outras palavras, Sociedade civil é representada como o terreno dos conflitos econômicos, ideológicos, sociais e religiosos que o Estado tem a seu cargo resolver, intervindo como mediador ou suprimindo-os; como a base da qual partem as solicitações às quais o sistema político está chamado a responder; como o campo das várias formas de mobilização, de associação e de organização das forças sociais que impõem à conquista do poder político".

<sup>344</sup> No artigo La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho, Francisco Rubio Llorente seguiu diretriz diversa, por que, na verdade, pretendeu restringir o seu

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devessem ser sopesados por outro poder etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação institucional<sup>345</sup>, prática essa cuja gravidade fala por si só. Se o caso envolve o cerceamento da atividade de outro Poder, fundada na discricionariedade decorrente de norma constitucional de princípio ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na função constituinte<sup>346</sup>, haverá a interferência indevida na função correspondente à atividade cerceada (administrativa, legislativa, chefia de Estado etc.). É de se ressaltar, portanto, que o ativismo judicial em sede de controle de constitucionalidade pode agredir o direito vigente sob dois prismas diversos: pela deformação da normatividade constitucional e pela deformação, simultaneamente ou não, do direito infraconstitucional objeto de fiscalização, nessa última alternativa mediante, por exemplo, a indevida declaração de constitucionalidade ou

estudo à interferência do Poder Judiciário na conformação do direito infraconstitucional tomando, pois, como referência não as normas utilizadas como parâmetro do controle judicial e sim os atos normativos controlados (e as normas por eles veiculadas). Não deixou, contudo, de reconhecer a insuficiência de sua abordagem no que concerne à visualização completa do problema da criação do direito pelo juiz constitucional (La jurisdicción, cit., p. 10-1).

<sup>345</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz conceitua a *mutação constitucional* como a "alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas" (*Processos informais*, cit., p. 9). A reportada constitucionalista dedica todo um capítulo de sua vanguardeira monografia às mutações institucionais, dentre as quais arrola os casos de interpretação judicial contrária à Constituição (p. 245).

<sup>346</sup> Por função constituinte deve-se entender a atividade de atualização do texto constitucional, deferida ao denominado (impropriamente que seja) Poder Constituinte de reforma. André Ramos Tavares, *Teoria da justiça constitucional*, cit., p. 217-52, cuida do assunto, ao abordar a função interpretativa e de enunciação constitucional dos Tribunais Constitucionais.

de inconstitucionalidade de dispositivo legal ou de variante exegetica a partir dele construída<sup>347</sup> e <sup>348</sup>.

## 16 A categoria retórica das questões políticas

Qualquer tentativa de assentar critérios dogmáticos para a filtragem das práticas judiciárias, reputando-as ativistas ou não, há de passar, necessariamente, pela doutrina das *questões políticas*. Com efeito, tem sido esse o parâmetro invocado com mais frequência, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, para extremar o campo de atuação constitucionalmente franqueado ao Poder Judiciário, daquele em que lhe é vedada a incursão, sob pena de infringência ao princípio da separação dos Poderes. E de tal sorte se tornou fonte inspiradora do *self-restraint* judicial na Primeira República que acabou ingressando no corpo da Constituição de 16 de julho de 1934, cujo artigo 68 declarava ser "vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas"<sup>349</sup>.

Em monografia dedicada ao tema, José Elaeeres Marques Teixeira aponta que "a doutrina das questões políticas surgiu pela primeira vez na Suprema Corte dos Estados Unidos, simultaneamente com a doutrina do *347* Rubio Llorente, *La Jurisdicción*, cit., p. 49-51, observa que, "ao ter como objeto de sua decisão não o enunciado da lei, mas as normas jurídicas nele contidas (...) os Tribunais Constitucionais europeus estão criando um Direito que se aparta radicalmente do nosso modelo até agora". De fato, "se a anulação do enunciado legal, em sua totalidade ou em parte (...), não significa outra coisa que a atuação, junto ao legislador positivo, de um legislador negativo (...), a invalidação de normas que as regras habituais de interpretação e integração permitem deduzir de disposições legais cuja validade, sem embargo, se mantém, estabelece uma dissociação total entre as leis e os conteúdos normativos efetivamente vigentes", com o que "nosso Direito se converte de maneira crescente em um 'direito de juristas', cuja ignorância resultará cada vez mais difícil não aceitar como escusa de seu cumprimento". O ativismo judicial nessa seara torna ainda mais agudo o caráter dessaturante da criação do direito pelas Cortes Constitucionais, em termos de invalidação ou não de opções exegeticas vinculadas a textos normativos infraconstitucionais.

<sup>348</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no artigo O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente, *Revista do Advogado*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, 99:90, set. 2008, faz alusão à assunção de um papel político pelo Poder Judiciário, "seja como 'constituinte' e 'legislador', seja como determinador de ações ou políticas públicas", anotando que tal fato suscita "vários e graves questionamentos", à luz do princípio da separação dos Poderes e da legitimidade democrática.

<sup>349</sup> O dispositivo foi mantido, com a mesma redação, na Carta de 1937, correspondendo ao seu art. 94, não encontrando guarida, entretanto, nos textos constitucionais posteriores.

controle judicial de constitucionalidade"<sup>350</sup>. De fato, no julgamento em que se lançaram as bases do *judicial review* (*Marbury v. Madison* - 1803), o *Chief Justice* John Marshall fez uma distinção entre os poderes discricionários conferidos à Presidência da República pela Constituição e por esta, eventualmente, delegados aos Secretários de Estado, os quais não admitem controle jurisdicional, e a atuação vinculada dessas autoridades, que jamais podem dispor ao seu talante de direitos individuais oponíveis ao Poder Público<sup>351</sup>. Assim, onde "os chefes de administração são instrumentos políticos e confidentais do poder Executivo, instituídos apenas para cumprir as vontades do presidente, ou antes, para servir em assuntos, nos quais o Executivo exera discricção legal ou constitucional (...), perfeitamente óbvio é que seus atos não são examináveis senão politicamente". Porém, de outra parte, "onde a lei estatui especificamente um dever, e há direitos individuais, dependentes da observância deste, igualmente manifesto é que qualquer indivíduo, que se considere agravado, tem o direito de recorrer, em procura de remédio, às leis do país". Rui Barbosa, de cuja pena provieram as transcrições, em vernáculo, da lição de Marshall, afirma que o seguinte excerto condensaria a fórmula utilizada pelo célebre magistrado a propósito do dilema das questões políticas:

"A esfera do tribunal é unicamente decidir acerca dos direitos individuais, não investigar de que modo o Executivo (ou seus funcionários) se desempenha de encargos cometidos à sua discricção"<sup>352</sup>.

Aliás, se deve ao trabalho competente e persistente de Rui junto ao Supremo Tribunal Federal, na condição de advogado, a importação ao Brasil da *political question doctrine*, tendo atuado, especialmente, para evitar uma deturpação ou má compreensão dessa construção teórica que

<sup>350</sup> A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 2005, p. 24.

<sup>351</sup> É de se recordar que o *leading case* mencionado consistiu em um *writ of mandamus* impetrado pelo juiz de paz (nomeado) William Marbury, em face da recusa do Secretário de Estado James Madison de lhe entregar o título de investidura (com efeitos equivalentes à posse), na transição entre os governos de John Adams e Thomas Jefferson. Para uma narrativa sintética do contexto histórico do caso, do conteúdo da decisão e de suas consequências, veja-se Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 3-10.

<sup>352</sup> Cf. Rui Barbosa, *Atos inconstitucionais*, Campinas, Russel, 2003, p. 110.

deixasse ao desamparo direitos individuais, simplesmente por se estar diante de matéria inserida em "região política", impenetrável à autoridade da justiça"<sup>333</sup>.

Em *Altos inconstitucionais*, o célebre jurista baiano deixou consignado que "a questão pode ser política (no sentido que nos interessa: no sentido estrito) por três modos: pela natureza do assunto, pela forma que a controvérsia assumir, pelos termos em que a resolverem". A politicidade da questão quanto à forma estava relacionada ao exame da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo enquanto objeto principal do processo (controle principal), sendo que uma questão de constitucionalidade também se caracterizaria como política se fosse resolvida em termos abrangentes (*eficácia erga omnes*), que não se circunscrevessem ao caso julgado, como etapa necessária para se chegar à "fracção do direito dos litigantes"<sup>334</sup>. Como se percebe, aqui a teoria das questões políticas foi utilizada para demarcar os limites formais impostos à atuação do Poder Judiciário em sede de fiscalização de constitucionalidade, à luz das características do sistema de controle de padrão estadunidense<sup>335</sup>. No entanto, o que mais importa aos fins da investigação em curso é examinar o que Rui considerava questão política por sua natureza, algo que se conecta diretamente ao tema dos limites materiais da função jurisdicional. Pois é nesse ponto que as contribuições precursoras da jurisprudência e doutrina estadunidenses sobre as *political questions* foram transpostas por Rui Barbosa ao direito brasileiro, de acordo com a fórmula clássica de Marshall, que combinava a ideia de discricionariedade (legislativa, administrativa, de chefia de Estado etc.) com a de respeito aos direitos e liberdades individuais. Em suma, o exercício de poderes discricionários importa sempre em avaliações presididas pelo bi-

333 Cf. José E. Marques Teixeira, *A doutrina*, cit., p. 62: "O processo de definição dos contornos da doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal, no entanto, não ocorreu de forma tranquila. Foi preciso o trabalho persistente de Rui Barbosa em esclarecer o Tribunal sobre o seu papel na República e o sentido que tinha a *political question doctrine* na Suprema Corte norte-americana, para que ele se conscientizasse da necessidade de uma atuação à altura das relevantes funções que lhe haviam sido conferidas pela Constituição de 1891".

334 Veja-se *Altos inconstitucionais*, cit., p. 107-9.

335 Sobre a origem histórica, as bases ideológicas e as características do sistema modelar estadunidense de controle de constitucionalidade, veja-se minha tese *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, apresentada em concurso junto ao Departamento de Direito do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no ano de 2005, p. 101-19.

nômio conveniência e oportunidade (escolhas quanto à presença dos pressupostos, ao momento, ao próprio conteúdo da medida a ser adotada etc.), as quais, entretanto, devem ser feitas nos estritos limites admitidos pelo ordenamento e em sintonia com os elementos inteiramente vinculados do ato a praticar (por exemplo, a competência). Uma vez rompido o círculo no qual se movimenta livremente o órgão ou a autoridade em favor de quem se reconhece a discricionariedade e, desde que presente a lesão a direito subjetivo, a justificar a intervenção do Poder Judiciário, poderá este reparar a lesão causada sem qualquer empeco. Dos escritos de Rui sobre o tema, pode-se inferir que não há propriamente matérias de natureza política, em que a atuação do Poder Público seja inteiramente discricionária e, portanto, imune ao controle judiciário; o que há são aspectos discricionários de determinadas matérias de elevada conotação política, constitucionalmente reguladas<sup>336</sup>.

No entanto, na já centenária história, entre nós, do uso da categoria das questões políticas como parâmetro de autocontenção do Poder Judiciário, o que se verifica é que a procura de fundamentos para não conhecer de ações envolvendo questões politicamente delicadas levou o Supremo Tribunal Federal, nos primórdios de sua jurisprudência (como também o fez a Suprema Corte americana), a maximizar a amplitude da cláusula de exclusão, fazendo coincidir o conceito de questão política com o de matéria política. Em outras palavras, a sua incompetência para decidir se orientaria por um critério material (*ratione materiae*), e não por um critério funcional (*ratione muneris*). Haveria, assim, assuntos impenetráveis ao controle jurisdicional, mesmo que neles aflorassem questões jurídicas, como é o caso da violação à Constituição, o que se adigra manifestamente contrário aos princípios do Estado Constitucional de Direito.

O caso mais emblemático de maximização da cláusula das questões políticas pelo Supremo Tribunal Federal é o representado pelo julgamento do *Habeas Corpus* n. 300, perpetrado por Rui Barbosa em favor de pessoas presas por ordem do Presidente (interino) Floriano Peixoto, durante período de intensas conturbações políticas provocadas pela negativa de convocação de eleições para a Presidência da República (que vagara em razão da

336 Tal interferência pode ser extraída, por exemplo, de uma das conclusões apresentadas por Rui sobre "a exceção dos casos políticos", *Altos inconstitucionais*, cit., p. 118: "Se o ato não é daqueles que a Constituição deixou à discricção da autoridade, ou se, ainda que o seja, contravenem às garantias individuais, o caráter político da função não esbulha do recurso reparador as pessoas agravadas".

renúncia de Deodoro da Fonseca), sob o fundamento de suspensão das garantias constitucionais em razão da decretação de estado de sítio. A decretação de estado de sítio sempre figurou nas listas de matérias propiciadas à incidência da cláusula de exclusão, porém isso não autorizava, em harmonia com os ensinamentos de Marshall, o Supremo Tribunal a deixar ao desabrigo os direitos individuais dos pacientes, declarando-se impossível o tido de anular "as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política"<sup>357</sup>. José Eliaeres Marques Teixeira equipara a decisão do STF no HC n. 300, em 1892, à decisão da Suprema Corte ao julgar o caso *Colegrove v. Grem*<sup>358</sup>, em que se questionava a delimitação dos distritos eleitorais no Estado de Illinois, em face do princípio da igualdade do direito de voto (*one man, one vote*), assegurado pela 14ª Emenda, tendo a Corte estadunidense deixado de apreciar a questão sob o "argumento de que a natureza do conflito recomendava que se abstivesse de julgar"<sup>359</sup>. Como observa o referido autor, "nota-se de comum nos dois casos a demonstração de fraqueza (*institutional*) dos integrantes de ambas as Cortes"<sup>360</sup>.

No tocante à jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, a decisão de *Colegrove v. Grem* não chegou a constituir um autêntico precedente na matéria, por haver se apartado da estrutura clássica da *political question doctrine*, retomada e consolidada em julgados mais recentes<sup>361</sup>. No Brasil, poucos anos após o julgamento do HC n. 300, a jurisprudência começou a evoluir na direção do modelo em que se abeberara Rui Barbosa<sup>362</sup>, podendo-se considerar consolidada ao ensejo do julgamento do Mandado de Segurança n. 1.423, em que se questionou a extensão do prazo de duração de convocação extraordinária do Congresso Nacional para além

357 A completa narrativa do caso é feita por José E. Marques Teixeira, *A doutrina*, cit., p. 63-75.

358 Cf. 328 U.S. 549 (1946).

359 Cf. *A doutrina*, cit., p. 29.

360 José E. Marques Teixeira, *A doutrina*, cit., p. 75-6.

361 Nesse sentido, José E. Marques Teixeira, *A doutrina*, cit., p. 30-6, menciona as decisões de *Baker v. Carr* (369 U.S. 186 - 1962) e, sobretudo, de *Powell v. McCormack* (395 U.S. 486 - 1969), em que a Suprema Corte "estabeleceu um princípio segundo o qual a existência de uma atribuição privativa de um dos Poderes do Estado não impede que o Judiciário seja demandado e defina se o exercício dessa atribuição se manteve nos estritos limites da Constituição".

362 É o que aponta José E. Marques Teixeira, tomando por referência o acórdão proferido no HC n. 1.073, no ano de 1898 (*A doutrina*, cit., p. 93-99).

do termo final da legislatura em curso, em detrimento do início de nova legislatura<sup>363</sup>.

A cláusula das questões políticas, por conseguinte, não se presta à identificação de matérias subtraídas do controle judiciário, ao menos no tocante aos atos legislativos, administrativos ou pertinentes à função de chefia de Estado, precisamente os que foram considerados na formação da *political question doctrine*<sup>364</sup>. Na verdade, a fórmula segundo a qual não cabe ao Poder Judiciário se manifestar sobre tais questões, pela distorção de sentido a que pode conduzir em uma primeira leitura, não é das mais felizes, como já prenunciara Sampaio Dória, em 1926<sup>365</sup>. A redação encontrada pelo Constituinte de 1934, de inspiração na doutrina estadunidense [*purely political questions*], não eliminou a ambiguidade apontada ao vedar ao Judiciário o conhecimento apenas das questões *exclusivamente* políticas, pois o que há, de rigor, são aspectos exclusivamente políticos de uma questão (no sentido de matéria) e não questões meramente políticas. Daí a crítica aguda que lhe desferiu Pontes de Miranda:

"[...] de modo que o art. 68 da Constituição de 34, em vez de dizer 'é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas', poderia ter dito 'questões exclusivamente entregues aos Poderes Legislativo e Executivo'. Seria, apenas, tautologia

363 Conforme relata José E. Marques Teixeira, no julgamento do MS n. 1.423, o STF "considerou não a natureza essencialmente política da questão, para dizer se estava ou não sujeita à sindicabilidade judicial, mas se os argumentos articulados diziam respeito apenas a aspectos de conveniência, oportunidade ou acerto do ato do Poder Público submetido ao seu controle", pois, somente nesse caso, o Judiciário estaria impedido de apreciar. "Desde que os fundamentos do pedido articulavam questões constitucionais, a matéria era jurídica, portanto, sujeita ao Judiciário" (*A doutrina*, cit., p. 140-4).

364 Benteado, que os atos concernentes à função de governo, por não apresentarem efeitos jurídicos diretos, restam inteiramente subtraídos ao controle jurisdicional, como se verá no item 17.1.

365 Em sua memorável obra, *Princípios constitucionais*, cit., p. 305, o professor do Largo de São Francisco fizera a seguinte advertência: "O que é preciso antes do mais é não cair na armadilha de que as questões políticas são fenômenos simples e unilaterais. Não há uma só questão, mas questões várias, na 'questão política'. E estas várias questões que se encerram na 'questão política', ora são realmente e exclusivamente políticas, ora realmente e exclusivamente judiciais. É política, quando se resolve pela apreciação arbitrária das conveniências, sem que haja direitos legais em jogo. É judicial, quando se resolve pela aplicação da lei a direitos individuais, certos e líquidos".



lógico. Melhor técnica é a das Constituições que se abstêm de dar critérios discriminativos, ou de formular regras jurídicas como a da Constituição de 1934.<sup>365</sup>

Além do caráter dubio do substantivo "questões", a expressão "questões políticas" revela-se extremamente vaga, por força do adjetivo "políticas", servindo para cobrir uma ampla variedade de atos estatais, de natureza dispar. Essa a razão pela qual, no Brasil e nos Estados Unidos, a doutrina sentiu-se compelida a elaborar listas indicativas de matérias em que poderiam, mais facilmente, aflorar *political questions*, ou seja, matérias que ensejavam o exercício de algum poder discricionário da parte dos Poderes não togados. Se a exemplificação era inevitável para tornar compreensível a técnica de contenção da função jurisdicional, as listagens de matérias mais intensamente políticas reforçaram a distorção anteriormente apontada, de se conferir completa imunidade de fiscalização judicial nesses assuntos<sup>367</sup>. Assim como não há ato inteiramente discricionário<sup>368</sup>, não existem matérias totalmente políticas e, por isso, excluídas de apreciação judicial:

"Onde quer que haja poder discricionário há atividade política; nem por isso, saltando o órgão agente as lindas da sua competência, se veda ao Poder Judiciário o conhecimento da questão eminentemente jurídica, como lhe caberia conhecer de qualquer questão de devolução de competência. Toda discricionariedade é *interior*, é 'dentro'; nesse *branco*, que as raízes das atribuições concedem, é que o aspecto ou a dimensão é só concernente à política. O que é difícil [...] é que a questão política não possa, em certas circunstâncias, fundamentar pleito legal, apresentar aspecto, lado, caráter ou dimensão política; de modo que o princípio de não cognição do caso político deve ser entendido como se estives-

se escrito: 'É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões que não tenham sido postas sob a forma de ação em juízo, ou por não serem suscetíveis de se proporem como tais, ou porque não as enunciou como tais o autor, ou, na reconvenção, o réu'. Sempre que se discute se é constitucional, ou não, o ato do Poder Executivo, ou do Poder Judiciário, ou do Poder Legislativo, a questão judicial está formulada, o elemento político foi excedido, e caiu-se no terreno da questão jurídica."<sup>369</sup>

O exame das inúmeras listas de matérias ensejadoras de discricionariedade política, como aquela composta por Rui Barbosa, na esteira da melhor doutrina estadunidense<sup>370</sup>, torna visível a enorme plasticidade da categoria teórica das questões políticas, que recobre atos sujeitos a regimes extremamente diferenciados, alguns concernentes à função legislativa (*e.g.*, a fixação do regime tributário ou o exercício da sanção e do veto), outros à função de chefa de Estado (*e.g.*, a declaração de guerra ou a celebração de tratados) e outros, ainda, à função administrativa (a distribuição orçamentária da despesa e o provimento dos cargos federais). A amplitude da base material da cláusula de exclusão prossegue sendo a sua marca característica, como se pode comprovar pelo seu uso na jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, que vislumbra questões políticas: nos atos *interna corporis* do Poder Legislativo, como aqueles relativos ao desenvolvimento do processo legislativo sob a égide de disposições regimentais das Casas do Congresso ou ao exercício da função de controle parlamentar (*e.g.*, a constituição e o funcionamento de comissões parlamentares de inquérito)<sup>371</sup>, no desempenho excepcional de função judicial pelo Senado Federal, em matéria de crimes de responsabilidade<sup>372</sup>, na responsabilização político-disciplinar de parlamentares<sup>373</sup>, na apreciação dos pressupostos para a edição de medidas provisórias<sup>374</sup> etc.<sup>375</sup>

<sup>365</sup> *Comentários à Constituição de 1946*, 3. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1960, t. 3, p. 202.

<sup>367</sup> Nesse sentido a crítica de Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., t. 3, p. 200, para quem "o erro maior que se cometeu, antes [*da Constituição de 34*], a respeito, foi o de se arrolarem matérias sobre as quais se recusavam os juizes ou deviam recusar-se a decidir". Para uma ampla visualização das listas de matérias eminentemente políticas, elaboradas por autores brasileiros e estrangeiros, veja-se Osvaldo Aranha Bandeira, *A teoria das Constituições rígidas*, 2. ed., São Paulo, Bushatsky, 1980, p. 123-33.

<sup>368</sup> Referindo-se à discricionariedade administrativa, Marçal Justen Filho, *Curso*, cit., p. 168, registra que "a doutrina não mais usa as expressões 'ato vinculado' e 'ato discricionário', pois "alguns aspectos de cada ato são vinculados ou discricionários, não o ato propriamente dito".

<sup>369</sup> Cf. Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., t. 3, p. 205-6.

<sup>370</sup> Carlos Maximiliano, em seus *Comentários à Constituição brasileira*, 5. ed., Rio de Janeiro & São Paulo, Freitas Bastos, 1954, v. 2, p. 341, reproduz a lista de "questões políticas" oferecida por Rui Barbosa.

<sup>371</sup> Arts. 51, III, 52, XII, 57, § 3º, II, e 58, § 3º, da CF.

<sup>372</sup> Art. 52, I e II, da CF.

<sup>373</sup> Art. 55, II e §§ 1º e 2º, da CF.

<sup>374</sup> Art. 62, *caput* e § 5º, da CF.

<sup>375</sup> O valioso estudo de José E. Marques Teixeira, *A doutrina*, cit., p. 161-225, traz uma compilação da jurisprudência mais recente do STF sobre questões políticas, apresentando uma síntese dos principais julgados, agrupados por assunto.

A versatilidade da cláusula das questões políticas, que tem sido invocada como autêntica fórmula mágica, justificadora de toda sorte de autocontenção judiciária (devesse esta ocorrer ou não)<sup>376</sup>, se explica, por um lado, o seu uso frequente na jurisprudência, resulta, por outro, em sua inconsistência enquanto critério dogmático para aferir o desbordamento ou não da jurisdição constitucional (*lato sensu*) dos marcos que lhe são assinalados pela Constituição aplicada. Com efeito, a discricionariedade do Poder Legislativo na regulação normativa ostenta latitude que não pode ser equiparada à da discricção inerente ao ato presidencial de decretação da intervenção federal. De outra parte, nem todo ativismo judicial pode ser contido pela invocação dos poderes discricionários dos órgãos emissores dos atos controlados, ao mesmo tempo em que a deformação no uso da cláusula, como já se viu, pode redundar em passivismo judiciário, extremamente pernicioso ao Estado de Direito e à supremacia da Constituição. Entendo, pois, que a denominada "doutrina" das questões políticas constitui mera cortina de fumaça, que mal disfarça a existência de categoria meramente retórica e de nenhum valor científico. Em outros termos, a mencionada cláusula de exclusão não consubstancia um parâmetro dogmático sólido de avaliação da função jurisdicional, na tentativa de proscriver práticas ativistas, devendo ser afastada em prol da construção de critérios efetivamente consistentes e que não deem ensejo a detorções<sup>377</sup>. A desvalia da *political question doctrine*, enquanto parâmetro

<sup>376</sup> Essa, também, uma das conclusões alcançadas por José E. Marques Teixeira, *A doutrina das questões políticas*, cit., p. 228-9: "A pesquisa realizada revela que a doutrina das questões políticas tem sua aplicabilidade no âmbito do controle judicial de constitucionalidade, servindo como uma espécie de 'válvula de escape do sistema', como uma técnica de autocontenção (*self-restraint*): por meio da qualificação de uma questão como política, sujeita à discricionariedade de outro Poder do Estado, o juiz renuncia ao exercício da jurisdição, abstendo-se de julgá-la".

<sup>377</sup> Tal assertiva é abonada pelo pensamento lícido de Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., t. 3, p. 204: "Quando John Marshall dizia que as questões por sua natureza política nunca poderiam ser ventiladas na Corte Suprema, pronunciava frase vaga, que não se pode repetir sem perigo". É confortada, outrossim, pela tendência de seu abandono ou minimização em todas as ordens de jurisdição, inclusive no âmbito do nosso STF: "O recurso à doutrina das questões políticas, e suas variações, que tem levado o Supremo Tribunal Federal a conter o exercício da sua jurisdição sobre determinadas matérias, não obsta a afirmação de que, atualmente, a tendência é limitar o âmbito da sua incidência, o que representa a retomada do seu processo evolutivo" (José E. Marques Teixeira, *A doutrina das questões políticas*, cit., p. 234).

para a identificação do ativismo judicial em matéria constitucional, não interdire nas tentativas doutrinárias de construção da categoria dos atos políticos, muito embora também aqui se registre o problema da amplitude e diversidade de objeto, razão da preferência pela utilização decomposta, em que se tomam as subclasses de atos usualmente apontados como *políticos* (atos legislativos, atos relativos às funções de governo ou de chefia de Estado etc.)<sup>378</sup>.

## 17 Os diversos graus de controle judiciário em matéria constitucional

No Brasil, a doutrina não tem se dedicado à identificação e sistematização dos diversos graus de intensidade pelos quais se desenvolve o controle jurisdicional dos atos do Poder Público, ao contrário do que sucede alhures.

Nos Estados Unidos, por exemplo, se admite a existência de três *standards* de controle de constitucionalidade, tendo como referência a distinta proteção que, segundo se entende, a Constituição dispensa aos direitos fundamentais. Com efeito, a consolidação da teoria das liberdades preferenciais [*preferred freedoms*], correspondentes aos direitos de cunho pessoal (liberdades de expressão do pensamento, de reunião, de associação, de imprensa, de religião etc.), em meados do século passado, importou na submissão de toda a legislação que de algum modo as afete a um teste estrito de constitucionalidade, por meio do qual se exige a cabal demonstração de ser ela indispensável à proteção de interesses constitucionais de superior monta (em face das especificidades da situação regulada). Em sentido oposto, desde 1937, com a reversão do ativismo conservador que

<sup>378</sup> Em estudo sobre o controle de constitucionalidade dos atos políticos, Jairo Gilberto Schäfer tenta melhorar a operacionalidade da categoria dela apartando os atos legislativos. Destarte, para ele ato político seria "o ato estatal não normativo, que veicula uma orientação política superior do Estado, decorrente diretamente da Constituição, que possui ampla possibilidade de conformação quanto aos fins a serem atingidos" (O problema da fiscalização da constitucionalidade dos atos políticos em geral, *Interesse público*, Porto Alegre, Notadez, 35:90, jan./fev. 2006). Segue, em última análise, a esquematização das funções do Estado proposta por Jorge Miranda, *Manual*, cit., t. 5, p. 24-5. Entretanto, ainda assim não me parece inteiramente equacionado o problema da reduzida funcionalidade do conceito, que continua a compreender atividades sujeitas a regimes jurídicos muito distintos, quais sejam as funções de governo e de chefia de Estado.



deu azo ao "governo dos juizes"<sup>379</sup>, as leis atinentes a direitos econômicos e sociais (direitos patrimoniais) passaram a receber um escrutínio muito menos severo da Suprema Corte, segundo o qual apenas seriam declaradas inconstitucionais se não passassem por um teste de racionalidade. Em nível intermediário, estaria situada a fiscalização de constitucionalidade de leis que contenham cláusulas de discriminação por razões de sexo ou que promovam discriminação positiva por critério étnico<sup>380</sup>.

De toda sorte, no estudo pioneiro de Seabra Fagundes sobre *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário* já se pode divisar a existência de diferentes níveis de controle jurisdicional tendo por objeto atos do Poder Público. O notável jurista português, primeiramente, faz alusão a situações excepcionais que, em nosso direito, estariam excluídas do controle judicial, por importarem em exercício anômalo da função jurisdicional por órgão estranho ao Poder Judiciário (o caso mais típico seria o do processo e julgamento dos chamados crimes de responsabilidade)<sup>381</sup>. Além disso, no terreno dos atos administrativos a extensão do controle jurisdicional seria mais ou menos ampla, dependendo da presença ou não de apreciação de mérito, deferida com exclusividade ao Poder Executivo<sup>382</sup>.

<sup>379</sup> Léda Boechat Rodrigues, na monumental obra *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 197, consignava que "o primeiro julgado da Corte Suprema a manifestar a sua mudança de orientação tomou-se a 29 de março de 1937, no caso *West Coast Hotel v. Parrish*, em que se declarou a constitucionalidade da lei de salário mínimo do Distrito de Colúmbia, reformando, expressamente, jurisprudência anterior."

<sup>380</sup> Sobre a teoria das *preferred freedoms* e suas implicações quanto aos níveis de controle de constitucionalidade, veja-se Enrique García, *La interpretación*, cit., p. 280-6.

<sup>381</sup> Cf. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 6. ed., São Paulo, Saraiva, 1984, p. 117-23.

<sup>382</sup> Trata-se de página antológica, que merece ser transcrita: "Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da *legalidade*. Este é o limite do controle, quanto à extensão. O mérito está no sentido político do ato administrativo. [...] Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo. Esses aspectos, muitos autores os resumem no binômio: oportunidade e conveniência. Envolvem *esses interesses e não direitos*. Ao Judiciário não se submetem os interesses que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por eles. O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, faria obra de administração, violando, desarte, o princípio da separação e independência dos poderes. Os elementos que o constituem são dependentes de critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional" (*O controle*, cit., p. 126-8).

Entendo que defluiu do próprio direito constitucional brasileiro a gradação do controle exercido pelo Poder Judiciário em relação a atos praticados pelos demais Poderes (ou por ele próprio, em matéria administrativa), refletindo-se, ademais, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O que urge fazer é explicitá-la, com o intuito de sistematização, criando-se, desse modo, valioso instrumento para se aferir o caráter ativista ou não de determinada decisão judicial.

## 17.1 Inexistência de controle: função de governo

Consoante já se deixou patenteado<sup>383</sup>, a transformação do Estado liberal-democrático em um Estado social-democrático fez com que se alterasse profundamente o modo de expressão institucional do princípio da separação dos Poderes, tanto no que concerne ao elenco de funções estatais, quanto à configuração dos órgãos que as desempenham, bem como em relação à distribuição das funções entre os órgãos e ao modo de seu exercício<sup>384</sup>.

Não se concebe nenhuma descrição das funções estatais, respaldada pelas Constituições democráticas da atualidade, pouco importando a estrutura dual ou monocrática do Poder Executivo, que deixe de fazer referência ao que se convencionou denominar de função de governo. No Brasil, em que o Executivo é monocrático, de par com a modelagem presidencialista emprestada ao sistema de governo, assiste-lhe o exercício de atividades de natureza diversificada, que podem ser agrupadas em quatro conjuntos principais, correspondentes: à função de chefe de Estado, à função de governo, à participação na função legislativa e à função administrativa<sup>385</sup>. Nos Estados parlamentaristas, ocorre a cisão orgânica do Po-

<sup>383</sup> Item 12, retro.

<sup>384</sup> A esse propósito, tive a oportunidade de tecer considerações mais extensas na obra *Ação popular como instrumento de participação política*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 173-90.

<sup>385</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho compõe o elenco de funções atribuídas ao Poder Executivo de modo tripartite, por utilizar como critério o papel institucional desempenhado pelo seu titular: Chefe de Estado, Chefe de Governo e Chefe da Administração (*Curso*, cit., p. 223-5 e 233-4). O rol das competências do Presidente da República oferecido no art. 84 da CF, contudo, conduz à divisão proposta, pois dali constam tarefas pertencentes à chefia de Estado (e.g., incs. VI e VIII), à função de governo (e.g., incs. XI e XXIII), ao comando da Administração (e.g., incs. II e XXV), mas, também, à participação na função legislativa (e.g., incs. III, IV e V).

der Executivo, distinguindo-se a Chefe de Estado do Governo (em sentido estrito). Subsiste, todavia, a pluralidade de atividades de natureza diversa confiadas a este segundo órgão, razão pela qual não se pode identificar como função de governo tudo aquilo que faz o órgão denominado Governo<sup>386</sup>. Na verdade, a observação de Canotilho de que "não há uma caracterização constitucional-material da *função política ou de governo*"<sup>387</sup> é válida para a expressiva maioria dos sistemas constitucionais contemporâneos, o que remete a incumbência ao plano doutrinário.

Na lição de Pietro Virga, "o conteúdo da função de governo é dado pela determinação do direcionamento político, que condiciona toda a atividade estatal no seu conjunto e na sua unidade". Destarte, "mediante a função de governo, são estabelecidos os fins do Estado e traçadas as diretrizes para a coordenação e desenvolvimento das três funções estatais"<sup>388</sup>. Não se pode esquecer, entretanto, que "a função de governo (*indirizzio politico*) é uma função, em primeiríssimo lugar, de execução da Constituição", como assinala Paolo Barile, que também a caracteriza como uma função de escolha das diretrizes políticas básicas que devem comandar a ação estatal. Algumas delas já são prefixadas, direta ou indiretamente, pela própria Constituição, cabendo ao Governo detalhá-las e estabelecer a estratégia para alcançá-las (o que importa na fixação de uma certa ordem de prioridades e em certa contextualização temporal). Outras diretrizes da política governamental podem ser tidas como contingentes, já que razoavelmente distanciadas da Constituição, porém, "também esses fins, secundários sob um perfil constitucional, mas sempre primários sob perspectiva histórica, convertem-se em programas legislativos"<sup>389</sup>.

O que se observa é que a função de governo, na maioria das vezes, se desenvolve mediante a elaboração de programas de governo, de planos de ação, globais ou setoriais, compreendendo, ainda, a busca do engajamento

dos demais Poderes e da sociedade civil em relação às diretrizes traçadas. Ora, essas atividades raramente assumem forma jurídica, permanecendo, via de regra, adstritas à esfera política. A sua vocação natural, entretanto, é a de se espraiar por toda as atividades estatais, delimitando providências legislativas, administrativas (de caráter normativo e não normativo) e até mesmo jurisdicionais, sempre sob a impulsão do Governo, a quem as Constituições social-democráticas conferem poderes para tanto<sup>390</sup>.

Enquanto se mantenha no plano exclusivamente político, a função de governo revela-se judicialmente incontrolável, o que é simples de demonstrar: em primeiro lugar, por não envolver a prática de atos concretos, capazes de afetar a esfera jurídico-subjetiva de quem quer que seja; em segundo lugar, porque mesmo o controle preventivo da constitucionalidade de atos do Poder Público jamais retroage a ponto de surpreender a planificação política da ação governamental<sup>391</sup>. É certo que, por vezes, a função de governo se reveste de forma legislativa, se manifestando por meio de diplomas legais que não veiculam normas gerais e abstratas e sim programas de ação governamental, de abrangência maior ou menor, porém sempre dimensionados tendo em vista uma concreta situação fática. Desse teor, as leis pertinentes à programação da despesa pública (plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual) ou as que aprovam planos e programas nacionais, regionais ou setoriais de desenvolvimento<sup>392</sup>. Cuida-se de atos formalmente legislativos, porém materialmente governativos, os quais, entretanto, se submetem à fiscalização de constitucionalidade não pelo conteúdo e sim pela forma que apresentam, a qual os submete ao regime de controle jurisdicional próprio dos atos legislativos<sup>393</sup>.

<sup>386</sup> Na Constituição portuguesa, sob a égide de um parlamentarismo dual (ou semipresidencialismo, como lá se costuma dizer), atribuem-se ao Governo competências legislativas (art. 198), administrativas (art. 199) e de apoio ao Chefe de Estado (art. 197). Não se deixa de fazer alusão, no entanto, à função de governo propriamente dita nos arts. 188 e 192 (programa de governo), bem como nos arts. 200, n. 1, a, e 201, n. 1, a (política governamental).

<sup>387</sup> Cf. *Direito constitucional*, cit., p. 648.

<sup>388</sup> *Direito constitucional*, cit., p. 64.

<sup>389</sup> Veja-se Paolo Barile, *Istituzioni di diritto pubblico*, 4. ed., Padova, CEDAM, 1982, p. 243-4.

<sup>390</sup> A nota essencial da função de governo, enquanto força propulsora das demais funções estatais, é reconhecida pelos autores que sobre ela se debruçam (cf. Canotilho, *Dir. reito constitucional*, cit., p. 649, e Barile, *Istituzioni*, cit., p. 243-4). Está presente, por sinal, na formulação teórica de Karl Loewenstein a propósito das implicações funcionais do princípio da separação dos Poderes nas democracias atuais, em que a legislação e a administração são apreendidas como atividades de execução das decisões políticas fundamentais, as quais decorrem precisamente do exercício da função de governo, observados os limites que a Constituição lhe impõe (*Teoria*, cit., p. 63-8).

<sup>391</sup> Na minha tese *Perspectivas de evolução*, cit., p. 60-4, estão indicadas as notas tipificadoras do controle preventivo de constitucionalidade de leis e atos normativos.

<sup>392</sup> Cf. art. 48, II e IV, da CF.  
<sup>393</sup> Todas as tentativas doutrinárias no sentido de viabilizar o controle jurisdicional das políticas públicas, ou seja, dos programas de ação governamentais, invariavelmente,

## 17.2 Controle mínimo: exercício de jurisdição pelo Poder Legislativo

Uma das hipóteses sempre lembradas de exercício atípico de função estatal entre nós é a do processo e julgamento do Presidente da República e de algumas outras autoridades<sup>394</sup> pela prática de crime de responsabilidade, atividade essa da competência do Senado Federal, nos termos do artigo 52, incisos I e II, da Constituição de 1988. Com efeito, trata-se do exercício de função jurisdicional pelo Senado<sup>395</sup>, precedido de autorização da Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros, no caso de processo contra o Presidente da República, o Vice-Presidente ou os Ministros de Estado<sup>396</sup>. Uma vez satisfeita a condição de procedibilidade (admissibilidade da acusação pela Câmara), o processo se instaura e se desenvolve perante o Senado Federal, a quem compete, igualmente, o julgamento de mérito, limitando-se o veredicto condenatório, que exige o voto de dois terços dos Senadores, à imposição da perda do cargo, com inabilitação por oito anos para o exercício de função pública<sup>397</sup>. Por se cuidar de sanção de natureza político-administrativa, admite-se a apuração de responsabilidade criminal em relação aos mesmos fatos e, se for o caso, a aplicação de sanção penal pela instância judiciária competente<sup>398</sup>. Reforça estar o Sena-

deságum na submissão ao Judiciário das leis-planes, maxime em matéria orçamentária. Mencione-se, por exemplo, o artigo de Felipe de Melo Fonte, *A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas*, *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, Ed. Fórum, 20-91-126, jan./mar. 2008.

<sup>394</sup> A saber: O Vice-Presidente da República; os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes de responsabilidade conexos com os do Presidente ou do Vice; os Ministros do Supremo Tribunal Federal; os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público; o Procurador-Geral da República; e o Advogado-Geral da União.

<sup>395</sup> Nesse sentido, dentre outros, pode-se invocar o magistério de Seabra Fagundes, *O controle*, cit., p. 118, e de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 137.

<sup>396</sup> Art. 51, I, da CF.

<sup>397</sup> Cf. o parágrafo único do art. 52 da CF.

<sup>398</sup> Veja-se, dentre outros, Uadi Lammêgo Bulos, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 1032. "O *impeachment* proporciona uma sanção administrativa imposta pelo Senado Federal, decorrente de um processo político. Tanto é assim que o acúmulo da penalidade aplicada ao Presidente da República pelo Senado juntamente com a condenação proveniente da Justiça comum não constitui *bis in idem*. Se o *impeachment* tivesse caráter criminal, o acusado ficaria sujeito a dois processos: um de competência do Poder Legislativo, outro da alçada do Poder Judiciário, respondendo duplamente pelo mesmo

do investido de função jurisdicional ao conduzir e julgar o *impeachment* a circunstância de assumir a presidência da Casa, para esse fim, o Presidente do Supremo Tribunal Federal<sup>399</sup>.

Ora, em relação a essa prestação jurisdicional anômala por órgão do Poder Legislativo, no âmbito material estrito em que ela se dá, sofre o Poder Judiciário forte restrição no tocante ao controle jurisdicional amplo que, enquanto garante constitucional, lhe compete exercer<sup>400</sup>. Não se lhe permite, por exemplo, substituir a decisão de mérito proferida pelo Senado, sob qualquer viés (apreciação da prova, interpretação do dispositivo-sede a que se subsumiriam os fatos da acusação etc.)<sup>401</sup>. Entretanto, na jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal a partir da década de noventa, especialmente em função do processo de *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello, estabeleceu-se que existe, ainda que em um grau mínimo, o controle das instâncias judiciárias sobre aquela atividade jurisdicional exercida pelo Senado. Assim é que o princípio do devido processo legal e seus consectários no plano formal (ampla defesa, contraditório, etc.) deve ser observado pela Câmara Alta nos processos por crime de responsabilidade de sua competência, sob pena de, em não o fazendo, sujeitar-se à intervenção reparadora do Poder Judiciário<sup>402</sup>. Aliás, mesmo na fase preliminar à instauração do processo propriamente dito, objetivando o juízo de admissibilidade da acusação a ser proferido pela Câmara dos Deputados, entendeu-se que deve o Judiciário velar pela observância da ampla defesa ao acusado<sup>403</sup>.

fato". É de se atentar, de outra parte, para a observação de Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 166, segundo a qual "a absolvição do acusado pelo Senado impede seja ele processado pela justiça comum, o que revela não ser estritamente política a natureza da 'pena'".

<sup>399</sup> Parágrafo único do art. 52 da CF.

<sup>400</sup> Nos termos do art. 5º, XXXV, da CF, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

<sup>401</sup> Sobre o ponto, assim se expressou Uadi Lammêgo Bulos, *Curso*, cit., p. 1034: "O Supremo Tribunal Federal não poderá mudar o veredicto senatorial, interferindo no mérito de seu julgamento, para reformar sua decisão. Isso nada tem que ver com a natureza política do instituto, e sim com o perfil que a Carta de 1988 lhe irrogou, do contrário a jurisdição, nessa matéria, não seria conferida à Câmara Alta, como o foi, porém, ao Pretório Excelso".

<sup>402</sup> Esse entendimento restou consagrado no julgamento de dois mandados de segurança impetrados pela defesa do ex-Presidente: MS n. 21.623-9/DF (j. 17-12-1992; DJ 28-5-1993) e MS n. 21.689-1 (j. 16-12-93; DJ 7-4-1995).

<sup>403</sup> No julgamento do MS n. 21.564-0/DF (j. 23-9-1992; DJ 27-8-1993) decidiu o STF: "No procedimento de admissibilidade da denúncia, a Câmara dos Deputados profere juízo

Além da responsabilização político-administrativa de altas autoridades da República, da competência do Poder Legislativo, há, pelo menos, mais uma situação em que o controle exercido pelo Poder Judiciário, em matéria constitucional, é de grau mínimo. Refiro-me ao controle sobre o veto presidencial a projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional, nos termos do artigo 66, § 1º, da Constituição Federal<sup>404</sup>. Não obstante as razões de veto possam versar sobre matéria jurídica, qual seja, a existência de vícios de ordem constitucional que maculariam a proposição, entende-se ser impossível, *in casu*, a dissociação entre a questão jurídica e a apreciação de mérito, tendo em vista a natureza eminentemente política do órgão que maneja o instrumento legislativo. Mas, se não é lícito controlar na esfera jurisdicional o acerto ou não dos motivos apresentados pelo Chefe do Executivo para se opor à conversão em lei de projetos aprovados pelas Casas do Legislativo<sup>405</sup>, também não se pode dizer que inexistia fiscalização judicial nessa matéria. Pode o Judiciário, por exemplo, reconhecer a intempestividade de veto oposto fora do prazo constitucional ou a invalidade e, portanto, a ineficácia obstativa daquele que não estiver acompanhado de motivação.

### 173 Controle médio fraco: atos *interna corporis*, atos de Chefe de Estado e controle de constitucionalidade fundado em princípios

A partir da década de sessenta, começou a ganhar autonomia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, relativamente às questões ditas políticas, a categoria dos atos concernentes à economia interna das Casas Legislativas, identificados pela expressão "atos *interna corporis*". Todavia, apenas a partir da década de oitenta, com a agudização dos embates par-

político. Deve ser concedido ao acusado prazo para defesa, defesa que decorre do princípio inscrito no art. 5º, IV, da Constituição, observadas, entretanto, as limitações do fato de a acusação somente materializar-se com a instauração do processo, no Senado".

404 Reza o dispositivo: "Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto."

405 Luis Roberto Barroso, embora reconhecendo ser esse o entendimento dominante, na doutrina e na jurisprudência do STF, posiciona-se no sentido da viabilidade de aferição judicial do acerto ou não do juízo proferido pelo Chefe do Executivo acerca da legitimidade constitucional do projeto (*O controle*, cit., p. 63-4).

lamentares por força do processo de "abertura política" e o decorrente aumento do número de controvérsias regimentais submetidas ao Supremo, veio a se consolidar, claramente, um padrão de controle jurisdicional específico para os litígios em que a matéria fática *sub judice* é disciplinada, exclusivamente, por normas regimentais do Poder Legislativo<sup>406</sup>.

A direttriz de que os atos praticados no âmbito do Parlamento, em aplicação unicamente de normas regimentais, devam merecer um controle bem menos intenso da parte do Poder Judiciário restou evidenciada na jurisprudência do STF em face de controvérsias envolvendo o processo legislativo. Na apreciação da preliminar de não conhecimento suscitada no Mandado de Segurança n. 22.503-3/DF, impetrado por Deputados Federais contra ato do Presidente da Câmara relativo à tramitação da PEC n. 33-A/95 (reforma da previdência), firmou-se o entendimento de que as normas regimentais sobre o processo legislativo seriam meramente ordinatórias e, portanto, insuscetíveis de violar direitos subjetivos de parlamentares, sendo, pois, a discussão sobre a sua adequada observância imune à fiscalização jurisdicional. Ao contrário, se a impugnação de ato integrante do *iter* procedimental de elaboração legislativa se fizesse com fundamento na violação de dispositivo constitucional, estaria habilitado o Poder Judiciário a dela conhecer<sup>407</sup>. A bem de ver, essa orientação já houvera sido defendida, embora sem tanta precisão, por Themístocles Brandão Cavalcanti, mais de trinta anos antes<sup>408</sup>.

406 Cf. José E. Marques Teixeira, *A doutrina das questões políticas*, cit., p. 154 e 162-70.

407 O MS n. 22.503-3/DF foi julgado em 8-5-1996, tendo o respectivo acórdão sido publicado no DJ 6-6-1997. Veja-se especialmente o voto do Min. Moreira Alves sobre a matéria preliminar (p. 503-5). Outros julgados contemporâneos ou posteriores confirmam a direttriz, como a decisão no MS n. 22.183-6/DF (j. 5-4-95; DJ 12-12-1997): "3. Decisão fundada, exclusivamente, em norma regimental referente à composição da Mesa e indicação de candidaturas para seus cargos (art. 8º). 3.1 O fundamento regimental, por ser matéria *interna corporis*, só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não ficando sujeito à apreciação do Poder Judiciário".

408 Cf. *Do controle da constitucionalidade*, Rio de Janeiro, Forense, 1966, p. 192. "Os trâmites legislativos são condições formais em que se desenvolve o poder político das Assembleias ao exercício de sua competência primordial, indelegável e intransferível, imune à interferência de qualquer outro poder. Há de se distinguir, entretanto, a imunidade que cobre o exercício desse poder, enquadrado na esfera puramente política das Câmaras, esferas em que se desenvolve a função discricionária e política da iniciativa, da conveniência, da oportunidade e da determinação do próprio conteúdo das leis, (...) dos casos em que a obediência às exigências formais impostas pelas Constituições e Leis orgânicas, limita a função legislativa resguardando os interesses individuais ou coletivos em jogo".

O modo pelo qual tem sido manejada pelo Supremo Tribunal Federal a cláusula de exclusão das questões *interna corporis* indica, na verdade, o afastamento total do controle judiciário no tocante a atos praticados no âmbito interno do Parlamento, que digam respeito apenas à interpretação-aplicação de dispositivos regimentais. Assim é que, na ementa do acórdão prolatado no julgamento do Mandado de Segurança n. 20.471-1/DF<sup>409</sup>, apresentou o Ministro-relator, Francisco Rezek, que "matéria relativa à interpretação, pelo Presidente do Congresso Nacional, de normas de regimento legislativo, é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*"<sup>410</sup>. A comprovação cabal de que a direttriz é mesmo a da ampla imunidade dos atos *interna corporis* pode ser extraída da importaníssima decisão em que o Supremo integrou a investigação por meio de comissão parlamentar de inquérito ao estatuto da oposição, impedindo que a maioria frustrasse a instalação de CPI pela recusa à indicação de membros para dela participar. Nesse julgado, deixou-se consignado que "não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional"<sup>411</sup>.

A despeito da construção pretoriana sobre a imunidade judiciária dos atos *interna corporis*, entendo que, à luz da Constituição brasileira e especialmente do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, a melhor interpretação é a de que não há que se falar aqui em exclusão total e sim em fiscalização de intensidade média fraca. O que quero dizer com isto é que as normas regimentais, que são veiculadas, entre nós, por ato formalmente legislativo<sup>412</sup>, se prestam, perfeitamente, à configuração de

direitos subjetivos dignos de proteção judicial, tendo como sujeitos ativos os próprios parlamentares individualmente ou os partidos políticos a que se filiam, mormente se considerada a relevância assumida por esse direito interno no tocante à elaboração das leis e ao exercício da função de controle político pelo Parlamento. Apenas a juridicização da atividade de interpretação-aplicação dos textos dos regimentos internos das Casas legislativas pode assegurar, adequadamente, o princípio do pluralismo político, impedindo que os partidos majoritários se valham do controle das Mesas e Comissões para cercar o lícito exercício da oposição parlamentar. Ademais, o exame do assunto sob a perspectiva comparatística revela que a tendência tem sido a de ampliação do controle judicial sobre as chamadas questões *interna corporis*<sup>413</sup>. Além do controle dos procedimentos (administrativos, legislativos ou de controle político) internos ao Parlamento da ótica dos princípios e das regras constitucionais que sobre eles incidem, mostra-se viável um certo controle sobre a própria interpretação-aplicação de normas regimentais, ao menos para afastar exegeses totalmente descaídas desses textos, reveladoras de condutas arbitrárias. Deve-se ir, portanto, além do controle meramente formal, tipificador do controle de grau mínimo, para se adentrar na discussão dos próprios fundamentos jurídicos das decisões *interna corporis*, muito embora com um *self-restraint* um pouco maior do que aquele que prevalece a respeito de outras matérias<sup>414</sup>.

409 Por meio desse *mandamus* Deputado Federal pretendia compelir a Presidência do Congresso a realizar sessão para votação de proposta de emenda constitucional instituinte eleições diretas para a Presidência da República.

410 J. 19-12-1984; DJ 22-2-1985.

411 Cf. a ementa do acórdão referente ao julgamento do MS n. 24.831-9/DF, da relatoria do Min. Celso de Mello (J. 22-6-2005; DJ 4-8-2006). É a dimensão constitucional do direito à ampla defesa que tem levado o STF a interferir com frequência no funcionamento de CPIs ou em processos visando à imposição de sanções político-disciplinares a parlamentares.

412 Do tipo resolução (do Congresso, da Câmara ou do Senado): cf. art. 59, VII, da CF.

413 Há quem vá ainda mais longe, defendendo a eliminação da autocontenção judiciária no que concerne aos atos *interna corporis*, como é o caso de Dertyl Barreto e Silva Filho, *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 187.

414 Ao controlar a atividade dita *interna corporis* do Poder Legislativo – tal como acontece com a fiscalização de ato jurídico público praticado por qualquer outro órgão estatal – o



Também pode ser enquadrada na modalidade de controle de padrão médio fraco a apreciação judicial dos atos pelos quais se exerce a função de chefe de Estado, que, em sistemas de governo presidencialistas, tanto quanto a função de governo, integra o elenco de atividades da competência do Presidente da República, sem uma clara identificação material no texto da Constituição. Em termos sintéticos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho anota que "por chefe de Estado entende-se, em última análise, a representação tanto externa quanto interna da unidade do Estado"<sup>415</sup>. Boa parte dos itens das listas de matérias propícias ao afloramento das questões políticas elaborada pelos antigos constitucionalistas correspondia a atos pelos quais se expressa a função de chefe de Estado e que constituem a principal matéria-prima de que tem se valido aqueles que propugnam pela existência da categoria dos atos políticos. Com efeito, são elementos característicos desses atos, em linhas gerais, os mesmos que Jairo Gilberto Schaefer aponta como constitutivos dos atos políticos, ou seja, "a) ato não normativo; b) ato de orientação política superior do Estado; c) (*quæ*) decorre diretamente da Constituição; d) (*com*) ampla possibilidade de conformação"<sup>416</sup>, entendendo-se o segundo quesito como alusivo à política externa.

Pois bem, a ampla liberdade de conformação reconhecida doutrinariamente aos atos de chefe de Estado ocorre exatamente porque as normas constitucionais que os consagram recorrem, de modo bastante uniforme, a conceitos indeterminados de cunho valorativo<sup>417</sup> ou simplesmente atribuem ao Presidente da República poderes de livre-escolha quanto a determinadas condutas<sup>418</sup>. Por certo se trata de controle mais intenso do que

Judiciário também interpreta normas jurídicas (no caso, os dispositivos dos Regimentos), a fim de verificar a legitimidade da atuação parlamentar. Ao fazê-lo, não usou competência exclusiva do legislador, apenas extrai o sentido dos preceitos regimentais, para aplicá-los, diminuindo, assim, um conflito de interesses como outro qualquer".

415 Cf. *Curso*, cit., p. 224, com o seguinte adendo: "O titular dessa chefia é quem simboliza, aos olhos do estrangeiro, o Estado, aos olhos do cidadão, a unidade nacional, o passado, o presente e o futuro comuns. Personalizando a permanência e a integridade do Estado, é o guardião dos interesses perenes, dos valores tradicionais. A ele cabe uma função moderadora, destinada a arbitrar eventuais conflitos entre poderes".

416 Cf. O problema da fiscalização da constitucionalidade dos atos políticos em geral, cit., p. 90.

417 Assim a intervenção federal para "pôr termo a grave comprometimento da ordem pública" (art. 34, III, da CF) ou a decretação de estado de sítio em virtude de "comção grave de repercussão nacional" (art. 137, I, da CF).

418 É o que sucede em relação à competência para "conferir condecorações e distinções honoríficas" (art. 84, XXI, da CF).

aquele que tem por objeto o processo de *impeachment*, mas, seguramente, menos abrangente do que aquele efetuado em relação, por exemplo, a atos administrativos discionários, senão pela estrutura lógico-linguística da norma disciplinadora, pela maior dificuldade de se conter a discionariedade em concreto no que tange aos atos políticos<sup>419</sup>.

Finalmente, importa considerar o controle de constitucionalidade sobre leis e demais atos normativos, em que o parâmetro para se aferir a sua conformidade ou não à Constituição seja fornecido, precipuamente, por normas-princípio. Importa reconhecer, nesse passo, o caráter problemático de um tratamento conjunto, para efeito de enquadramento nos diversos níveis de intensidade de controle, de atos de natureza tão diversa quanto atos, predominantemente, de produção ou de aplicação do direito. Optou-se, metodologicamente, por um escalonamento abrangente, e não segundo a categoria dos atos controlados (legislativos, políticos, administrativos etc.), porque o que ora importa não é a metódica comparação entre os níveis de controle judicial e sim destacar a existência de padrões de intensidade distintos para essa fiscalização, procurando apontar alguns elementos dogmáticos que a orientam. Por certo, será sempre mais simples e produtivo comparar o grau de controle exercido sobre atos da mesma natureza (atos administrativos em que exista ou não alguma discionariedade; atos legislativos controlados a partir de princípios ou de regras etc.).

Já se apontou que os atos legislativos, de um modo geral, são menos intensamente sindicáveis do que os atos administrativos ou políticos. Isso pelo fato de que a sua higidez jurídica é avaliada, exclusivamente, com base na Constituição, que deixa um vasto campo para o exercício da liberdade de conformação do legislador. Na medida em que um ato legislativo seja passível de confrontação com normas constitucionais parâmetros, há que se distinguir se tais normas se apresentam como princípios ou regras, para efeito de dimensionar a intensidade do controle judicial.

419 No campo do Direito Administrativo prevalece o entendimento de que a discionariedade decorrente *prima facie* de um texto normativo acaba se reduzindo significativamente à luz das concretas circunstâncias que envolvem a prática do ato administrativo. A título de ilustração, invoque-se Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discionariedade*, cit., p. 36-41 e 47-8. No entanto, a avaliação das complexas circunstâncias fáticas que cercam o exercício da função de chefe de Estado (*le.g.*, os fatos legitimadores de uma declaração de guerra ou de um ato de intervenção federal) ensaia muito maior dificuldade para a redução da discionariedade em concreto.



Humberto Ávila, após revisão crítica das correntes que defendem uma distinção "forte" ou qualificativa entre princípios e regras, apresenta, à guisa de conclusão, a seguinte diferenciação, em abstrato, das duas espécies normativas, de modo a facilitar o trabalho do intérprete-aplicador em seu manejo:

"As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de completude e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção"<sup>420</sup>.

O menor grau de vinculatividade dos princípios, enquanto parâmetro da constitucionalidade de atos legislativos, fica patente ao se destacar o terceiro dos elementos diferenciadores apontados por Humberto Ávila, pertinente ao modo pelo qual princípios e regras contribuem para a decisão. Com efeito, assinala-se que "os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão"<sup>421</sup>.

Se o juízo acerca da compatibilidade de um determinado ato legislativo com a Constituição estiver centrado em normas-princípio, de incidência simultânea<sup>422</sup>, importa assentar, em primeiro lugar, mediante um cotejo entre os princípios concorrentes, como se ajustam eles em abstrato,

420 Cf. *Teoria dos princípios*, cit., p. 180.

421 Cf. *Teoria dos princípios*, cit., p. 181.

422 A pluralidade de normas com incidência simultânea sobre a mesma matéria é própria da regulação por meio de princípios constitucionais.

modelando-lhes, assim, os respectivos núcleos essenciais<sup>423</sup> e <sup>424</sup>. Uma vez preservado esse núcleo significativo, há que se deferir ao legislador o poder de realizar acomodações concretizadoras dos princípios em disputa que se situem na zona de incerteza das respectivas prescrições<sup>425</sup>. Não obstante nem toda norma-princípio expresse conceitos indeterminados de natureza valorativa, há que se registrar que sua aplicação é, sob o ângulo da transição gradual de sentido, muito semelhante, com a nota de que as regras constitucionais das quais resultem conceitos dessa espécie não incidem simultaneamente com outras regras.

#### 17.4 Controle médio forte: controle de constitucionalidade fundado em regras e de atos administrativos em que haja discricionariedade

A intensidade do controle jurisdicional de constitucionalidade sobre leis e outros atos normativos se acentua se o parâmetro a ser utilizado pelo órgão fiscalizador for composto, principalmente, por regras. Afinal, "as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarçantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos

423 Sobre o conceito de núcleo essencial, em sede de direitos fundamentais, assim se manifestou Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 458: "A ideia fundamental deste requisito é aparentemente simples: existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos restringidos". A correlação que usualmente se faz entre o conceito de núcleo essencial e a teoria dos direitos fundamentais decorre da disposição do art. 19, n. 2, da Constituição alemã ("Um direito fundamental em caso algum pode ser violado na sua essência"), muito embora nem todo direito fundamental se assente em norma-princípio e nem todo princípio constitucional diga respeito a direito ou garantia fundamental.

424 Na lição de Alexy "o conteúdo essencial é aquilo que permanece após uma ponderação (entre princípios), posicionando-se, destarte, entre os que atribuem à expressão um sentido relativo" (*Teoria*, cit., p. 257-62).

425 Robert Alexy, *Teoria*, cit., p. 255, examina a questão, sob o prisma da restrição a direitos fundamentais, aduzindo que "há inúmeros casos nos quais o legislador pode decidir se impõe ou não restrições". Depois de aludir a duas hipóteses distintas dessa modalidade de discricionariedade legislativa, o constitucionalista germânico assinala que a primeira delas se verifica "quando não é claro se uma restrição R é admissível ou não em vista do peso dos princípios contrapostos", arrematando: "Nessas circunstâncias, a competência de decisão do legislador é uma competência para a determinação da interpretação vinculante".

relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões<sup>426</sup>. As regras constitucionais, portanto, assumem a pretensão de regular inteiramente a matéria fática a elas correspondente. Podem, entretanto, ter o seu mandamento reforçado pela incidência paralela de uma ou mais normas-princípio, porém, nesse caso, dominarão a disciplina do caso concreto, ainda que os princípios contribuam para sua interpretação<sup>427</sup>.

Em outros termos, a disciplina constitucional formulada por meio de normas-regra diminui a discricionariedade legislativa, na medida em que as normas de referência ganham maior densidade de sentido. Isso não significa, por certo, que o exclusivismo regulatório das regras não comporte alguma competição, *prima facie*, entre normas-regra aparentemente vinculadas à matéria fática em discussão. Em determinadas situações, inclusive, há que se realizar uma ponderação interpretativa entre os dispositivos pertinentes ao caso, após o que se selecionará o mais adequado à espécie, acenando-se, desse modo, a concreção do respectivo conteúdo normativo<sup>428</sup>. Não se trata, à evidência, de ponderação similar a que se faz entre normas-princípio, com simultânea incidência sobre a mesma base factual.

Ademais, cabe mencionar que, excepcionalmente, o controle de constitucionalidade feito com fundamento em normas-regra pode se deslocar para o nível médio fraco se a principal questão a examinar estiver relacionada à aplicação de conceito indeterminado valorativo inserido no dispositivo constitucional paramétrico. É esse o caso, por exemplo, da avaliação da constitucionalidade de medidas provisórias com força de lei, sob o pris-

426 Cf. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, cit., p. 181.

427 As regras sobre iniciativa do processo legislativo estão, inequivocamente, associadas ao projeto da separação dos Poderes. Todavia, a aferição da constitucionalidade de projetos de lei, suspensos de violarem a reserva de iniciativa em prol do Presidente da República, deve-se fazer, sobretudo, em face das normas-regra do § 1º, do art. 61, da CF e não da norma-princípio do art. 2º.

428 No mesmo sentido manifestou-se Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, cit., p. 77-8: "Lembre-se que o tópico, ao mencionar a dependência mais intensa dos princípios em relação a outras normas do ordenamento, não exclui nem a ponderação entre razões, nem mesmo a complementaridade no caso de aplicação das regras". Um exemplo de ponderação exegética entre regras pode ser dado na aplicação de normas distintas sobre competência legislativa concorrente, em matéria que se subsuma, a princípio, a mais de um permissivo (e.g., produção e consumo e proteção e defesa da saúde - art. 24, V e XII da CF), com restrição maior ou menor à competência legislativa estadual a depender das normas gerais federais reputadas aplicáveis.

ma da observância dos pressupostos da relevância e da urgência (art. 62, caput, da CF), já que, "a despeito da acentuada zona de indeterminação que cerca esses conceitos, pode-se, em casos-limite, afirmar-lhes a ausência, imputando-se a medida editada sob sua invocação a pecha de inconstitucionalidade formal"<sup>429</sup>.

Com a ressalva já feita quanto à diversidade de natureza dos atos controlados, incluo no controle judicial de padrão médio forte aquele exercido sobre atos administrativos em que subsista alguma discricionariedade em favor da Administração. É certo que a discricionariedade administrativa constitui matéria de cunho eminentemente infraconstitucional, estando radicada em dispositivos legais integrantes do regime jurídico derogatório do direito comum, especialmente voltado à atuação da Administração Pública. No entanto, podem-se mencionar hipóteses de atos administrativos propiciadores de certa liberdade de agir ao administrador, em que tal discricionariedade advém de conceitos indeterminados (valorativos) sediados em dispositivo constitucional, como sucede com a delimitação da publicidade governamental, nos termos do § 1º do artigo 37, da Constituição Federal, dela se exigindo caráter "educativo, informativo ou de orientação social".

### 17.5 Controle máximo: atos administrativos plenamente vinculados

Por último, há que se referir ao nível máximo de intensidade que pode ser atingido pelo controle jurisdicional fundado na Constituição e que diz respeito aos atos administrativos plenamente vinculados. A respeito dessa modalidade de ato administrativo, cuja prática, por vezes, decorre, essencialmente, da aplicação de dispositivos constitucionais<sup>430</sup>, prevalecem as ponderações de Hely Lopes Meirelles:

"Atos *vinculados* ou *regrados* são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica

429 Veja-se Elival da Silva Ramos, *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 190-1, expressando entendimento dominante na jurisprudência do STF: ADI n. 1.647-4/PA (j. 2-12-1998; DJ 26-3-99) e ADI n. 2.150-8/DF (j. 11-9-2002; DJ 29-11-2002).

430 Assim, por exemplo, a concessão de aposentadoria voluntária a servidor público que tenha preenchido os requisitos do art. 40, § 1º, III, da CF.

adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado<sup>431</sup>.

## 18 A vinculação da interpretação ao texto-base

Se é certo que a Constituição limita (materialmente) o exercício da criatividade de juízes e tribunais a quem restou confada a jurisdição constitucional (*lato sensu*), cabe, agora, especificar alguns desses marcos dogmáticos. A formulação doutrinária de parâmetros calcados no direito positivo para a aferição do caráter ativista ou respeitoso à separação dos Poderes da jurisprudência constitucional encontra um vasto campo de possibilidades, com o que se deve, metodologicamente, escolher aqueles pontos que se mostram mais relevantes<sup>432</sup> ao tratamento da questão.

O primeiro e principal desses parâmetros consiste na exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma.

Se a interpretação-aplicação de natureza jurídica consiste na construção de normas reguladoras de conduta a partir de textos prescritivos, que vinculam a atividade do intérprete-aplicador, é absolutamente inaceitável que a norma por este concretizada não revele aderência à textualidade do dispositivo aplicado. O texto normativo é, pois, ao mesmo tempo, o ponto de partida do processo hermenêutico e o mais expressivo balizador da adequação de seus resultados<sup>433</sup>. Conforme observa Konrad Hesse, o limite

431 *Direito administrativo brasileiro*, 24. ed., atual. Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 149.

432 Essa relevância se prende aos limites normativos que são mais comumente desrespeitados pela jurisprudência ativista, razão pela qual, na Seção II, deste capítulo, se fará a abordagem do tema à luz de decisões recentemente proferidas pelo STJ.

433 Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 1208-9, assim se expressa sobre o tema, em sede de interpretação constitucional: "Sob o ponto de vista da *linguística e da filosofia da linguagem*, o ponto de partida da interpretação das normas constitucionais é o postulado da constitucionalidade (= postulado da vinculação da lei constitucional). Os aplicadores da Constituição não podem atribuir um significado (= sentido, conteúdo) arbitrário aos enunciados linguísticos das disposições constitucionais, antes devem investigar (determinar, densificar) o conteúdo semântico, tendo em conta o *titlo* pelo legislador constitucional (= legislador constituinte e legislador da revisão)".

da textualidade "é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição" e se, por um lado, "inclui a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação", por outro, "exclui um rompimento constitucional - o desvio do texto em cada caso particular - e uma modificação constitucional por interpretação". E arremata o seu pensamento sentenciando que "onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição"<sup>434 e 435</sup>.

Sob o enfoque da teoria estruturante da interpretação constitucional, dir-se-ia que só os programas normativos "compatíveis com o texto da norma constitucional podem ser admitidos como resultados constitucionalmente aceitáveis derivados de interpretação do texto da norma"<sup>436</sup>, ou seja, o enunciado do dispositivo constitucional a ser aplicado fixa os marcos do espaço de interpretação<sup>437</sup>.

É importante compreender que a concreta configuração dos limites impostos pelo texto constitucional não é, necessariamente, resultante da aplicação do método gramatical de interpretação. Friedrich Müller, após revelar que sua "tese sobre o teor literal como limite extremo da concretização *admissível no Estado de Direito* (mas não: da concretização metodologicamente possível) escandalizou o mundo das letras jurídicas", anotou, a título de esclarecimento, que "a função limitadora do texto da norma *não é idêntica* à função de concretização do elemento gramatical". Assim sendo,

434 Cf. *Elementos*, cit., p. 69-70. Nessa passagem, K. Hesse deixa ainda consignadas suas reservas à topica de Viehweg, exatamente por liberar o juiz de qualquer vínculo com o texto constitucional: "Mesmo que um problema, por conseguinte, não se deixe resolver adequadamente por concretização, o juiz, que está vinculado à Constituição, não tem livre escolha dos *topoi*".

435 No mesmo sentido é o magistério de Gaetano Azzariti, *Interpretação e teoria dos valores*, cit., p. 164: "Esses vínculos (*restrições*) rememorados não exatamente com o escopo de promover um retorno ao formalismo, negam, no entanto, que o intérprete seja o artífice da norma constitucional, evitam que o processo interpretativo possa ser admitido como uma criação da norma pelo intérprete".

436 Cf. Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 1220.

437 Friedrich Müller, *Métodos de trabalho*, cit., p. 64, associa o postulado da vinculação das variantes exegeticas ao texto-base ao princípio da separação dos Poderes ao ensinar que, "por razões ligadas ao Estado de Direito, o possível sentido literal circunscreve (...) o espaço de ação de uma concretização normativamente orientada que respeita a *correlação jusconstitucional das funções*: O teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, i. é, *funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis*".

o conteúdo da decisão "não precisa 'resultar do teor literal', mas deve ser *de qualquer modo ainda compatível* com o texto da norma não apenas interpretado gramaticalmente, mas integralmente concretizado no precedente processo decisório"<sup>438</sup>.

Se toda atividade interpretativa é, ao menos em parte, cognoscitiva, há que se guiar por métodos que permitam uma justificação racional e, nessa medida, controlável do trabalho do intérprete<sup>439</sup>. Vale lembrar, a esse propósito, os ensinamentos de Karl Larenz, voltados especificamente à atividade interpretativa dos órgãos judiciais:

"O juiz que interpreta uma lei afirma implicitamente que ela 'corretamente', deve interpretar-se assim em todos os seu casos futuros, e não doutro modo. A atividade interpretativa do juiz está, tal como a da ciência, subordinada à exigência da 'correção' dos seus resultados, 'correção' no sentido de razão suficiente do conhecimento. Tem-se aqui em vista, é certo, não apenas uma correção lógico-formal, mas também correção, ou antes, recitação, material, no sentido dum conhecimento *correcto* no seu conteúdo"<sup>440</sup>.

Deve-se a Savigny a formulação teórica dos chamados métodos (técnicas, processos) de interpretação, a qual, com alguns ajustes, continua a corresponder à metódica propugnada pela Hermenêutica atual<sup>441</sup>. A rigor, o grande impulsor da Escola Histórica não se referia a métodos e sim a elementos de interpretação, querendo com isto significar que a interpretação jurídica é um processo inclínivel, contando com a contribuição de

438 Cf. *Métodos de trabalho*, cit., p. 64, nota de rodapé n. 27.

439 Cf. Karl Larenz, *Metodologia*, cit., p. 365: "Se a interpretação não deve abandonar-se ao talante do intérprete, mas realizar-se de forma segura, controlável, portanto metódica, necessita de determinados critérios, pelos quais o intérprete se deve guiar".

440 Cf. *Metodologia*, cit., p. 359.

441 Para uma exposição resumida do pensamento metodológico de Savigny, veja-se K. Larenz, *Metodologia*, cit., p. 1-11. Estou aqui fazendo alusão aos métodos gramatical, lógico-sistemático, histórico e teleológico, que muitos denominam de métodos clássicos de interpretação (e. g., Luis R. Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 124-5). As construções teóricas que, usualmente, são identificadas como "modernos métodos de interpretação constitucional" (cf. Paulo Bonavides, *Curso*, cit., p. 476-87 - métodos lógico-problemático, científico-espiritual, concretizador, normativo-estruturante etc.), na verdade, constituem particulares teorias acerca da interpretação da Constituição e não, propriamente, métodos exegeticos.

diversos elementos que devem sempre atuar em conjunto<sup>442</sup>. Em sua teoria normativo-estruturante, Friedrich Müller arrola diversos elementos utilizados na tarefa de concretização da norma constitucional, apartando-os em dois grupos: de um lado, os recursos que se referem aos textos das normas e, também, "à formulação de não normas em linguagem", de outra parte, os elementos que aproveitam "os pontos de vista com teores materiais, que resultam da *análise do âmbito da norma* da prescrição implementada e da análise dos *elementos do conjunto de fatos* destacados como relevantes no processo de concretização por via de detalhamentos recíprocos". Os recursos do primeiro grupo são denominados por ele de "elementos metodológicos *stricto sensu*", valendo-se, pois, da mesma terminologia de Savigny, porquanto "as regras tradicionais da interpretação não podem ser isoladas como 'métodos' autônomos para si". Esses elementos metódicos referidos a texto (normativo e não normativo) se complementam e se reforçam no processo de concretização, aparecendo "como *facetas distintas de uma norma concretizanda no caso*"<sup>443</sup>.

A atribuição de um sentido ao enunciado normativo objeto de interpretação, com vista à decisão do conflito ou controvérsia, há que passar, portanto, pela utilização combinada dos elementos gramatical, lógico-sistemático, histórico e finalístico. Em caso de dúvida, não havia logrado a Hermenêutica tradicional fundamentar, de modo consistente, uma ordem de preferência hierárquica entre as técnicas interpretativas concorrentes, justamente por carcer de elaboração científica mais pujante no plano argumentativo, recomendando, ademais, a abstenção do legislador na posição de critérios ou regras de exegese<sup>444</sup>. O desenvolvimento teórico da argumentação jurídica, em virtude do avanço institucional da jurisdição especializada na interpretação-aplicação da Constituição, possibilitou o surgimento de novas formulações sobre o tema, que demonstram derivar

442 Cf. K. Larenz, *Metodologia*, cit., p. 365-6, que informa haver Savigny distinguido na interpretação os elementos gramatical, lógico, histórico e sistemático: "Em contrapartida, não queria a princípio permitir qualquer influência do fim da lei, admitindo mais tarde uma influência muito limitada".

443 *Métodos de trabalho*, cit., p. 59 e 70.

444 Sempre se registrou um ceticismo muito grande quanto ao ganho, em termos de certeza e segurança jurídica, da fixação em lei de critérios de ordenação das técnicas de interpretação, mesmo porque textos normativos de sobre-direito também se submetem a exegese ao ensejo de sua aplicação. Veja-se, a propósito, Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 2. ed., São Paulo, Celso Bastos - IBDC, 1999, p. 126.

dos princípios iminentes ao Estado de Direito uma certa hierarquização entre os elementos metódicos em sentido estrito. Essa, por sinal, foi a contribuição mais expressiva de Friedrich Müller para a Hermenêutica constitucional, ao propugnar que, em caso de dúvida, "os resultados parciais das interpretações gramatical e sistemática precedem os dos outros elementos de concretização", sendo que "enunciados divergentes entre aspectos históricos e genéticos não são decisivos no sentido de uma regra de preferência, já que ambos se referem à interpretação de textos não-normativos"<sup>445</sup>. Karl Larenz, depois de assentar a preferência pelo objetivismo interpretativo, demonstra que os elementos históricos e genéticos, ao contrário do que, habitualmente, se diz no Brasil, são extremamente relevantes, ainda que devam ceder diante dos recursos gramaticais, lógico-sistemáticos e teleológicos<sup>446</sup>. Porém, o ponto que desperta maior polémica, por ser de solução mais complexa, é o relativo à consideração do elemento teleológico, no confronto com os demais critérios. Friedrich Müller não reconhece à interpretação teleológica o *status* de um elemento autónomo na concretização de normas constitucionais, "já que pontos de vista de 'sentido e finalidade' da prescrição interpretanda só podem ser aduzidos à medida da sua documentalidade com ajuda dos outros elementos", pois "a suposição de uma 'ratio' que não pode ser comprovada sob nenhum outro aspecto da concretização, desqualifica-se enquanto 'valorização' ou 'ponderação' subjetiva descolada da norma". Todavia, reconhece a sua importância no trabalho em conjunto com os demais métodos, prefigurando-o, destarte, como um elemento auxiliar, necessariamente vinculado ao emprego

445 *Métodos de trabalho*, cit., p. 96. F. Müller sustenta, outrossim, que em caso de conflito entre os elementos gramatical e sistemático deve haver preferência pelos primeiros: "Na sua função negativa, como limite, como limitação das possibilidades de decisão remanescentes na margem de atuação dos resultados parciais concretizados, o aspecto gramatical tem igualmente precedência em caso de conflito com o aspecto sistemático" [p. 99].

446 Em sua *Metodologia*, cit., p. 363, Larenz deixa consignado: "Com efeito, o simples 'facto' do que foi realmente querido, não tem, só por si, força normativa; esta é atribuído da lei como vontade jurídica geral *objectivada*. Mas com isto ainda não está dito que o facto da vontade histórica é irrelevante para o conteúdo desse sentido normativo da lei. Pelo contrário, continua a actuar aqui como impulso criador, embora só na forma que alcançou através do acto de 'criação do Direito' - uma forma que, além disso, está sujeita doravante à influência do tempo. A lei, como vontade expressa do legislador, traz em si a marca do seu tempo, mas, como algo vigente na actualidade, muda também com o tempo. Os dois 'momentos' têm importância igualmente grande; ambos têm que ser tidos em conta pela interpretação".

destes<sup>447</sup>. A orientação adotada por Karl Larenz na matéria é apenas aparentemente discrepante, ao afirmar que "em confronto com outros critérios, tem em geral precedência o *fin da lei reconhecida*mente *prosseruido pelo legislador*", porquanto está ele a se referir a um elemento teleológico objetivamente justificado, a partir dos dados gramaticais, sistemáticos ou históricos oferecidos pelos textos manejados pelo intérprete-aplicador, servindo, pois, de valioso elemento auxiliar em caso de conflito entre variantes exegéticas fundadas em categoria metódica da mesma natureza (*le.g.*, aspectos gramaticais divergentes entre si) ou em categorias de natureza diversa<sup>448</sup>.

A preferência que se possa deferir aos elementos metodológicos dotados de maior objetividade há, de qualquer modo, que ser tomada como relativa, podendo ceder diante das circunstâncias do caso concreto e do dever ético-funcional de se buscar a solução mais justa, nos limites que o texto normativo comporta<sup>449</sup>. Nos chamados "casos difíceis", manifesta-se a discricionariedade judicial, que, de toda sorte, em face dos avanços doutrinários obtidos no estudo das relações entre os diferentes critérios de interpretação, é de invocação bem menos usual do que se costuma imaginar<sup>450</sup>.

447 Cf. *Métodos de trabalho*, cit., p. 69: "No seu quadro e sob seu controle o argumento a partir do 'telos' da prescrição (via de regra ainda não satisfatoriamente implementada) pode oferecer adicionais pontos de vista auxiliares de boa serventia".

448 Vale reproduzir o complemento do texto de Larenz, *Metodologia*, cit., p. 391-2: "O juiz está vinculado, em princípio, pelas valorizações reconhecidas feitas pelo legislador; não lhe é permitido propor-se um fim, que considerava desejável, em lugar do fim querido ou preferido pelo legislador. É outro o caso, quando hoje o fim do legislador histórico, em consequência dum alteração das circunstâncias, se tornou sem objecto, ou quando a sua observância contraria os valores fundamentais reconhecidos na ordem jurídica. Então a proposição jurídica em causa, na medida em que pode subsistir, deve ser interpretada em conformidade com os fundamentais valores e princípios da ordem jurídica actual, o que quer dizer, conforme critérios teleológicos objectivos".

449 Cf. K. Larenz, *Metodologia*, cit., p. 290: "É certo que entre os critérios de interpretação aduzidos não existe uma relação hierárquica fixa, no sentido de que um prefira sempre aos outros".

450 Ainda uma vez, incide com propriedade o magistério lúcido de K. Larenz: "Se for observado o que fica dito (*considerações por ele feitas sobre as relações de preferência entre os critérios interpretativos*), só raramente se dará o caso de continuar incerto qual critério de interpretação terá precedência, de vários conducentes a diverso resultado. Acrescentando o 'controle da correcção do resultado', de que se vai tratar imediatamente a seguir, está garantida a correcção dum interpretação, não decerto com segurança matemática, mas num grau muito elevado. É verdade que em casos-limite, também aqui, tal como na



Em suma, no tocante à limitação imposta à interpretação pela textura da modalidade de regência, configura-se ela por meio da plena utilização da metodologia exegetica, compreendendo os seus múltiplos elementos, de cuja ponderação à luz das circunstâncias do caso concreto (não necessariamente um conflito intersubjetivo) resulta a delimitação do espaço de interpretação disponível ao aplicador.

## 19 As exigências sistêmicas: princípios implícitos e nexos funcionais

O surgimento do Direito como ciência, ou seja, da Dogmática Jurídica se deu a partir das primeiras formulações da teoria positivista, no século XIX. Ora, um dos pilares do positivismo era e é a ideia de ordenamento ou de sistema jurídico, já presente na Escola Histórica de Savigny<sup>451</sup>, que lhe preparou o desabrochar<sup>452</sup>. Conforme ensina Canaris, a ideia de sistema traz consigo duas características lógico-formais indissociáveis, quais sejam, a de *ordenação* e a de *unidade*, que, bem além de consubstanciarem meros pressupostos da Dogmática ou postulados metodológicos, "pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria ideia de Direito"<sup>453</sup>. Destarte, no conceito de sistema jurídico proposto por Canaris, o aspecto lógico-formal (a unidade interior) é posto a serviço de alguns valores fundamentais, encarnados em princípios do Estado de Direito, como a igualdade (formal) e a segurança jurídica<sup>454</sup>. Não é

apreciação segundo um critério de valoração que necessita de preenchimento ou dentro da 'zona marginal' dum conceito, não poderá dispensar-se o juízo subjetivo de quem decide em cada caso".

451 A principal obra de Carlos Frederico Von Savigny foi o seu *System des heutigen Romischen Rechts* (Sistema do Direito Romano atual), de 1840, em cujo v. 1, p. 240, consta a conceituação de sistema como "a concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade" (*Ignat* Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistematizado e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., p. 10-11).

452 Sobre a dessacralização do direito natural levada a efeito pelo historicismo jurídico alemão, representado, principalmente, por Gustavo Hugo e Savigny, entre o final do século XVIII e o início do século XIX, veja-se Norberto Bobbio, *O positivismo jurídico*, cit., p. 45-62, despontando a seguinte observação: "Note-se bem que 'escola histórica' e 'positivismo jurídico' não são a mesma coisa; contudo, a primeira preparou o segundo através de sua crítica radical do direito natural" (p. 45).

453 Cf. *Pensamento sistematizado*, cit., p. 12 e 18.

454 O conceito de sistema jurídico na obra de Canaris se apresenta como uma "ordenação axiológica ou teleológica", sendo o seu papel o de "traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica" (*Pensamento sistematizado*, p. 23 e 66).

difícil perceber a conexão entre a exigência isonômica de que todas as pessoas sujeitas a situações fáticas substancialmente idênticas sejam tratadas da mesma maneira e as abstrações e generalizações que dominam a estrutura interna do ordenamento jurídico, já a partir dos traços característicos das normas jurídicas geradas com o exercício da função legislativa<sup>455</sup>, passando pelo agrupamento dessas normas em institutos, pela simplificação generalizante destes na forma de conceitos jurídicos e pela aproximação entre normas, institutos e conceitos propiciada pelos nexos funcionais. Mas também outra via axiológica do Estado de Direito, a segurança jurídica e suas múltiplas manifestações (previsibilidade das imposições normativas, estabilidade da legislação etc.) pressionam "para a formação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas" e, por isso mesmo, amíúde contraditórias entre si<sup>456</sup>.

Como demonstra Canaris, a unidade interior do sistema jurídico somente pode ser alcançada com recurso aos princípios gerais do direito, pois, somente assim, "podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada conexão 'orgânica' e só assim se obtém aquele grau de generalização sobre o qual a *unidade* da ordem jurídica (...) se torna perceptível"<sup>457</sup>. O caráter estruturante dos princípios jurídicos é também destacado por Karl Larenz, que os conceitua como "*ideias jurídicas gerais* que permitem considerar uma regulamentação normativa como conveniente ou bem fundada, por referência à ideia de Direito ou a valores jurídicos reconhecidos"<sup>458</sup>. Enquanto simples ideias re-

455 Esses traços característicos são a generalidade e a abstração, que não são próprios de toda e qualquer norma jurídica, mas que, em sistemas democráticos e sob o influxo da separação dos Poderes, são indissociáveis das normas de cunho materialmente legislativo. Nesse sentido, assiste razão a Bobbio quando preleciona: "Em outras palavras, pensamos que a generalidade e abstração sejam requisitos não da norma jurídica tal como é, mas do que deveria ser para corresponder ao ideal de justiça, no qual todos os homens são iguais, todas as ações são certas; isto é, são requisitos não tanto da norma jurídica (ou seja, da norma válida em um certo sistema), mas da norma justa" (*Teoria da norma jurídica*, cit., p. 182).

456 Cf. Canaris, *Pensamento sistematizado*, cit., p. 22.

457 Cf. *Pensamento sistematizado*, cit., p. 77.

458 Veja-se *Metodologia*, cit., p. 569: "Em parte, esses princípios identificam-se com os próprios valores jurídicos superiores, como a ideia de 'boa-fé' ou a 'justiça distributiva'.



gentes, os princípios não devem ser entendidos de modo axiomático, "como se fosse possível, a partir de um princípio ou de um número limitado de princípios, deduzir conclusivamente normas jurídicas particulares, ou até um sistema jurídico fechado em si" e, tampouco, como normas que sirvam de critério para a formulação de decisões. Os princípios gerais do direito somente se prestam à solução dos casos submetidos ao Poder Judiciário se forem mediados por norma legal que os concretize, excetuada a hipótese de integração de lacunas, em que a sua eficácia direta somente se manifesta com o "auxílio de considerações metódicas especiais"<sup>459</sup>.

Larenz adverte, contudo, que alguns princípios se condensam "em um critério imediatamente aplicável, e que têm por isso a função de normas (não são só *ratio legis*, mas a própria *lex*", consubstanciando, pois, "princípios com a forma de proposições jurídicas", em contraposição aos princípios não normativos [ideias diretrizes ou causas de justificação], por eles denominados de "princípios abertos"<sup>460</sup>. Por vezes a normatização dos princípios abertos ocorre em nível constitucional<sup>461</sup>, com o que se pode estabelecer a seguinte relação entre princípios gerais de direito e princípios constitucionais: nem todo princípio geral é normativo, entretanto, dentre os que constituem proposições jurídicas alguns são de porte constitucional; já os princípios constitucionais sempre se revestem de caráter normativo, sendo algumas vezes a lídima expressão de princípios gerais de direito<sup>462</sup>. O que importa destacar é que os princípios gerais encarnados

em parte, são critérios referidos a esses valores, como por exemplo os critérios da impugnação, em parte, ainda, são postulados ético-jurídicos ou sócio-jurídicos, como a tutela da personalidade, a tutela da boa-fé, a proteção aos menores e à parte socialmente mais débil, o dever de assistência aos socialmente dependentes etc. "Em outra passagem, esclarece Larenz que "as regras e os institutos particulares não devem ser conhecidos isoladamente, mas nas suas relações de sentido com ideias jurídicas gerais, e estas por sua vez no seu condicionamento mútuo, no seu entrelaçamento recíproco, de modo que por esse meio se tornem compreensíveis e os seus limites se flexibilizam" (*Metodologia*, cit., p. 575).

459 Cf. K. Larenz, *Metodologia*, cit., p. 570 e 576.

460 *Metodologia*, cit., p. 576, advertindo Larenz, à p. 576-7, que a distinção entre princípios abertos e normativos é um tanto fluida: "O ponto a partir do qual um princípio adquire um grau tal de determinação e de aplicabilidade uniforme que passa a 'ter a forma de proposição jurídica', não pode pois ser indicado com precisão".

461 Um bom exemplo disso, tomando como referência o sistema jurídico brasileiro, pode ser dado com a enunciação mais geral do princípio da isonomia, nos termos do art. 5º, *caput*, 1ª parte, da CF ("todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza").

462 Para uma discussão mais ampla da relação entre os princípios gerais de direito e os princípios constitucionais, veja-se Celso R. Bastos, *Hermenêutica*, cit., p. 139-46.

em normas jurídicas fazem parte do direito positivo, ao passo que os princípios gerais não normativos apenas se integram ao direito positivo de modo *mediato*, "por intermédio das normas ou das decisões reconhecidas como justas em que são positivados, e apenas nessa medida"<sup>463</sup>.

Na condição de elementos normativos do sistema, os princípios constitucionais devem ser manejados pelos órgãos judiciários como as demais normas da Constituição, respeitando-se o limite de sua expressão textual e considerando-se as peculiaridades hermenêuticas que resultam de sua maior fluidez de sentido, as quais revertem em benefício da discricionariedade legislativa. Não é essa particularidade, no entanto, a ser destacada quando se pretende chamar a atenção para a existência de marcos sistêmicos que não podem ser ultrapassados pelo juiz constitucional. Refiro-me, isto sim, aos princípios constitucionais implícitos, não os de caráter aberto, inspiradores de disposições constitucionais, mas que a elas não se vinculam (*e.g.*, o princípio do respeito recíproco que deve permear as relações entre autoridades públicas) e sim àqueles que podem ser inferidos de normas ou institutos consagrados na Lei Maior, por estarem a eles entrelaçados<sup>464</sup>. Não resta dúvida que se trata aqui de um ponto delicado na avaliação do comportamento dos órgãos incumbidos da aplicação oficial da Constituição, porquanto, embora não estejam explícitos no Texto Magno, tais princípios devem merecer o mesmo acatamento dos que foram verbalizados pelo Constituinte.

463 Cf. K. Larenz, *Metodologia*, cit., p. 581. Nessa passagem, o filósofo adere à distinção "forte" ou qualitativa entre princípios normativos [ou normas-princípio] e regras jurídicas (normas-regra), especialmente em virtude da dimensão homogênea dos princípios: "O reconhecimento de princípios como forma de proposições jurídicas pode suscitar um mal entendido: o de se supor que a distinção entre proposição jurídica e princípio resulta de uma simples diferença no grau de abstração, e conseqüentemente no âmbito de aplicação. Não é assim. Os princípios jurídicos não são 'princípios' por serem proposições jurídicas maximamente gerais, mas porque albergam em si uma ideia especificamente jurídica, que pode revelar-se em diferentes complexos de regulamentação e pode servir de fundamento espiritual a diferentes proposições jurídicas ou à totalidade de um regime normativo; e porque, correspondentemente, são 'susceptíveis de evolução'".

464 A respeito desses princípios normativos implícitos, ponderou K. Larenz: "Como princípios 'com forma de proposições jurídicas' podem citar-se, em primeiro lugar, aquelas regras fundamentais que, não sendo embora explicitamente formuladas pelo legislador, se entende, no entanto que subjazem racionalmente a uma regulamentação, por esta só poder ser compreendida como uma série de modificações, restrições ou especificações precisamente de tais regras fundamentais" (*Metodologia*, cit., p. 577).

Mas, as exigências da percepção do direito como um sistema axiológicamente orientado não importam apenas na necessidade do intérprete-aplicador atender para a existência de normas principiológicas implícitas. Há que se ter em conta que as normas, institutos e conceitos jurídicos que os expressam não estão simplesmente justapostos no ordenamento, o que os princípios gerais e as normas-princípio já permitem entrever. Entre todas essas categorias há vínculos funcionais que a correta operação do sistema jurídico pressupõe. Conforme apontou Karl Larenz, "discernir o jogo combinado de diferentes normas ou de diferentes complexos normativos, e com isso as funções que determinado conceito jurídico desempenha, é uma tarefa fundamental da ciência jurídica sistemática, de que depende a possibilidade da já referida interpretação sistemática e teleológica da lei (interpretação segundo o 'conjunto dos fins')"<sup>465</sup>. A racionalização fundamentadora das decisões judiciais não se esgota, por conseguinte, no uso adequado dos elementos ou técnicas de interpretação, mas envolve, igualmente, a preocupação metodológica em estabelecer em que termos se dá a harmonização entre os institutos e conceitos jurídicos"<sup>466</sup>.

Ao contrário dos conceitos jurídicos, doutrinariamente formulados, os quais, muito embora influam na concretização de normas constitucionais, não são vinculantes para o intérprete-aplicador"<sup>467</sup> os nexos funcionais entre os elementos normativos do sistema, na medida em que a eles aderem, não podem ser ignorados, sob pena de rompimento com a lógica funcional interna do ordenamento que se está a operar"<sup>468</sup>. Cabe atender, porém, para

465 *Metodologia*, cit., p. 557.

466 Cf. K. Larenz, *Metodologia*, cit., p. 567-8: "O princípio metodológico que rege a determinação de um conceito jurídico ou de um instituto jurídico à luz das respectivas funções é a ideia da justiça funcional, da concordância intrínseca, do jogo concertado das normas e das instituições, consideradas no conteúdo jurídico que lhe é específico. Trata-se, pois, de um princípio sistemático".

467 Veja-se Friedrich Müller, *Métodos de trabalho*, cit., p. 84: "Como modos técnicos de trabalho, os conteúdos dogmáticos, teóricos e de política jurídica influem assim considerável e muitas vezes decisivamente na solução de casos jurídicos. Mas isso ainda não gera o caráter vinculante no sentido desenvolvido da normatividade de normas jurídicas 'vigentes'".

468 Como ensina Paulo Bonavides, "tradicionalmente, distinguem-se duas acepções de sistema: o sistema externo ou extrínseco e o sistema interno ou intrínseco". O sistema externo, aplicável à Dogmática Jurídica, refere-se "ao trabalho intelectual de que resulta um conjunto ou totalidade de conhecimentos logicamente classificadas, segundo um princípio unificador", ao passo que o sistema interno não se reporta "ao conhecimento do objeto, mas ao objeto mesmo", correspondendo às conexões de sentido que comandam o funcionamento interno do sistema jurídico (Cruz, cit., p. 107-15).

a mobilidade histórica desses vínculos funcionais sistêmicos, que acompanham a evolução no sentido das normas e institutos jurídicos:

"O sistema que aqui está em causa não pode consistir apenas em deduções conceituais, relações lógicas de supra e infraordenação: tem de se identificar com a *estrutura intrínseca de sentido das normas e institutos jurídicos*. Um tal sistema não pode ser fechado em si, como o sistema axiomático baseado na lógica formal e no conceito abstracto geral; tem de ser aberto a mutações funcionais e a acentos novos; tem de acompanhar a *existência histórica da ordem jurídica*"<sup>469</sup>.

O ato cognoscitivo (e também, em alguma medida, criativo) dos princípios implícitos e nexos funcionais obedece à mesma lógica dialética do "círculo hermenêutico" ou da "elucidação recíproca" de Gadamer, pois, na dicção de Larenz, "compreendemos como adequada uma norma ou uma decisão, quando é possível justificá-la à luz de um princípio (ou *nexo funcional*) que diga respeito a esse tipo de casos, ou de vários princípios e da sua relação mútua, tal como é cognoscível a partir do todo de uma regulamentação; por outro lado, conhecemos o princípio (ou *nexo funcional*), o grau da sua positividade e o seu alcance dentro do Direito positivo, à luz das normas ou dos institutos jurídicos em que se moldou". Os elementos de compatção sistêmica não podem, portanto, ser simplesmente inferidos de enunciados normativos ou de decisões concretizadoras, sendo objeto da pré-compreensão do jurista, com base na carga de conhecimentos e juízos de valor prévios que carrega, pré-compreensão essa que necessita de controle e de ajustes permanentes em face da (relativa) objetividade dos textos normativos a que se referem esses mesmos princípios e nexos funcionais. De modo correlato, o *sistema interno*, "fundado nos princípios e nos nexos funcionais das normas e dos institutos, estrutura-se igualmente segundo um modelo de acção recíproca e não-de-movimento-uma-direção-única"<sup>470</sup>.

## 20 A necessária intervenção legislativa para o desdobramento de princípios constitucionais

A intervenção legislativa em matérias disciplinadas constitucionalmente suscita questões complexas não apenas sob o prisma da adequação verti-

469 Cf. K. Larenz, *Metodologia*, cit., p. 568.

470 Veja-se Larenz, *Metodologia*, cit., p. 583-4.

cal (formal, orgânica, material ou finalística), mas, outrossim, em relação à natureza da atuação do legislador. Pode-se dizer, genericamente, que, por vezes, essa intervenção é totalmente vedada; em outras ocasiões, é exigida pela própria Constituição: por último, em circunstâncias variadas e com sentidos diversos, a atuação do legislador é simplesmente permitida.

As matérias de cunho exclusivamente constitucional são aquelas cuja regulação em nível subalterno desvirtua a própria finalidade ínsita à disciplina normativa imprimida pela Lei Maior. Um bom exemplo disso é a distribuição de competências (políticas e administrativas) entre as unidades integrantes de um Estado federal. O princípio federativo, como é sabido, importa, necessariamente, na descentralização da função legislativa, porém, diferentemente de outras formas de Estado, na federação tal descentralização político-normativa é disciplinada por meio de Constituição rígida, estando seu núcleo essencial, usualmente, resguardado mesmo em face do Poder Constituinte de revisão<sup>471</sup>. Ora, se, *ad argumentandum*, pudesse a União editar lei sobre a repartição da competência legislativa entre as entidades federadas, mesmo que sem ofensa ao texto constitucional específico<sup>472</sup>, estaria em posição de vantagem no tocante a assunto particularmente sensível ao equilíbrio federativo e, por isso mesmo, submetido à arbitragem excludente do Constituinte originário<sup>473</sup>. O mesmo se pode dizer, *mutatis mutandis*, com referência ao roteio das competências funcional-materiais entre os Poderes do Estado, imposto pelo princípio da separação<sup>474</sup>. A configuração básica do processo legislativo é outra matéria de natureza tipicamente constitucional, já que, do contrário, estaria o órgão incumbido da legiferação livre para proceder como bem lhe aprouvesse, admitindo-se que, por meio de normas regimentais de sua exclusiva alçada, discipline o Parlamento a projeção dessas diretrizes constitucionais no âmbito interno de suas atividades<sup>475</sup>. De modo

471 Veja-se, por todos, Raul Machado Horta, *Direito constitucional*, cit., p. 478.

472 Por exemplo, para extremar o que se deve entender por "produção e consumo", para efeito do exercício da competência legislativa concorrente prevista no art. 24, V, da CF, sem desbordar do arco significativo da expressão.

473 Não se aplica, por certo, o raciocínio em relação ao disposto no parágrafo único, do art. 22, da CF, que autorizou a União, mediante lei complementar, a delegar competência legislativa aos Estados (aspectos específicos das matérias de sua competência privativa).

474 O que não impede que se legisle sobre o modo de exercício de algumas dessas competências (e.g., a legislação sobre processos judiciais ou administrativos).

475 No mesmo sentido, veja-se Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, Saraiva, 1982, p. 97-8.

mais amplo, cabe a asserção de que não pode o Poder Legislativo legislar sobre matérias objeto de normas por meio das quais o Poder Constituinte procurou limitá-lo no desempenho da função que lhe é própria, como sucede com algumas garantias fundamentais<sup>476</sup>. E há, finalmente, alguns institutos associados à função de chefia de Estado que não se compdecem com legislação infraconstitucional, como é o caso da intervenção federal<sup>477</sup> ou do estado de sítio.

É justamente a existência de matérias regradas unicamente pela Constituição formal (estando ou não vedada a intervenção legislativa) que suporta a conclusão no sentido da possibilidade da existência de lacunas constitucionais, ou seja, de "situações constitucionalmente relevantes não previstas"<sup>478</sup>.

Nas situações em que se admite a intervenção legislativa ou, mais do que isso, em é ela exigida, deve-se atentar para o diferente papel desempenhado pelas normas infraconstitucionais, relativamente às que, em nível superior, regulam a matéria. Pode-se falar, nesse ponto, de *normas integrativas* de comandos constitucionais, isto é, normas cuja estatuição se funde com a dos preceitos constitucionais a que se reportam, para compor uma disciplina unitária acerca da matéria regrada; e de *normas de descobrimento*.

476 É o que sucede com a garantia do art. 5º, XXXVI, da CF ("a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"). Na monografia *A proteção dos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 140, escrevi: "Pois bem, e na condição de norma de eficácia plena e imediata, seria admissível a atuação do Legislador ordinário no sentido de, respeitadas os marcos significativos dos conceitos de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, atribuir-lhes um sentido mais preciso e, portanto, excludente de outras possibilidades? A resposta, para nós, é claramente negativa, sob pena de restar comprometida a função do preceito que é, não se deve esquecer jamais, a de estabelecer limites à eficácia temporal das leis, restando, pois, inadmissível que o Legislador balizado pudesse, ao seu alvedrão, decidir onde fincar os marcos desses limites".

477 Salvo no que tange ao processo, judicialmente, para se obter do STF a declaração de inconstitucionalidade do ato estadual ensejador da medida restritiva, como pressuposto de sua decretação (arts. 34, VII, e 36, III, da CF).

478 Nesse sentido manifesta-se Jorge Miranda, *Manual*, cit., v. 2, p. 266-71, inclusive apontando situações de lacuna constitucional à luz do ordenamento luso. Como bem anota o professor da Universidade de Lisboa, "a integração das lacunas de normas formalmente constitucionais deve ser feita no interior da Constituição formal, sem recurso a normas de legislação ordinária: É olhando ao sistema de normas da Constituição formal, como expressão da Constituição material, que o agente da integração deve raciocinar quer procure a analogia (*legis* ou *juris*) quer atenda aos princípios gerais".

to de princípios e regras constitucionais, que expandem a disciplina por eles imposta, mantendo, contudo, certa autonomia regulatória, mesmo sendo inegável a existência de um vínculo entre ambos os segmentos normativos (constitucional e ordinário)<sup>479</sup>.

Há normas constitucionais, quer na modalidade de princípios, quer na modalidade de regras, que exigem intervenção legislativa para que possam gozar de plenitude eficácia<sup>480</sup>. Trata-se das normas de eficácia limitada ou *not self-executing*, na terminologia clássica, as quais somente incidem totalmente sobre os interesses objeto de sua regulamentação "após uma norma de incidência ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida" e produzam efeitos secundários<sup>481</sup>. Ora, um desses efeitos consiste, precisamente, no dever do legislador de editar os atos le-

479 Essa distinção perpassa o esquema classificatório de Celso R. Bastos e Carlos A. Brito relativamente à aplicação das normas constitucionais, por elas apartadas em dois conjuntos: normas de aplicação (normas de eficácia plena) e normas de integração (de eficácia limitada ou de eficácia plena restringível), sendo as primeiras "regulamentáveis" (desdobráveis) ou não (*Interpretação e aplicabilidade*, cit., p. 34-63).

480 Dentre as normas-princípio que demandam legislação podem-se mencionar inúmeras normas de natureza programática (e.g., o princípio do pleno emprego - art. 170, VIII, da CF). No que concerne às normas-regra, é o caso das normas constitucionais que remetem a complementação da modelagem de um instituto ao legislador (e.g., a arguição de descumprimento de preceito fundamental - art. 102, § 1º, da CF).

481 Na classificação tricotômica de José Afonso da Silva quanto à eficácia das normas constitucionais, as normas de eficácia plena, "desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos visados (...), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incluindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto" (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, p. 72-3. Já as normas de eficácia limitada, no tocante às situações fáticas por elas reguladas, ostentam uma aplicabilidade indireta e mediata - justamente por serem intermediadas por proximidades legislativas, às quais se agregam, por vezes, medidas de natureza administrativa ou financeira. Dentre os diversos efeitos (secundários) produzidos, desde logo, pelas normas de eficácia limitada, destacam-se: a revogação da legislação ordinária anterior e a invalidação da legislação ordinária superveniente com elas incompatível; a influência que exercem sobre a interpretação de outros textos normativos (inclusive de porte constitucional) e a possibilidade de servirem de critério para a integração sistêmica; a interdição à revogação de legislação integrativa que tenha sido porventura editada (princípio do não retorno); e, finalmente, o estabelecimento de um dever de implementação para todos os órgãos governamentais, máxime o Poder Legislativo (e uma correlata proibição de tentarem frustrar essas medidas) [Jorge Miranda, *Manual*, cit., v. 2, p. 250-1].

gislativos necessários à integração de suas prescrições, sob pena de se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão<sup>482</sup>.

De outra parte, existem princípios e regras constitucionais que, expressamente, autorizam o legislador ordinário a restringir-lhes a eficácia, nas condições e na forma neles especificadas<sup>483</sup>. São, portanto, normas de eficácia plena (*self-executing*), porém restringível, em relação às quais o legislador infraconstitucional não está obrigado a agir e sim legitimado a fazê-lo para a consecução de determinados objetivos que impõem a flexibilização na aplicação do princípio ou a estipulação de exceções à regra<sup>484</sup>.

A ponderação entre normas-princípio de eficácia plena que concorrem, mediante incidência simultânea, para a conformação da disciplina de certas matérias constitucionais, mormente no plano dos direitos fundamentais de liberdade<sup>485</sup>, também propicia a intervenção legislativa, que, nesse caso, busca a concretização de um ponto gêmeo no ajuste entre as normas em disputa, assunto esse que já foi versado no item 17.3, retro. A ausência de regulação infraconstitucional, na espécie, em nada afeta a aplicabilidade direta e imediata das normas-princípio à matéria que delas é objeto, cabendo ao Poder Judiciário efetuar o indispensável juízo de ponderação. A relativa indeterminação dos princípios concorrentes, contudo, abre espaço à contribuição do legislador nesse mister, a qual, posteriormente, se sujeitará ao controle de constitucionalidade<sup>486</sup>.

482 Nos termos do art. 103, § 2º, da CF, a omissão inconstitucional consiste na ausência, após o decurso de um certo lapso temporal, de medidas hábeis a tornar efetiva norma constitucional, sendo passível de declaração pelo STF (em nível federal) por meio de ação direta. Sobre o tema, consulte-se Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 1033-5.

483 São as normas que José Afonso da Silva intitulou de "eficácia contida", cf. *Aplicabilidade*, cit., p. 105: "Normas de eficácia contida (...) são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais enuncinados".

484 Norma-princípio dessa natureza é aquela concretamente à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, da CF). As normas-regra restringíveis são menos usuais, mas também existem na Constituição, como deflui da disposição do parágrafo único, do art. 22, que permite ao legislador excepcionar a competência privativa da União para legislar sobre as matérias ali arroladas.

485 A título de exemplo, mencione-se a concorrência entre a liberdade de reunião e a liberdade física de locomoção (art. 5º, XV e XVI, da CF), que podem ser objeto de harmonização legislativa no que concerne ao exercício da primeira em vias públicas.

486 Para esse controle, tanto quanto em relação à legislação restritiva expressamente autorizada por normas-princípio de eficácia plena, um instrumento importantíssimo é o

Em todas as situações de *interpositio legislatoris* examinadas até agora se está diante do fenômeno da integração de normas constitucionais, porquanto a normatização infraconstitucional se entrelaça com aquela de nível supremo, compondo um só conjunto regulatório para a matéria em questão. Em outros termos, por meio da atuação do legislador se promove a densificação<sup>487</sup> do conteúdo normativo dos dispositivos constitucionais em foco, razão pela qual se estabelece uma relação instrumental entre a legislação editada e as normas superiores a que se reporta<sup>488</sup>. Da eficácia das normas constitucionais ou de sua natureza principiológica decorrem importantes limites a serem observados por juízes e tribunais, como já se viu (item 17.3) ou ainda se verá (item 21), mas não é isso que pretendendo ressaltar nesse momento.

Muitas das regras constitucionais admitem que o legislador promova a expansão da normatização delas decorrente, mediante a veiculação de um conjunto de normas infraconstitucionais que, rigorosamente, não concretizam aquelas normas superiores e sim agregam algo ao seu conteúdo, do que resulta uma relativa autonomia da regulação legislativa no tocante àquela existente em nível constitucional. Tomemos como exemplo o direito à oblação gratuita de certidões em repartições públicas, visando à defesa de direitos subjetivos e ao esclarecimento de situações de interesse pessoal, previsto no artigo 5º, inciso XXXVI, alínea b, da Constituição Federal. Cuida-se de norma constitucional de eficácia plena, de caráter essencialmente descritivo e retrospectivo<sup>489</sup>, contendo elementos suficientes

recurso à técnica da proporcionalidade, que implica a avaliação da adequação e da necessidade da legislação, além da sua razoabilidade em promover o ajuste colimado. Sobre o tema, dentre tantas outras obras que têm despontado na doutrina nacional, indico a monografia *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*, de Paulo Armitino Tavares Buechele, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 119-87.

<sup>487</sup> Carnotilho bem expressa o sentido do termo "densificação", *Direito constitucional*, cit., p. 1201: "Densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, de problemas concretos".

<sup>488</sup> Isso não significa que não possa ocorrer a revogação do ato legislativo anelar, com as restrições impostas pelo princípio do não retorno em sede de implementação de normas de eficácia limitada; consulte-se sobre tal princípio a obra de Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*, Coimbra, Coimbra Ed., 2006.

<sup>489</sup> Embora ressalvando a relatividade da distinção, Humberto Ávila assevera que "as regras assumem caráter retrospectivo (*past-regarding*), na medida em que descrevem uma

para a disciplina da situação fática e, correlatamente, para a solução de pendências que digam respeito à matéria nela regulada. Entretanto, nada impede que o legislador ordinário, de cada nível federativo, haja vista se tratar de hipótese de competência legislativa inteiramente descentralizada (competência privativa de cada ente federado em relação à sua própria Administração) amplie a regulação imposta pelo Constituinte, *verbi gratia*, estabelecendo prazos para o fornecimento de certidões ou os elementos informativos mínimos que devem conter. Ao assim agir não estará, propriamente, integrando a norma constitucional em referência e sim criando novas regras que a ela se justapõem (e não se fundem), podendo ser eliminadas, ampliadas ou modificadas sem qualquer óbice e a qualquer momento<sup>490</sup>.

As normas constitucionais principiológicas, do mesmo modo e com maior razão ainda, comportam o seu desdobramento em nível de legislação ordinária. Com efeito, os princípios constitucionais consubstanciam "normas-do-que-deve-ser" (*ought-to-be-norms*), em contraposição às regras constitucionais que são "normas-do-que-fazer" (*ought-to-do-norms*). Consoante expõe Humberto Ávila, "ambas as normas, contudo, podem ser analisadas tanto sob o ponto de vista comportamental quanto finalístico: as regras instituem o dever de adotar o *comportamento descritivamente prescrito*, e os princípios instituem o dever de adotar o *comportamento necessário* para realizar o estado de coisas; as regras prescrevem um comportamento para atingir determinado fim, e os princípios estabelecem o dever de realizar ou preservar um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários"<sup>491</sup>. A força expansiva dos princípios (normas finalísticas e prospectivas) é consideravelmente mais acentuada do que a das regras, que, em compensação, regulam de modo mais completo a situação fática que a elas se subsume, não dependendo, como os princípios, da contribuição de outros comandos de igual natureza, cumulativamente incidentes. A

situação de fato conhecida pelo legislador, ao contrário dos princípios, que possuem caráter prospectivo (*future-regarding*), já que determinam um estado de coisas a ser construído" (*Teoria dos princípios*, cit., p. 76).

<sup>490</sup> As normas-regra de eficácia plena que delinham institutos jurídicos em nível constitucional, excetuadas as matérias que somente podem ser reguladas nesse escalão hierárquico, sempre admitem legislação de desdobramento.

<sup>491</sup> *Teoria dos princípios*, cit., p. 73. Em adendo, assina Humberto Ávila que "as regras preveem condutas que servem à realização de fins devidos, enquanto os princípios preveem fins cuja realização depende de condutas necessárias".



expansividade dos princípios constitucionais, que já se manifesta no fato de se projetarem sobre outras normas-princípio (menos amplas) e sobre inúmeras normas-regra do texto constitucional, auxiliando o intérprete-aplicador a compor-lhes o sentido, estimula o legislador infraconstitucional a traçar novos segmentos normativos que lhes agregam conteúdo<sup>492</sup>. Essas normas de nível ordinário não são exigidas pelos princípios superiores<sup>493</sup> nem integram a vontade constitucional nelas manifestada, destruindo de certa autonomia regulatória, não obstante representem a projeção das normas-princípio a outros quadrantes do ordenamento e, nesse sentido, também expressem a força nomogenética que os caracteriza<sup>494</sup>.

É nesse ponto que se deve explicitar a existência de importante limitação à atuação concretizadora da Constituição pelo Poder Judiciário: as normas de desdobramento ou de expansão de princípios constitucionais, precisamente por não estarem compreendidas no respectivo campo de incidência, tal qual inicialmente proposto pelo Constituinte, devem ser formuladas pelo Poder Legislativo, o qual se sujeitará, como sói acontecer com toda regulação subalterna, ao controle judicial *a posteriori*, típico de nosso sistema de fiscalização de constitucionalidade. Não resta dúvida de que a proximidade entre a disciplina normativa projetada e o princípio

492 O assunto é abordado, com a maestria de sempre, por Jorge Miranda, *Manual*, cit., t. 2, p. 227: "Exercem, finalmente, [os princípios] uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude da sua maior generalidade ou indeterminação e da força expansiva que possuem [e de que se acham desprovidos os preceitos, desde logo por causa de suas amarras verbais]. Daí, o peso que revestem na interpretação evolutiva, daí a exigência que contém ou o convite que sugerem para a adopção de novas formulações ou de novas normas que com eles melhor se coadunem e que, portanto, mais se aproximem da ideia de Direito inspiradora da Constituição [sobretudo, quando se trate de Constituição programática]".

493 O que se quer aqui dizer é que os princípios constitucionais podem ser perfeitamente aplicados sem o advento da legislação de expansão—muito embora a existência desse regime possa levar o juiz a reconhecer a existência de lacuna infraconstitucional, colmatável de conformidade com os procedimentos metodológicos usuais. É o que ocorreria se falassem na legislação processual determinados elementos indispensáveis à observância do princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), expresso em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

494 Essa força nomogenética é um dos critérios que servem para fundamentar uma distinção qualitativa entre princípios e regras, distinção essa que permeia o presente trabalho. Como registra Gomes Canotilho, "os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando por isso, uma função nomogenética fundamentante" [*Direito constitucional*, cit., p. 1161].

constitucional irradiador abrem flanco a possíveis desdobramentos pelo legislador ordinário, o que não é elidido pelo fato de haver agido sob inspiração da diretrix fixada pelo Constituinte.

No que concerne ao desdobramento infraconstitucional de normas-regra os riscos de extrapolações atvistas são consideravelmente menores, em face do maior grau de precisão e determinabilidade dos comandos constitucionais. Todavia, a ampla projeção sistemática das normas-princípio, mormente as de porte constitucional, pode vir a se converter em elemento de propulsão ao ativismo judiciário, que restará configurado se as normas de desdobramento resultarem de decisões judiciais e não de atos formalmente legislativos, como de rigor.

## 21 A limitação eficaz das normas constitucionais

A moderna Hermenêutica Jurídica, como já restou assentado<sup>495</sup>, fincou um dos seus principais postulados na distinção entre texto normativo e norma jurídica<sup>496</sup>. Os dispositivos, enquanto unidades lógico-semânticas do ato normativo, participam de sua dimensão formal, do mesmo modo que as normas, por meio das quais se expressa o conteúdo dos enunciados articulados, correspondem à sua dimensão material. Assim sendo, a projeção do ato normativo nos planos da existência, validade e eficácia<sup>497</sup> encontra alguma ressonância quando são consideradas as unidades de sentido em que se decompõe, vale dizer, os dispositivos e as normas. A identificação da existência ou não de um determinado ato jurídico é sempre feita considerando-o em sua inteireza, carecendo de autonomia qualquer avaliação nesse plano de dispositivos ou normas, os quais existem ou não como mera decorrência da existência do ato que os veicula. Todavia, já no plano da validade, pelo qual se examina a regularidade do ato normativo à luz de mandamentos superiormente situados, rompe-se a unidade de tratamento antes referida, porquanto a invalidade de uma lei, para exemplificar, nem sempre corresponde à invalidade de todos os seus dispositivos e normas<sup>498</sup>, sendo que, por vezes, se verifica uma certa dissociação

495 Item 8, da Seção II, deste capítulo.

496 Cf. Friedrich Müller, *Métodos de trabalho*, cit., p. 38.

497 Veja-se, sobre o tema, minha obra *A inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 1-41, com maior atenção à projeção do ato legislativo nos três planos mencionados.

498 Daí falar-se em inconstitucionalidade total e parcial, "de acordo com a extensão do vício no tocante ao conjunto normativo do diploma legal" [Elival da Silva Ramos, *A inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 163].



ção entre dispositivo e norma também sob o prisma de sua higidez, podendo um dispositivo válido conter norma inválida<sup>499</sup>.

Pois bem, também no plano da eficácia se adquire relevante análise especificamente direcionada às normas propriamente ditas. Os fatores de eficácia, que suspendem, cessam ou estendem os efeitos dos atos normativos, são, em geral, externos às normas jurídicas neles contidas, reportando-se à sua expressão formal e unitária<sup>500</sup>. Todavia, ao se examinar cada enunciado normativo de per si, ao interpretar-aplicador, observada a limitação textual, é dado concretizar a norma correspondente de um modo que lhe corresponda maior ou menor aptidão para produzir efeitos. Vislumbra-se aqui o que se poderia denominar de eficácia normativa interna, isto é, vinculada à norma jurídica construída, sob controle metodológico, pelo intérprete.

Na esteira do que foi dito, pode-se afirmar que as diversas classificações das normas constitucionais quanto à eficácia têm em vista, na verdade, a eficácia interna desses segmentos unitários da Constituição, razão pela qual a interpretação desta é condição prévia para a realização de tais exercícios de sistematização. O processo hermenêutico, como não poderia deixar de ser, também aqui obedece à circularidade gadameriana: de uma interpretação *prima facie* dos dispositivos constitucionais são construídas classificações que ordenam as normas a partir deles construídas, tendo como critério o seu grau de potencialidade para a produção de efeitos jurídicos: a concretização desses preceitos, em face da necessidade de solução de questões controversas, permite, em um segundo momento, aferir a consistência lógica e a adequação teleológica das classificações propostas, em um movimento que se repete à medida da sucessão dos eventos que devam ser objeto de decisões pelos operadores do sistema.

<sup>499</sup> Se a norma resulta de um processo hermenêutico, na perspectiva da aplicação do ato normativo, um dispositivo que comporte um amplo espaço de interpretação pode conter algumas variantes exegeticas que se antagonizam com as normas-parâmetro, como sucede nas decisões que proclamam a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto (art. 28, parágrafo único, da Lei Federal n. 9.882, de 3-12-1999). Pode-se alucunar tal modalidade de vício de inconstitucionalidade parcial qualitativa, já que não diz respeito ao texto da lei (inconstitucionalidade parcial quantitativa) e sim ao seu conteúdo normativo (aspecto material).

<sup>500</sup> Assim se passa com a promulgação, publicação e prazo de vacatio legis (fatores suspensivos), com a revogação (fator resolutivo) e com a edição de decreto regulamentar, promissor de plenitude eficaz à lei (fator extensivo). Consulte-se sobre o assunto, meu trabalho *A inconstitucionalidade das leis*, p. 35-41.

Não é o caso de se examinar as inúmeras classificações das normas constitucionais quanto à eficácia, bastando a constatação de que a distinção clássica entre as normas executíveis e não executíveis por si mesmas, com o aperfeiçoamento terminológico propugnado por José Afonso da Silva<sup>501</sup>, continua sendo o eixo desses esquemas ordenatórios. As elaborações doutrinárias subsequentes foram úteis principalmente para demonstrar que as duas categorias básicas comportam subdivisões, o que contribui para a melhor compreensão da matéria. Destarte, algumas das normas de eficácia plena (autoexecutáveis), por admitirem expressamente a possibilidade de contenção de seus efeitos por meio de legislação ulterior, constituem o subconjunto das normas de eficácia plena restritivas. Mais relevante, ainda, adquire-se a subdivisão das normas de eficácia limitada (não autoexecutáveis), de modo a destacar a natureza e o alcance das providências necessárias à sua plenitude eficaz. Tenho para mim que foi Jorge Miranda quem alcançou os melhores resultados nesse campo, ao combinar a classificação básica com outra que aparta as normas preceptivas das normas programáticas, ressaltando que a diferença entre ambas as categorias "se situa na interação com a realidade constitucional", conforme seja esta "susceptível ou não de ser, só por força das normas constitucionais, imediatamente conformada de certo modo"<sup>502</sup>. Se todas as normas de eficácia plena são preceptivas, nem todas as de eficácia limitada o são, razão pela qual se há de distinguir entre as normas de eficácia limitada preceptivas e programáticas:

"Separam-se, no entanto, por as normas preceptivas não executíveis por si mesmas postularem apenas a intervenção do legis-

<sup>501</sup> O autor defendeu na obra *Aplicabilidade*, cit., p. 63-7, a inadequação da terminologia empregada por Thomas Cooley e outros constitucionalistas estadunidenses (*self-executing provisions* e *not self-executing provisions*), por dar ensejo ao entendimento (de resto incorpóreo à doutrina clássica) de que as normas constitucionais não executáveis por si mesmas seriam desprovidas completamente de eficácia jurídica. Bem por isso propôs, com larga aceitação no meio jurídico brasileiro, que os dois conjuntos fossem renomeados para normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada. A terceira categoria dividida por José A. da Silva, a das normas de eficácia contida, revela-se problemática sob dois ângulos: no plano terminológico, já que a eficácia dessas normas não é propriamente contida (desde logo) porém restritiva (passível de ser contida por legislação ulterior); e no plano lógico-esquemático, por se introduzir na classificação binária uma categoria que, na verdade, corresponde a um subconjunto das normas de eficácia plena, como bem apontou Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em seu *Curso*, cit., p. 391.

<sup>502</sup> Cf. *Manual*, cit., t. 2, p. 246-7.

lador, actualizando-as ou tornando-as efectivas, e as normas programáticas exigirem mais do que isso, exigirem não só a lei como providências administrativas e operações materiais. As normas não executíveis por si mesmas preceptivas dependem apenas de factores jurídicos e de decisões políticas; as normas programáticas dependem ainda (e sobretudo) de factores económicos e sociais.<sup>503</sup>

As limitações, de ordem exclusivamente jurídica, incidentes sobre as normas de eficácia plena restringíveis e sobre as normas de eficácia limitada preceptivas não geram maiores controvérsias no que concerne à sua existência, porquanto, via de regra, podem ser facilmente identificadas nas referências expressas à possibilidade de legislação posterior restritiva ou à necessidade de lei para a implementação da disciplina normativa, sendo essa disciplina meramente esboçada na norma ou remetida à avaliação do legislador quanto ao momento em que deva efetivamente prevalecer<sup>504</sup>. Bem mais complexa é a atribuição a uma norma constitucional da condição de norma programática, na medida em que, raramente, o condicionamento de sua eficácia a providências variadas dos Poderes Públicos resta expresso ou ao menos parcialmente indicado no respectivo texto<sup>505</sup>.

503 Cf. Jorge Miranda, *Manual*, cit., t. 2, p. 248.

504 Essa bipartição das normas de eficácia limitada preceptivas corresponde, grosso modo, às duas categorias de normas "não autoexecutáveis" denominadas por Manoel G. Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 12-3, de normas incompletas e normas condicionadas. Para o ilustre constitucionalista do Largo de São Francisco, as primeiras são "aquelas que não são suficientemente definidas, seja quanto à hipótese, seja quanto à disposição"; ao passo que as segundas são "aquelas que, embora pareçam suficientemente definidas na hipótese e no dispositivo, foram condicionadas pelo constituinte a uma lei posterior, que precise os seus elementos integrantes".

505 Para José Afonso da Silva, "há normas programáticas que mencionam uma legislação futura para atuação positiva do programa previsto, enquanto outras não o indicam". Entretanto, nos exemplos de normas programáticas "vinculadas ao princípio da legalidade" que apresenta não se vislumbram, propriamente, normas programáticas e sim de outras categorias (*Aplicabilidade*, cit., p. 131-3). Um exemplo raro na actual Constituição de norma programática que se reporta a integração legislativa, muito embora dela transpareça a indispensabilidade de providências de outra ordem (regulamentares, administrativo-materiais, financeiras etc.) é a do art. 218, § 4º, da CF: "A lei aporará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos económicos resultantes da produtividade de seu trabalho".

Encontramos aqui uma situação em que a objectividade dos elementos gramatical e sistemático deve ser suplantada por uma interpretação de cunho histórico-teleológico, em que a finalidade das normas em questão seja conectada à sua gênese, que, em termos comparatísticos, remonta ao advento do constitucionalismo social-democrático nas primeiras décadas do século passado. Com efeito, foi a Constituição alemã da República de Weimar, de 1919, que incorporou ao catálogo de direitos fundamentais os direitos económicos e sociais, consagrando-os, invariavelmente, em normas de eficácia limitada de dimensão prospectiva, isto é, que exigem a alteração das condições fáticas existentes (em nível político, jurídico, económico-social, etc.), por meio de intensa intervenção estatal, para que possam, afinal, serem usufruídos pelos respectivos destinatários<sup>506</sup>. Essas normas, por estarem intimamente vinculadas a programas de ação governamentais, dos quais constituem a base principiológica, passaram a ser conhecidas por normas programáticas.

Assim é que, estando o intérprete-aplicador diante de dispositivo constitucional alusivo a direitos fundamentais dessa natureza<sup>507</sup>, composto em texto de carácter eminentemente finalístico e prospectivo (e não descritivo e retrospectivo), do qual não constem elementos suficientes para uma completa regulação da situação fática referida e em que assumam grande relevo os aspectos materiais envolvidos, deve concretizar a norma respectiva em termos que a situem como dependente de providências integrativas a cargo dos Poderes Públicos, vale dizer, como norma de eficácia limitada programática (ou de princípio programático). Importa patentear, contudo, que nem todo direito fundamental socioeconómico decorre de norma constitucional programática<sup>508</sup>, como se percebe pelas liberdades

506 Sobre as circunstâncias históricas e ideológicas que marcaram o advento dos direitos económicos e sociais e sua consagração definitiva na Constituição de Weimar, veja-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos humanos fundamentais*, 7. ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 41-53.

507 Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 2. ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1993, t. 4, p. 105, assinala que "a totalidade (ou a quase totalidade) dos direitos sociais é contida em normas programáticas, normas que têm de ser seguidas não só de lei como de modificações económicas, sociais, administrativas ou outras".

508 Gomes Canotilho, com inteira propriedade, demonstra que os direitos económicos, sociais e culturais são constitucionalmente positivados de diferentes maneiras, inclusive, ainda que menos frequentemente, por meio de normas de eficácia plena, o que os pode qualificar como autênticos "direitos originários a prestações", no sentido de facultarem aos beneficiários "exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos" (*Direito constitucional*, cit., p. 477).

públicas de natureza social (direito de greve ou liberdade sindical) ou pelo elenco de direitos do trabalhador, do artigo 7º, da Carta de 1988, sendo a natureza do direito em causa apenas um elemento a ser considerado na interpretação do dispositivo-matriz. Todavia, no caso de direitos sociais prestacionais em face do Poder Público, cabe ao intérprete o ônus argumentativo de demonstrar que o peso do elemento histórico deve ser sobrepujado, na espécie, pela textualidade do dispositivo-sede, claramente indicativa da plena eficácia do preceito.<sup>509</sup>

Poder-se-ia indagar se os princípios de interpretação de normas constitucionais da força normativa e da máxima efetividade não constituiriam impedimentos à atribuição de eficácia limitada a normas constitucionais vinculadas a dispositivos cuja textualidade não faz referência alguma à necessidade de providências integrativas. De acordo com o princípio da força normativa da Constituição, "na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental", dele não diferindo, significativamente, o princípio da máxima efetividade (ou da interpretação efetiva)<sup>510</sup>, segundo o qual "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê"<sup>511</sup>. Muito embora o catálogo de princípios instrumetais tenha se tornado de referência obrigatória no âmbito da Teoria da Interpretação em matéria constitucional<sup>512</sup>, há de se convir, com Friedrich Müller que, "na sua maior parte eles configuram subcasos dos aspectos linguístico, histórico, genético, sistemático e 'teleológico' da concretização"<sup>513</sup>. No caso específico dos princípios da força normativa e da máxima efetividade, verbalizam eles nada mais do que uma orientação de natureza teleológica ao intérprete-aplicador, que deve, sempre que juridicamente

509 Na Constituição brasileira há um bom exemplo de dispositivo em que a assertividade do texto não permite ao exegeta senão reconhecer a exigibilidade imediata do direito social assegurado. Cuida-se do direito de acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito (art. 208, § 1º, da CF).

510 No mesmo sentido Friedrich Müller, *Métodos de trabalho*, cit., p. 78, ao anotar que o princípio da máxima efetividade constitui um desenvolvimento do princípio da força normativa no que concerne à temática dos direitos fundamentais, construção essa sobretudo efetuada pela jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*.

511 Cf. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 1224 e 1226.

512 Cf. Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 1223, com a observação de que tal catálogo "foi desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante".

513 *Métodos de trabalho*, cit., p. 71.

possível, isto é, sempre que outra orientação finalística não se impuser a partir do próprio Texto Magno, buscar a maximização da força normativa da Constituição. Essa diretriz teleológica está associada a elementos gramaticais e sistemáticos, pois decorre diretamente do princípio constitucional da supremacia, o qual, na maioria das vezes, não se radica em texto constitucional expreso, sendo inferido do regime específico do processo legislativo da revisão constitucional e das normas atinentes ao sistema de controle de constitucionalidade<sup>514</sup>.

Sucedo, entretanto, que a contensão de eficácia das normas programáticas corresponde à alternativa de concretização firmemente escorada em considerações de ordem histórico-teleológicas e também, vale agora destacar, em condicionamentos impostos pela própria dimensão material subjacente. Na aula inaugural que proferiu na Universidade de Freiburg, em 1959, Konrad Hesse já destacara que a força normativa da Constituição é uma resultante de duas variáveis: de um lado, a "vontade de Constituição", expressa no respeito de todos os partícipes do sistema jurídico à impositividade do Texto Magno e, de outro, a prudência normativa da Constituição, que não pode ignorar os limites impostos pela realidade que pretende disciplinar<sup>515</sup>. Gomes Canotilho, nessa linha de pensamento, observa que "os direitos econômicos, sociais e culturais e respectiva proteção andam estreitamente associados a um conjunto de condições – econômicas, sociais e culturais – que a moderna doutrina dos direitos fundamentais designa por *pressupostos de direitos fundamentais*".

"Consideram-se *pressupostos de direitos fundamentais* a multiplicidade de factores – capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva ou negativa, a existência e protecção dos

514 Para uma discussão mais detida sobre as relações entre a supremacia hierárquico-formal da Constituição e os regimes jurídicos da rigidez e do controle de constitucionalidade, veja-se minha tese *Perspectivas de evolução*, cit., p. 19-25 e 40-46.

515 A mencionada aula converteu-se na obra *A força normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1991, da qual extraio o seguinte excerto: "Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade" (p. 24).

direitos econômicos, sociais e culturais. Estes pressupostos são pressupostos de todos os direitos fundamentais. Alguns deles, porém, como os da distribuição dos bens e da riqueza, o desenvolvimento econômico e no nível de ensino, têm aqui particular relevância. Mais do que noutros domínios os *Realien* (os 'dados reais') condicionam decisivamente o regime jurídico-constitucional do estatuto positivo dos cidadãos"<sup>516</sup>.

A importância dos elementos pertinentes ao "âmbito material"<sup>517</sup> das normas programáticas para a sua compreensão como normas de eficácia limitada pode ser aferida na categoria argumentativa da "reserva do possível", construída pela jurisprudência da Corte Constitucional alemã, a partir de julgado sobre o direito de acesso ao ensino superior<sup>518</sup>. Naquela oportunidade, reconheceu a Corte de Karlsruhe a existência de uma norma-princípio implícita segundo a qual todo o cidadão que haja concluído o ensino médio deve poder ter acesso ao curso superior de sua livre escolha, direito esse, contudo, cuja plena eficácia (expressa em termos de proteção judicial) resta limitada pela cláusula da reserva do possível, "no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade"<sup>519</sup>. É

<sup>516</sup> *Direito constitucional*, cit., p. 473.

<sup>517</sup> Não há que se confundir, sob o enfoque da hermenêutica normativo-estruturante, âmbito da norma com o "âmbito material" sobre o qual se constrói a normatização. Destarte, preleciona Friedrich Müller, *Métodos de trabalho*, cit., p. 44, que "o âmbito da norma não é idêntico aos pormenores materiais do conjunto dos fatos": "Ele é parte integrante material da própria prescrição jurídica. Da totalidade dos danos afetados por uma prescrição, do 'âmbito material', o programa da norma destaca o âmbito da norma como componente da hipótese legal normativa".

<sup>518</sup> Cf. Felipe de Melo Fonte, *A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas*, cit., p. 117: "Historicamente, a reserva do possível surge como um argumento na discussão a respeito da concretização judicial dos direitos sociais. O tópico foi elaborado pelo Tribunal Constitucional Alemão, em um julgado conhecido como *numerus clausus*. Neste processo discutia-se a constitucionalidade das restrições ao direito à livre escolha da profissão, consubstanciadas no número de vagas em medicina nas universidades, que era - e provavelmente permanece sendo - inferior à demanda estudantil. A decisão foi proferida em 18 de julho de 1972 [...]".

<sup>519</sup> Veja-se Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 445 e 457-8, com a nota de que o autor qualifica o direito de acesso ao ensino superior como um "direito subjetivo vinculante *prima facie*", isto é, que implica uma imposição ao legislador, mas cuja exigibilidade judicial fica sujeita a um juízo de ponderação diante de princípios contrapostos (a liberdade do legislador no tocante à configuração dos direitos sociais prestacionais, extratada do sistema de direitos fundamentais consagrado pela Lei Fundamental

importante lembrar que a Lei Fundamental de Bonn, editada sob a influência do constitucionalismo estadunidense, foi "extremamente cautelosa no que se refere à formulação de direitos prestacionais"<sup>520</sup>. Ressaltados alguns poucos direitos sociais a prestações estatais que têm acolhida explícita naquele texto constitucional, a maior parte dos direitos fundamentais dessa índole resultou de construção jurisprudencial, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, n. 1), na cláusula do Estado social (art. 20, n. 1, e art. 28, n. 1, 1ª parte) e no princípio geral da igualdade (art. 3, n. 1). Porém, nesse trabalho de elaboração pretoriana de um catálogo de direitos sociais sediados em normas-princípio implícitas, que pudessem vir a propiciar condições fáticas favoráveis à plena fruição dos direitos de liberdade, viu-se o *Bundesverfassungsgericht* compelido a respeitar a cláusula da reserva do possível, que, desse modo, expressa todas as condicionantes jurídico-institucionais, mas, sobretudo, econômico-materiais, típicas das normas de eficácia limitada programáticas<sup>521</sup>.

Em suma, a interpretação-aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário, em sistemas constitucionais similares ao brasileiro, não pode ser feita mediante discricionariedade atribuição de efeitos às normas concretizadas, devendo o juiz se ater aos elementos hermenêuticos que, objetivamente, indicuem o seu enquadramento na categoria das normas de eficácia plena (restringível ou não) ou na das normas de eficácia limitada. Nessa última hipótese, se adquire de crucial importância identificar se a integração do comando normativo é dependente apenas de providências

de Bonn e do princípio da separação dos Poderes). Na verdade, Alexy está a atribuir eficácia limitada e caráter programático à norma-princípio implícita da qual se extrai o referido direito subjetivo, porém, como é próprio de sua linha de pensamento, constrói o seu raciocínio em termos de Teoria da Argumentação.

<sup>520</sup> Cf. Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 384, com o seguinte complemento à p. 385: "Sem embargo desses dispositivos [que veiculam expressamente direitos sociais de prestação], não se pode desconhecer que a Lei Fundamental, sob o prisma de seu texto e de sua gênese, reveste-se, basicamente, do caráter de uma Constituição burguesa e do Estado de direito, orientada rumo aos direitos de defesa".

<sup>521</sup> Apenas no caso de direitos sociais a prestações estatais necessárias para compor o denominado "mínimo existencial", admite-se direta e imediata exigibilidade judicial, por se entender que estão abarcados no núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à integridade física (art. 2º, n. 2, 1ª parte, da LF de Bonn). Andreas J. Krell, na obra *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado", Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 2002, p. 59-65, discute a viabilidade de se estender ao sistema jurídico brasileiro a teoria germânica do "mínimo existencial".

jurídico-formais (normas preceptivas) ou se, bem além disso, exige a execução de um programa de ação estatal de cunho abrangente, que produza a indispensável adaptação da estrutura fático-material subjacente à normatização constitucional (normas programáticas).

No constitucionalismo brasileiro pós-88, o princípio da força normativa se encarnou em dois institutos desenhados para dar consequências jurídicas ao dever estatal de implementação das normas de eficácia limitada, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção<sup>522</sup>. Em relação à utilização da ação direta de inconstitucionalidade para declarar a omissão ou constituir em mora o órgão público renitente não há maiores dificuldades, já que, do acolhimento do pedido, resulta a mera científicação do "Poder competente para a adoção das providências necessárias"<sup>523</sup>, podendo, pois, o uso do instrumento ter em vista a ausência de implementação de toda e qualquer norma constitucional de eficácia limitada<sup>524</sup>. O instituto do mandado de injunção, todavia, desde o seu nascedouro suscitou, na doutrina e na jurisprudência, intensa polêmica quanto aos efeitos da decisão de procedência da ação<sup>525</sup>. Até recentemente, prevalecia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal uma compreensão da garantia constitucional que, praticamente, a equiparava à ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>526</sup>. Entretanto, no julgamento do

522 Arts. 103, § 2º, e 5º, LXXI, da CF de 1988, respectivamente.

523 É certo que na hipótese das providências faltantes serem de índole administrativo-normativas, a Constituição previu a estipulação de um prazo de 30 (trinta) dias para a sua adoção. Entretanto, a baixíssima incidência desse tipo de omissão institucional pode ser aguçada pelo fato de, em mais de 20 (vinte) anos, jamais ter sido julgada procedente uma ADI por omissão com tal objeto.

524 Não se pode deixar de reconhecer, contudo, que a caracterização da inconstitucionalidade omissiva é bem mais complexa no caso de normas programáticas, comparativamente àquela resultante do descumprimento de normas de eficácia limitada preceptivas (máxime se contiverem um prazo para sua implementação pelo legislador), consoante assinala Jorge Miranda, *Manual*, cit., t. 2, p. 248: "Dá um maior grau de liberdade do legislador perante as normas programáticas do que perante as normas preceptivas não executivas: estas deverão ser completadas pela lei nos prazos relativamente curtos delas decorrentes; já as normas programáticas somente terão de ser concretizadas quando se verificarem os pressupostos de facto que tal permitem, a apreciar pelo órgão legislativo".

525 Uma resenha dessa polémica pode ser encontrada na obra *Mandado de injunção*, de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, São Paulo, Atlas, 1999, p. 80-116.

526 Tal orientação resultara da apreciação de questão de ordem no Mandado de Injunção n. 107-3/DF, consoante acórdão, da relatoria do Min. Moreira Alves, prolatado em 23-11-1989 [DJ] 21-9-1990]. A equiparação entre os dois institutos somente não era total pela

Mandado de Injunção n. 721-7/DF, operou-se significativa modificação na diretriz aludida, passando-se a emprestar à decisão que acolhe o pedido de injunção natureza constitutivo-condenatória ou constitutivo-mandamental, importando, em maior ou menor extensão (objetiva e subjetiva), no oferecimento da disciplina normativa reclamada<sup>527</sup>. Essa novação jurisprudencial, de há muito postulada pela doutrina, parece-me acertada por ao menos três motivos: em primeiro lugar, ajusta-se melhor ao princípio da força normativa da Constituição e ao subprincípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais; em segundo lugar, proporciona mais adequada sistematização da matéria atinente ao combate da omissão inconstitucional, pois não há de existir dois instrumentos que o façam com os mesmos efeitos práticos; finalmente, também em atenção ao elemento sistemático, visto sob um outro ângulo, a efetivação, em concreto, de direitos fundamentais sediados em normas carentes de regulação infraconstitucional, resulta em se adensar o sentido da norma do § 1º, do artigo 5º, da Constituição<sup>528</sup>.

A norma do artigo 5º, § 1º, por último referida, encerra, sobretudo, um princípio de interpretação, conexo ao da máxima efetividade, pelo menor abrangência do mandado de injunção, voltado apenas a omissões lesivas a direitos fundamentais, e pelo fato de operar *incidenter tantum*, ao passo que a ação direta de inconstitucionalidade constitui modalidade de controle principal. Além disso, em duas ocasiões a Corte Suprema já houvera excepcionado a sua própria jurisprudência em sede de injunção, "estipulando prazo para que o legislador prestasse o suprimento normativo faltante, sob pena de, em não fazendo, atribuir eficácia plena à norma constitucional violada, com o que estaria viabilizado o exercício do direito invocado" (MI n. 283-5/DF, RTJ 135:882; e MI n. 232-1, RTJ 137:965). Veja-se a minha tese *Perspectivas de evolução*, cit., p. 297-8.

527 Com efeito, declarou-se na ementa do acórdão proferido no MI n. 721-7/DF: "Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada". De outra parte, "tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada". Por fim, por se tratar de omissão relativa à legislação complementar mencionada no § 4º, do art. 40, da CF, decidiu-se que, "inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral". O julgamento ocorreu em 30-8-2007, com publicação do acórdão no DJ de 30-11-2007.

528 Reza o dispositivo que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".



qual as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais devem ser concretizadas de modo a se lhes emprestar, *sempre que possível*, eficácia plena e aplicabilidade imediata. Isso não significa, por certo, que, no sistema de direitos e garantias fundamentais, não se há de reconhecer a existência de normas de eficácia limitada, tanto preceptivas, quanto programáticas. A vinculação do postulado hermenêutico com o instituto do mandado de injunção se estabelece por servir este de remédio à falta de regulamentação de norma preceptiva, veiculadora de direito ou garantia fundamental<sup>529</sup>. O próprio enunciado da norma referente ao writ, todavia, demonstra que agiu o Constituinte com plena consciência dos limites da força normativa da Constituição, ao restringir a ação mandamental ao enfrentamento da omissão concernente ao dever de implementação de normas de eficácia limitada *preceptivas*. Se não é unicamente a falta de norma regulamentadora que torna inviável o pleno exercício de direitos fundamentais, como sucede com dos direitos prestacionais associados a normas de princípio programático, não se revela cabível o mandado de injunção.

## 22 Aspectos específicos do controle abstrato de normas

A busca de parâmetros para a configuração do ativismo judicial em nível constitucional há de ter em vista toda e qualquer situação de concretização de normas constitucionais por órgãos do Poder Judiciário, não apenas no âmbito do controle de constitucionalidade propriamente dito, conforme assentado no item 15, retro. No entanto, é inquestionável que o grau de criatividade de juizes e tribunais no desempenho da jurisdição constitucional em sentido estrito (controle) é consideravelmente mais amplo do que aquele de que desfrutam ao aplicar a Constituição a situações fáticas de caráter não normativo<sup>530</sup> ou, em sede de jurisdição comum, ao aplicarem o direito infraconstitucional. Justifica-se, pois, ao menos um

exame perfunctório de alguns dos instrumentos que dão vazão à criatividade dos órgãos incumbidos do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos, quanto mais não seja para constatar se podem eles se prestar a exercícios ativistas.

Uma vez considerados os propósitos da investigação em curso, foram destacados os institutos da modulação dos efeitos temporais das decisões de controle e da manipulação do conteúdo normativo do ato controlado, os quais, de resto, têm merecido as preferências doutrinárias quando se trata de analisar as práticas em que a jurisdição constitucional mais se aproxima da atividade legislativa<sup>531</sup>.

### 22.1 A modulação dos efeitos temporais das decisões de controle

Consoante já tive a oportunidade de salientar alhures, "a questão da eficácia temporal das decisões de controle se vincula diretamente à natureza da sanção cominada à prática inconstitucional e, conseqüentemente, do provimento jurisdicional que a faz atuar"<sup>532</sup>. Nos ordenamentos que se enquadraram no sistema modal europeu, adotando a sanção de anulabilidade para coibir o vício de inconstitucionalidade<sup>533</sup>, imposta por meio de

529 Cf. Francisco Rubio Llorente, *La jurisdicción*, cit., p. 41-9. Carlos Blanco de Morais, na obra *Justiça constitucional*, Coimbra, Coimbra Ed., 2005, t. 2 (*O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*), p. 240 e 245, reúne os dois institutos em uma só categoria, a das sentenças manipulativas que, "em sentido lato, e abarcando apenas as decisões desta natureza existentes na ordem jurídica portuguesa", seriam aquelas "decisões jurisdicionais que determinam a modulação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento". Para o citado constitucionalista luso a manipulação temporal da eficácia sancionatória, de um lado, e as decisões interpretativas de acolhimento, a que se agregam as decisões manipulativas com efeitos ativos, de outro, traduzem-se em "operações distintas mas com elementos homólogos traduzidos na vocação transformadora das sentenças manipulativas examinadas, relativamente aos efeitos das normas impugnadas".

532 Cf. *Perspectivas de evolução*, cit., p. 82-3.

533 Essa é uma das principais diferenças entre o sistema de controle europeu e o sistema de controle de padrão estadunidense, ao lado da concentração da competência para exercer a jurisdição constitucional em sentido estrito, que se associa, diretamente, à atuação da sanção de anulabilidade. Nesse sentido o magistério de Rubio Llorente. *La jurisdicción*, cit., p. 41, ao asseverar que "seja qual for a construção teórica de que parta, o sistema europeu se assenta, sem embargo, na equivalência entre inconstitucionalidade e anulação: A lei somente pode ser considerada inconstitucional e, portanto, destituída de força obrigatória após haver sido anulada por decisão da única instância habilitada a fazê-lo, cuja

529 Essa relação também foi estabelecida por José Afonso da Silva, em seu *Curso de direito Constitucional positivo*, 27. ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 448: "Sua principal finalidade (do mandado de injunção) consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerite em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento da realidade prática da disposição do art. 5º, § 1º".

530 O caráter normativo é aqui afirmado à luz do critério da predominância do elemento criatividade ou do elemento executoriedade no tocante ao ato controlado, se proveniente dos Poderes Públicos.



decisões constitutivas negativas (ou desconstitutivas), o ato legislativo goza de validade condicional, até que sobrevenha decisão anulatória por parte do tribunal concentrador da competência de controle, o que o habilita à produção de efeitos jurídicos. De modo diverso, nos sistemas de fiscalização que seguem o modelo estadunidense, comina-se sanção de nulidade ao ato normativo inconstitucional, com o que a decisão de controle, de natureza meramente declaratória, se limita a constatar a sua invalidade congênita e decorrente inapitidão absoluta para produzir efeitos<sup>534</sup>. A substancial diferença entre os sistemas sancionatórios associados ao controle de constitucionalidade europeu e estadunidense se projeta, necessariamente, para o plano dos efeitos temporais das decisões de fiscalização. Se a lei inconstitucional é fulminada, *ab initio* e *ope jure*, com sanção de nulidade, a decisão de controle, ao declarar tal condição, apresenta uma aparência de retroatividade radical<sup>535</sup>, como se estivesse a eliminar os efeitos jurídicos do ato sancionado desde o seu nascedouro: de outra parte, se a invalidação da lei inconstitucional resulta da decisão judicial sancionatória, cabe ao próprio ordenamento que estrutura o sistema de fiscalização disciplinar-lhe a eficácia temporal, que irá, inevitavelmente, se projetar sobre a dimensão temporal do ato legislativo fiscalizado.

Percebe-se, pois, que a prática da modulação dos efeitos temporais é característica dos sistemas de controle de padrão europeu, a qual, por se ajustar à própria natureza da sanção de invalidade imposta<sup>536</sup>, pode ser objeto de regulação em nível de legislação ordinária ou, até mesmo, ter o seu balizamento confiado à discricção da Corte Constitucional. De modo

sentença é um ato parcial de legislação". Há um autêntico consenso na matéria, como bem expressa Tania Groppi, ao dissertar sobre o tema na obra coletiva por ela organizada, em conjunto com Marco Olivetti, *La giustizia costituzionale in Europa*, Milão, Giuffrè, 2003, p. 10-9.

<sup>534</sup> Tratai largamente do assunto na obra *A inconstitucionalidade da lei: já anteriormente citada*.

<sup>535</sup> Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade*, cit., p. 117, após haver registrado que, no sistema estadunidense, "a eficácia [materialmente declarativa] opera, em princípio, *ex tunc*, retroativamente", adverte que se trata, de fato, "de mero acerto de uma preexistente nulidade absoluta".

<sup>536</sup> Rubio Llorente menciona que J. Ipsen [*Rechtsfolgen der verfassungswidrigkeit Von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, p. 150 e segs.] "sustenta razoavelmente que a opção entre a eficácia *ex tunc* e *ex nunc* somente tem sentido se se parte da inconstitucionalidade como anulabilidade e do caráter constitutivo da sentença constitucional" [La jurisdicción, cit., p. 43, nota de rodapé 89].

diverso, nos sistemas de controle de matriz estadunidense, a atenuação das consequências drásticas da sanção de nulidade costuma ser alcançada por meio da preservação, excepcional, dos efeitos de algumas situações estabelecidas sob o amparo da legislação invalidada. Para tanto, na decisão de casos concretos, após haver, incidentalmente, declarado a inconstitucionalidade de lei ou dispositivo legal, recorre o magistrado à técnica argumentativa da ponderação entre os princípios e regras constitucionais que indicam para a implementação de todos os consecrários da sanção de nulidade e os princípios, também de porte constitucional, que militam no sentido de se resguardar as situações fáticas constituídas sob o pressuposto falso da validade do direito impugnado<sup>537</sup>. Pode suceder, entretanto, que o Constituinte haja por bem resguardar essas situações concretas mediante o deferimento ao órgão máximo da jurisdição constitucional (que é difusol) de competência para restringir a amplitude temporal da declaração de nulidade, nas condições e limites expressamente estipulados. Essa foi a diretiva acolhida pela vigente Constituição de Portugal, em seu artigo 282, n. 4<sup>538</sup>, o qual, na lição abalizada de Jorge Miranda, "destina-se a evitar que, para fugir a consequências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade", constituindo, nesse sentido, "uma válvula de segurança da própria finalidade e da efectividade do sistema de fiscalização"<sup>539</sup>.

<sup>537</sup> Dentre os princípios constitucionais que podem a tanto se prestar, mencionem-se os da boa-fé, da irrepugnabilidade dos créditos de natureza alimentar, da intangibilidade da coisa julgada etc. O assunto foi assim versado por Luis R. Barroso, *O controle de constitucionalidade*, cit., p. 162: "O princípio da supremacia da Constituição é fundamento da própria existência do controle de constitucionalidade, uma de suas premissas lógicas (...). Não pode, portanto, ser afastado ou ponderado sem comprometer a ordem e unidade do sistema. O que o Supremo Tribunal Federal poderá fazer ao dosar os efeitos retroativos da decisão é uma ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional. Como por exemplo: boa-fé, moralidade, coisa julgada, irredutibilidade dos vencimentos, razoabilidade". *Data venia*, equivooca-se o constitucionalista fluminense ao afastar o princípio da supremacia constitucional da ponderação preconizada, porquanto não se cuida apenas de um pressuposto do controle, mas de uma norma-princípio implícita, extrairá das normas explícitas atinentes à revisão da Constituição e ao próprio sistema de fiscalização.

<sup>538</sup> Eis o teor do dispositivo: "Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos ns. 1 e 2".

<sup>539</sup> Cf. *Manual*, t. 2, cit., p. 500-1.

Não há na manipulação da eficácia temporal das decisões de controle, em si, nenhuma manifestação de ativismo judicial. Cuidar-se de técnica compreendida no estatuto jurídico do controle de constitucionalidade, da qual, portanto, pode-se valer o órgão judiciário dele incumbido em perfeita sintonia com o ordenamento positivo. Por vezes desfrutará o juiz constitucional de maior liberdade, como sucede nos sistemas que acolhem a anulabilidade, porém, não regulam, na Constituição ou na legislação subalterna, a projeção de efeitos temporais quanto aos atos sancionados. Se a matéria, sob outro viés, receber regulamentação explícita no direito positivo, haverá que se atentar para a fiel observância das normas integrantes desse regime jurídico, de resto extremamente próximo a incursões ativas, uma vez que franqueia ao Poder Judiciário a faculdade de configurar indiretamente que seja, os efeitos no tempo da legislação controlada<sup>540</sup>.

A Constituição de 1988 manteve inalterados os traços que vinculam o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis e omissões legislativas ao modelo estadunidense, como é de nossa tradição republicana. No que concerne à sanção de invalidade cominada aos atos normativos inconstitucionais, registra-se autêntico consenso doutrinário, respaldado por farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser esta a de nulidade, expressando princípio constitucional inerido das normas atinentes à estruturação do sistema de fiscalização referido (arts. 102, I, *a e p*, III e § 2º, e 103<sup>541</sup>). Até o advento da Lei Federal n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, o único modo de se contornar as consequências

<sup>540</sup> Carlos Blanco de Moraes, após haver expressado sua recusa à ideia de que as sentenças manipulativas (em sentido amplo) "exprimam consequências *jurídico-normativas* típicas", reconheceu que essas decisões "modelam o conteúdo e a produtividade da norma julgada inconstitucional dentro de certos limites". Logo a seguir, reportando-se, especificamente, à manipulação do marco temporal da sanção de nulidade, aduziu que "essa modelação pode exprimir uma *eficácia indireta*, dado que ainda que se dirija a título *mediato* à restrição dos efeitos retroativos da própria sentença [...], projecta-se a título *mediato* nos efeitos produzidos no passado pelas normas julgadas inválidas, os quais são salvaguardados pese a mesma invalidade" (*Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 243-4).

<sup>541</sup> Por todos, veja-se Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 256: "Tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional. Nessa medida, é imperativo concordar com a orientação do Supremo Tribunal Federal que parece reconhecer *hierarquia constitucional* ao postulado da nulidade da lei incompatível com a Constituição".

drásticas da invalidade absoluta do ato inconstitucional residia na ponderação de princípios, antes aludida, com a preservação de situações concretas constituídas com esteio nas normas invalidadas. O mencionado diploma legal, no entanto, nitidamente inspirado na Constituição portuguesa de 1976, contemplou a técnica da restrição temporal dos efeitos da declaração de nulidade, presente no artigo 282, n. 4, da Carta paradigmática. Não é o caso de, neste momento, discutir a constitucionalidade do dispositivo legal ordinário que consagrou o instituto, o que será feito no item 24 da próxima seção deste capítulo. Cabe, apenas, constatar em que termos o legislador pátrio admite a modulação dos efeitos da decisão de controle, fixando, em decorrência, alguns limites ao seu manejo pelo Supremo Tribunal Federal, único órgão judiciário competente para fazê-lo:

"Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

Tenho sustentado que a restrição de efeitos da declaração de nulidade, em perspectiva temporal, na forma prevista no artigo 27 da LF n. 9.868/99, corresponde, se bem observado, a uma *convalidação parcial* do ato sancionado<sup>542</sup>, tornando-o, assim, apto à produção de alguns efeitos, dimensionados, via de regra, em face de situações concretas constituídas sob sua inspiração, com o que restaria dispensado o STF de salvaguardá-las caso a caso, com suporte em princípios constitucionais de incidência simultânea. A interpretação do dispositivo em pauta, com a adequada combinação de elementos gramaticais e sistemáticos, destacando-se, no tocante a esse último critério, a influência do princípio da nulidade, levam à rejeição de exegese que repute viável, com fulcro no sobredito artigo 27, a convalida-

<sup>542</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no artigo O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 230/225, out./dez. 2002, também vislumbra a convalidação parcial da lei inconstitucional na prescrição do art. 27 da LF n. 9.868/99, porém sob outro enfoque, centrado na alusão à restrição dos efeitos da declaração de nulidade, que, a seu ver, importa na possibilidade de circunscrever a convalidação a partes (dispositivos ou normas) do ato sancionado.

ção, sem qualquer restrição no plano temporal, de dispositivos ou normas da legislação censurada.

Consoante tive a oportunidade de anotar em trabalho anterior, "os pressupostos para que a Suprema Corte brasileira promova a convalidação parcial de ato normativo desconforme à Constituição são três: (I) o momento em que pode ser adotada a medida é o da prolação de decisão de mérito em ação direta de inconstitucionalidade, logo após ser julgada procedente e declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado; (II) exige-se manifestação favorável de dois terços dos membros do Tribunal; (III) a motivação da medida deve estar fundada em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social"<sup>543</sup>. Destarte, observados os pressupostos legais, "faculta-se ao órgão de controle: (I) impedir que a ineficácia do ato normativo remonte à sua edição, estipulando um termo-limite situado entre esta e o trânsito em julgado da decisão (daí a alusão à restrição dos 'efeitos da declaração', que, ordinariamente, 'retro-agiriam'); (II) determinar que a ineficácia do ato opere a partir do trânsito em julgado da decisão de controle ('eficácia *ex nunc* da declaração') ou (III) a partir de um outro momento a ele subsequente ('eficácia *pro futuro* da declaração')"<sup>544</sup>.

Em relação à primeira alternativa (restrição temporal projetada para o passado), procede a advertência de Blanco de Moraes no sentido de que "a fixação pelo Tribunal Constitucional de um simples prazo, como parâmetro da eficácia temporal limitada dos efeitos repressivos da nulidade não constitui fundamento material relevante para justificar as desigualdades arbitrariamente criadas com semelhante sentença manipulativa, devendo a diferença de tratamento ser devidamente motivada"<sup>545</sup>. Há, nessa hipótese, a necessidade de associar o termo fixado entre a edição da lei e a publicação ou o trânsito em julgado da decisão a peculiaridades de negócios jurídicos ou de situações subjetivas constituídos até essa data, tornando-os, à luz das justificativas legais, merecedores de preservação. Fora dessas circunstâncias, não se podem subtrair determinadas categorias de pessoas ou determinadas situações dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sob pena de violação do princípio geral da igualdade<sup>546</sup>.

<sup>543</sup> *Perspectivas de evolução*, cit., p. 279-80.

<sup>544</sup> *Perspectivas de evolução*, cit., p. 280.

<sup>545</sup> Cf. *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 302.

<sup>546</sup> No mesmo sentido, Jorge Miranda, *Manual*, cit., t. 2, p. 505.

Já o dimensionamento temporal da decisão de controle em termos de uma aparente eficácia *ex nunc* (na verdade, convalidação dos efeitos produzidos até o trânsito em julgado da decisão) não se mostra tão problemático, em sede de fundamentação, pois a discriminação que promove entre os fatos inteiramente ocorridos em data anterior à publicação da decisão e os que então estavam pendentes ou que são a ela posteriores se funda em dado objetivo e de razoabilidade manifesta, desde que conectado a um dos motivos justificadores do *favor legis*. Um dos aspectos que merece ser aqui considerado, sempre com o foco na teleologia do instituto em questão, é a necessidade ou não de se excluir da restrição à projeção dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade para o passado os processos de controle concreto-incidental, como tem sido a praxe do Tribunal Constitucional português nos últimos anos<sup>547</sup>.

Ao contrário do que sucede em Portugal, não há divergências de monta na doutrina brasileira quanto ao embasamento legal da eficácia *pro futuro* da declaração de inconstitucionalidade<sup>548</sup>, diante do enunciado da parte final do artigo 27 da Lei n. 9.868/99<sup>549</sup>. Todavia, tanto a observância

<sup>547</sup> Cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 302-3: "Quando, por razões de segurança jurídica ou outras previstas no n. 4 do art. 282 da CRP, o Tribunal Constitucional determina que os efeitos da declaração, fixados com alcance mais restrito, se produzam apenas após a respectiva publicação no *Diário da República*, o mesmo órgão procura ressaltar, igualmente e de forma expressa, os processos pendentes de impugnação contenciosa, relativamente à aplicação dos efeitos da declaração que foram objeto dessa restrição (...). A ressalva descrita destina-se a evitar que processos pendentes de impugnação contenciosa com fundamento na mesma questão de constitucionalidade possam ser afectados pela restrição do alcance dos efeitos sancionatórios fixada pela sentença manipulativa do Tribunal Constitucional, restrição que, se fosse projectada sobre essas pendências, frustraria a confiança dos cidadãos que impugnarão a norma em sede de controle concreto".

<sup>548</sup> Um dos limites absolutos à restrição de efeitos da declaração de inconstitucionalidade divisados por Jorge Miranda é, precisamente, o de que "não pode o Tribunal Constitucional diferir para o futuro a produção de efeitos - porque tal brigaria com o próprio princípio da constitucionalidade" (*Manual*, cit., t. 2, p. 505). Carlos Blanco de Moraes, do mesmo modo, entende que "o instituto da procrastinação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade para o futuro não encontra sustentação" no ordenamento luso. Mas, em outra passagem, referindo-se ao art. 27 da Lei n. 9.868/99, reconhece que a parte final de seu texto autoriza, "implicitamente, a fixação da eficácia da decisão para momento posterior ao respectivo trânsito em julgado, em data a determinar pelo mesmo Tribunal" (*Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 307 e 277, respectivamente).

<sup>549</sup> Por todos, veja-se Ferreira Filho, O valor do ato inconstitucional, cit., p. 225-6.

dos elementos de ordem gramatical, quanto as imposições sistemáticas decorrentes do princípio da nulidade e do princípio da supremacia da Constituição que a ele antecede, impedem que, com fundamento na disposição legal em tela, se construa modalidade exótica de decisão manipulativa consistente na declaração da existência do vício de inconstitucionalidade sem a imposição da correspondente sanção de nulidade<sup>550</sup>. Em Portugal, a expressiva maioria dos constitucionalistas adota esse mesmo posicionamento, tendo por referência o artigo 282, ns. 1 e 4, da Constituição de 1976<sup>551</sup>.

A derradeira questão que importa considerar, no terreno das limitações ao uso da técnica da modulação dos efeitos temporais da decisão impositiva de sanção de nulidade, é a da viabilidade de sua extensão ao controle concreto-incidental. Uma vez avaliados os elementos hermenêuticos disponíveis, impõe-se, claramente, uma resposta negativa, conclusão essa que já restara implícita no elenco de pressupostos da medida há pouco apresentado. Sob o prisma sistemático-gramatical, é preciso não subestimar a importância do fato de o instituto haver sido introduzido por diploma legal que tem por objeto a disciplina do "processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal", ou seja, enquanto instrumento do controle abstrato de normas, manejável apenas por nossa mais alta Corte. Não se pode olvidar, ademais, que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos temporais restritos excepciona o princípio da

<sup>550</sup> Em sentido contrário, mencione-se o magistério de Gilmar Ferreira Mendes, no seu *Curso de direito constitucional*, escrito em coautoria com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 1205: "Nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal poderá proferir, em tese, uma das seguintes decisões: [...] c) declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, permitindo que se operem a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, venha a se manifestar sobre situação inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade = restrição de efeitos)".

<sup>551</sup> Assim, Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 1018: "Não há cobertura constitucional para as sentenças de mera declaração de inconstitucionalidade, se com este tipo de sentenças se quiser configurar a hipótese de efeitos ainda mais restritos do que os da anulabilidade com eficácia *ex nunc*. A não atribuição dos efeitos da nulidade *ipso jure* não pode implicar a sobrevivência e aplicação da norma considerada inconstitucional, nem os 'perigos' de lacunas legislativas se podem sobrepor aos perigos da erosão do princípio da constitucionalidade dos atos normativos". No mesmo sentido, manifesta-se Branco de Moraes, *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 272.

nulidade (invalidez absoluta), que, entre nós, goza de hierarquia constitucional, sendo de todo aplicável à espécie o princípio exegético de que o direito excepcional deve ser interpretado de maneira estrita<sup>552</sup>. Mas, há, ainda, um argumento lógico-finalístico que milita contra a extensão cogitada. A medida excepcional do artigo 27 da Lei n. 9.868/99 implica, como já assinalado, na convalidação parcial dos dispositivos ou normas declarados inconstitucionais, conjugando a restrição temporal da invalidação imposta, com aspectos peculiares, emergentes das situações fáticas preservadas, que justifiquem o *favor legis*, em atenção aos valores-fim apontados pelo legislador. Ora, o uso da modulação temporal da sanção de invalidade exige do Supremo Tribunal Federal um exercício de cautela e habilidade hermenêutica, que não apenas impeça um desgaste desproporcional dos princípios da supremacia da Constituição e da nulidade dos atos normativos com ela incompatíveis, mas que, também, não vulnerem o princípio da isonomia<sup>553</sup>. Pois bem, o órgão de controle somente pode realizar uma adequada avaliação da medida sob esse último aspecto se tiver em mira o conjunto de situações concretas constituídas ou em vias de constituição, por força da aplicação da legislação impugnada, o que exclui a possibilidade de proceder à convalidação dos dispositivos ou normas sancionados unicamente para a situação singularizada em contencioso subjetivo. Em Portugal, o elemento gramatical-sistemático se mostra menos intenso no sentido de obstar a aplicação da contenção de efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade à fiscalização concreta, pois o artigo 282 da Constituição vem logo após os dispositivos consagrados às duas modalidades de controle sucessivo e, muito embora voltado, precipuamente, à fiscalização abstrata (o n. 1 desse artigo alude à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, própria do controle abstrato – art. 281, n. 1, *caput*), não parece inteiramente afastada a possibilidade de alguma adaptação também ao modo incidental. Ainda assim, tanto Jorge Miranda, quanto Gomes Canotilho, mostram-se reticentes quanto à extensão<sup>554</sup>, defendida por outra parte da doutrina tusa<sup>555</sup>. No Brasil, desde o

<sup>552</sup> Sobre o princípio, consulte-se Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 183-94.

<sup>553</sup> Sob o ângulo formal, procurou-se contrabalançar os riscos inerentes ao mecanismo por meio da exigência de que a sua utilização efetiva obtenha o respaldo da maioria qualificada de dois terços dos membros da Corte.

<sup>554</sup> Cf. Jorge Miranda, *Manual*, cit., t. 2, p. 506, e Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 1017.

<sup>555</sup> É o caso, por exemplo, de Branco de Moraes, *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 817-21.

Julgamento do Recurso Extraordinário n. 197.917 firmou o Supremo Tribunal Federal posição favorável à incidência do disposto no artigo 27 da Lei n. 9.868/99 também no controle concreto-incidental<sup>556</sup>, contanto com o aval do escólio doutrinário de Gilmar Mendes<sup>557</sup>, atualmente exercendo, enquanto juiz, a Presidência da Corte.

Um derradeiro argumento, contudo, mostra o desacerto da orientação, ao menos no sistema constitucional brasileiro. A tendência no direito português, como já assinalado, é a exclusão da limitação de efeitos temporais dos casos concretos que, à época de sua decretação, já estejam em curso e em que tenha havido questionamento incidental da constitucionalidade do dispositivo ou norma parcialmente convalidado. Por seu turno, Gilmar Mendes consigna que "essa orientação afigura-se integralmente aplicável ao sistema brasileiro"<sup>558</sup>. Se é assim, qual o sentido de se propugnar pela incidência do dispositivo em destaque também em relação ao contencioso concreto-subjetivo se dele, ao menos em linha de princípio, se deve excluir a medida? E mais, ainda que aplicável ao controle incidental somente servirá ao resguardo de situações que alcancem o Supremo Tribunal Federal, na via estreita do recurso extraordinário ou das ações constitucionais de sua competência originária. Entendo que, à luz do direito positivo brasileiro, o instituto da modulação dos efeitos temporais da decisão de controle se circunscreve à fiscalização abstrata, sendo que se a decisão manipuladora não ressaltar a convalidação perpetrada as situações concretas objeto de processos pendentes de decisão final, tais casos deverão ser julgados com a aplicação dos dispositivos ou normas parcialmente convalidados<sup>559</sup>, conclusão essa que não se aplica às situações fáticas consolidadas em decisões já com trânsito em julgado, que adotem como fun-

<sup>556</sup> Na ocasião, o STF declarou a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei orgânica municipal que fixara o número de Vereadores em descompasso com a intelecção então fixada para o art. 27, IV, *a, b e c*, da CF, fazendo uso, entretanto, do disposto no art. 27 da LF n. 9.868/99, do que resultou a determinação à Câmara de Vereadores que, após o trânsito em julgado, adotasse as medidas cabíveis para adequar a sua composição aos parâmetros então fixados, respeitados os mandatos em curso: *J. 24-3-2004; DJ 7-5-2004*.

<sup>557</sup> Cf. *Curso*, cit., p. 1206-9.

<sup>558</sup> Cf. *Curso*, cit., p. 1208.

<sup>559</sup> É o que também sustenta Gilmar F. Mendes, *Curso*, cit., p. 1208: "Assim, pode-se entender que se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão ateta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias".

damento a inconstitucionalidade daqueles suportes normativos<sup>560</sup>. Por fim, vale reiterar observação constante de estudo anterior, no sentido de que, se "essa convalidação opera no plano normativo-abstrato", "o dispositivo em tela não interfere na questão do reconhecimento de efeitos impróprios à lei inconstitucional, que deve continuar se processando pelos critérios assentados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal"<sup>561</sup>.

## 22.2 As sentenças interpretativas e manipulativas em sentido estrito

A distinção entre o texto normativo e a norma jurídica a partir dele concretizada se revelou particularmente fecunda no campo do controle de constitucionalidade pela necessidade, desde cedo constatada, de se preservar ao máximo os atos normativos das sanções de invalidez cominadas pelo ordenamento e operacionalizadas pela Justiça Constitucional. Tal exigência refletiu a postura hermênutica de um intérprete-aplicador empenhado em alcançar a harmonização entre os atos normativos dos diversos escalões do sistema jurídico, o que resulta da própria percepção deste como um todo unitário. Além disso, outros princípios e valores inerentes ao Estado Constitucional de Direito, tais como isonomia, segurança jurídica, proporcionalidade etc., contribuíram para consolidar, como um autêntico subprincípio, a ideia do máximo aproveitamento, nos limites constitucionalmente autorizados, dos atos normativos emanados dos Poderes competentes<sup>562</sup>.

Sob esse influxo, nos mais diversos sistemas de fiscalização de constitucionalidade, independentemente do modelo seguido, têm vicejado modalidades de decisões de controle que importam, em alguma medida, na interferência sobre o conteúdo normativo dos dispositivos legais fiscalizados, logrando impor aos operadores e destinatários do sistema jurídico determinadas variantes interpretativas ou efeitos, em detrimento de outros que, *prima facie*, delas também se poderiam extrair. Tais decisões que, *em sentido amplo*, podem ser qualificadas de manipulativas (quanto ao conteúdo), são de utilização mais frequente no sistema-padrão europeu e, em

<sup>560</sup> Não existe, *in casu*, fundamento para a proposição de ação rescisória, com fulcro no disposto no art. 485, V, do Código de Processo Civil.

<sup>561</sup> Cf. a tese *Perspectivas de evolução*, cit., p. 279.

<sup>562</sup> Jorge Miranda faz alusão ao princípio do máximo aproveitamento dos atos jurídicos ao dissertar sobre a técnica da interpretação conforme à Constituição (*Manual*, cit., t. 2, p. 264).

se cuidando de sistemas de perfil estadunidense que acolhem dupla via de fiscalização modal (principal-abstrata e incidental-concreta), no âmbito do controle abstrato de normas, a despeito de também emergirem na fiscalização concreta-incidental de caráter difuso. As razões que dão suporte a essa constatação são variadas: tanto a jurisdição constitucional concentrada quanto o controle abstrato nos sistemas difusos<sup>565</sup> exigem expressa regulação constitucional, que muitas vezes se desdobra em leis ordinárias sobre a organização e o funcionamento das Cortes Constitucionais ou sobre o processamento de ações diretas e incidentes de inconstitucionalidade, do que resulta, comumente, a previsão de certas modalidades decisórias com um componente manipulativo: o distanciamento do caso concreto (relativo, no caso do incidente europeu) e a atenção voltada, precipuamente, ao ato normativo investigado contribuem, igualmente, para o desenvolvimento das sobreditas técnicas decisórias; finalmente, nos sistemas de controle concentrado a inexistência, via de regra, de eficácia *erga omnes* nas decisões de improcedência da questão de constitucionalidade ou da arguição direta, bem como a não atribuição de efeitos vinculantes à fundamentação dos decisórios<sup>566</sup>, levou os órgãos de controle à alternativa de fulminarem determinadas alternativas exegéticas consagradas pela jurisdição ordinária, a despeito de ser poupado o texto normativo do qual dimanam<sup>567</sup>. Por conseguinte, as decisões manipulativas em sentido am-

565 Reitero, aqui, observação largamente desenvolvida na tese *Perspectivas de evolução*, cit., p. 66-7, no sentido da inexistência de sistemas mistos quanto à dimensão subjetiva do controle jurisdicional. "Em sistemas como o brasileiro ou o português que, difusos sob o prisma orgânico ou subjetivo, combinam as técnicas do controle incidental e do controle por meio de ações diretas, não se pode dizer, como tem feito irrefletidamente a doutrina pátria, que se trata de sistemas mistos. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é indubitavelmente um sistema difuso, e apenas difuso, ao menos no tocante à inconstitucionalidade comissiva, sendo reconhecido a qualquer juiz ou tribunal de nosso aparato judiciário, respeitadas as regras de distribuição de competência, o poder de controlar a conformidade das leis à Constituição".

564 A propósito, sentencio Rubbio Llorente, ao descrever as notas tipificadoras dos sistemas europeus atuais: "Se a eficácia *erga omnes* das sentenças constitucionais é atribuído exclusivo dos comandos anulatórios, é claro, com efeito, que dela carecem as *rationes decidendi*" [La jurisdicción, cit., p. 31]. O sistema de controle alemão, como é sabido, adota, nesse ponto, soluções que o singularizam no contexto do sistema modelar europeu.

565 Lucio Pegoraro, na obra escrita em co-autoria com diversos público-comparatistas italianos, *Diritto costituzionale e pubblico*, Turim, Giappichelli, 2002, bem retrata as con-

plo, ora em foco, podem ter fundamento formal na Constituição ou na legislação ordinária ou, simplesmente, resultar de construção jurisprudencial<sup>566</sup>. Para se afirmar a sua compatibilidade ou não com os limites estabelecidos pelo ordenamento para a jurisdição constitucional é preciso, entretanto, considerar a existência ou não de assento normativo e os seus termos específicos, mas, também, inúmeros outros elementos, tais como as características do sistema de controle, que, de igual modo, somente podem ser aferidos à luz do direito positivo de um determinado Estado.

As decisões de controle, ditas manipulativas em sentido amplo, podem ser subdivididas em duas categorias, segundo-se, nesse passo, a esquemáticação consagrada na doutrina italiana: as sentenças interpretativas e as sentenças manipulativas em sentido estrito.

A expressão "sentença interpretativa" não significa, à evidência, que se trata de uma decisão em que o juiz lança mão de recursos hermenêuticos, porquanto assim se procede em toda e qualquer decisão, de índole constitucional ou não. Na verdade, a técnica decisória aqui destacada parte da constatação da existência de alternativas exegéticas diversas, associadas ao enunciado normativo perscrutado, algumas conformes e outras desconformes à Constituição, sendo a opção pelo significado harmônico, ou a exclusão do destoante, fatores que condicionam a conclusão do julgando, no sentido da improcedência ou da procedência da dúvida de constitucionalidade suscitada. Bem por isso, Blanco de Morais as denomina de "sentenças interpretativas condicionais"<sup>567</sup>, as quais comportam duas va-

566 Reitero, aqui, observação largamente desenvolvida na tese *Perspectivas de evolução*, cit., p. 66-7, no sentido da inexistência de sistemas mistos quanto à dimensão subjetiva do controle jurisdicional. "Em sistemas como o brasileiro ou o português que, difusos sob o prisma orgânico ou subjetivo, combinam as técnicas do controle incidental e do controle por meio de ações diretas, não se pode dizer, como tem feito irrefletidamente a doutrina pátria, que se trata de sistemas mistos. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é indubitavelmente um sistema difuso, e apenas difuso, ao menos no tocante à inconstitucionalidade comissiva, sendo reconhecido a qualquer juiz ou tribunal de nosso aparato judiciário, respeitadas as regras de distribuição de competência, o poder de controlar a conformidade das leis à Constituição".

566 Carlos Blanco de Morais, depois de haver firmado a oportunidade de se estudar o modo de revelação das sentenças com efeitos manipulativos, aponta que "uns casos elas nasceram do direito positivo [constitucional ou legal], outros emergiram criativamente, através de uma operação interpretativa da própria Justiça constitucional" (*Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 252).

567 Cf. *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 322-3.



riantes: as decisões interpretativas de rejeição (ou de interpretação conforme) e as decisões interpretativas de acolhimento (ou de inconstitucionalidade parcial qualitativa, sem redução de texto).

As sentenças interpretativas de improcedência, de acordo com a lição de Pietro Virga, "rejeitam a exceção de inconstitucionalidade com base em uma determinada interpretação do dispositivo, 'escolhida pela Corte', mesmo se essa interpretação seja diversa daquela corrente e consagrada pela jurisprudência iterativa"<sup>568</sup>. Constituem essas decisões a expressão, no plano pragmático, do princípio hermenêutico segundo o qual, na interpretação das leis e atos normativos subalternos, deve-se preferir o sentido que os tornem compatíveis com a Constituição<sup>569</sup>. Como bem adverte Jorge Miranda, não se trata de "escolher entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito o que seja mais conforme com a Constituição" e sim de "discernir *no limite* - na fronteira da inconstitucionalidade - um sentido que, embora não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido *necessário* e o que se torna *possível* por virtude da força conformadora da Lei Fundamental"<sup>570</sup>. Muito embora a decisão interpretativa em pauta se apresente, formalmente, como uma decisão de improcedência da questão constitucional, acaba se distanciando das sentenças de simples rejeição por conter, em sua fundamentação, a afirmação da inconstitucionalidade de uma ou mais de uma variantes interpretativas diferentes daquela a que se apegou o órgão de controle para assentar a validade do dispositivo impugnado<sup>571</sup>. Com a atenção voltada ao direito português, Jorge Miranda demonstra a profunda diferença, quanto

à eficácia vinculativa, da interpretação conforme realizada no plano da fiscalização concreta incidental, que é impositiva para o juiz *a quo*, daquela inserida no âmbito do controle abstrato-principal (preventivo ou sucessivo), que "não tem - nem pode ter - qualquer eficácia jurídica vinculativa", já que só a tem "a pronúncia pela inconstitucionalidade (art. 279) ou a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (art. 282)"<sup>572</sup>. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, ao se valer da técnica na via incidental, no julgamento de ações constitucionais ou de recursos extraordinários, acabará impondo a variante interpretativa escolhida, por lhe caber julgar a causa, e não reenviá-la às instâncias de base. Em sede de controle abstrato, a questão se torna mais complexa, dada a existência em nosso sistema, desde a Emenda n. 3/93, da ação declaratória de constitucionalidade. Não é o caso de desenvolver, nesse momento, a riquíssima temática, como já o fiz em outra ocasião, bastando dizer que ainda não se pacificou o entendimento de que o decreto de improcedência de ação direta de inconstitucionalidade tenha efeitos equivalentes aos de procedência de ação declaratória de constitucionalidade<sup>573</sup>. Para aqueles, como é o meu caso, que continuam a sustentar que a decisão de improcedência de ADI, como sempre foi da tradição de nosso sistema de controle, não gera efeitos *erga omnes*<sup>574</sup>, a interpretação conforme, no que tange ao controle abstrato, não produz efeitos vinculantes em relação à jurisdição de base, mesmo porque não se trata de técnica manejável para compor decisão de procedência de ação declaratória de constitucionalidade<sup>575</sup>.

<sup>572</sup> Cf. *Manual*, cit., t. 2, p. 265-6.

<sup>573</sup> Reconheço, contudo, que esse posicionamento doutrinário se fortaleceu bastante após a criação da ADC. Dentre outros autores que sufragam a tese do caráter duplice ou ambivalente das decisões proferidas em ADIs e em ADCs, convertidas em instrumentos bem próximos à fungibilidade, citem-se Clémerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 163, e Ghmar F. Mendes-Crisot, cit., p. 1227. "Acerca a ridade de que a ação declaratória configura uma ação direta de inconstitucionalidade com sinal trocado, tendo ambas caráter duplice ou ambivalente, aleguava-se difícil admitir que a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade tenha efeitos ou consequências diversos daqueles reconhecidos para a ação declaratória de constitucionalidade".

<sup>574</sup> Veja-se a tese acadêmica *Perspectivas de evolução*, cit., p. 263.

<sup>575</sup> Como observei na tese *Perspectivas de evolução*, cit., p. 257, "se o requerente (já ADC) estiver de acordo com a inconstitucionalidade apontada pelas instâncias de base, mas sustentar que o dispositivo impugnado admite interpretação que o torna compatível com a Constituição, não há de lhe ser tranqueada a via da ação declaratória de constitucionalidade". Afinal, "os órgãos e entidades legitimados para a ação declaratória de constituo-

<sup>568</sup> *Diritto costituzionale*, cit., p. 553. Note-se a presença de alguns elementos típicos do sistema de controle vigente na Itália, que é concentrado, porém privilegia a via incidental de fiscalização.

<sup>569</sup> Friedrich Müller, *Métodos de trabalho*, cit., p. 71-2, admite a autonomia do princípio da interpretação conforme no plano da hermenêutica constitucional, "com reservas diante de determinadas tendências da jurisprudência e com a restrição de tratá-lo em princípio somente como um elemento da interpretação, ao lado de outros".

<sup>570</sup> Cf. *Manual*, cit., t. 2, p. 264.

<sup>571</sup> Acerca desse ponto, preleciona Carlos Blanco de Moraes, *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 327: "Encontrando-se corporizada no conteúdo de uma sentença de rejeição, a interpretação conforme determina que essa mesma sentença de rejeição não seja idêntica às demais. (...) Embora prevaleça, a título principal e no plano da eficácia jurídica, um juízo de não inconstitucionalidade acaba também por subsistir, paralelamente no conteúdo da sentença, um juízo *oculto de inconstitucionalidade*, o qual se encontra ligado a interpretações proibidas, explícita ou implicitamente, pelo órgão máximo da Justiça Constitucional".

O principal limite para o uso da interpretação conforme, sob pena de derivar o órgão de controle para o ativismo judicial, é aquele que já foi examinado, genericamente, no item 18, retro: a textualidade do dispositivo preservado, que, mediante a adequada e racional combinação dos diversos critérios hermenêuticos, deve conter espaço de interpretação que comporte a proposta normativa reputada harmônica com a Constituição<sup>576</sup>. Se a alternativa exegética pressuposta pela decisão de improcedência desfigura por completo o dispositivo que se pretende salvar, impõe-se a conversão do decisório em decreto de invalidação<sup>577</sup>.

De outra banda, as sentenças interpretativas de procedência são aquelas que sancionam com inconstitucionalidade parcial qualificativa o ato legislativo controlado, restringindo a sanção de invalidade não a alguns de seus dispositivos (inconstitucionalidade parcial quantitativa), mas a determinadas variantes interpretativas associadas a um ou a mais de um de seus enunciados normativos. Na dicção de Virga, as sentenças interpretativas de acolhimento "declararam parcialmente ilegítimo o dispositivo pelo fato ser, geralmente, interpretado em sentido contrário à exegese 'escolhi-

nalidade e que também o são para a ação direta de inconstitucionalidade, diante de um texto legal que, consistentemente, comporte variantes exegéticas, sendo uma ajustada à Lei Maior e as demais com ela incompatíveis, devem ingressar com ação direta de inconstitucionalidade, para que restem estas, afinal, excluídas por decisão declaratória de sua inconstitucionalidade, e não com ação declaratória da constitucionalidade do dispositivo, desde que a ele se atribua interpretação conforme".

<sup>576</sup> Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional*, cit., p. 73, expressou como ninguém o limite imposto pelo próprio enunciado interpretado ao uso da técnica, que consiste em uma deferência ao legislador democrático: "No entanto, a primazia do legislador democrático é obida com o preço de uma nova interpretação do conteúdo da lei pelo Tribunal Constitucional, ela pode ficar sem valor se o preço ficar muito alto, se o conteúdo, que o tribunal, em interpretação conforme a Constituição, dá à lei, não mais contém um *minus*, senão um *aliquid* do que o conteúdo da lei primitivo. Neste caso, o tribunal intervém até mais intensamente nas faculdades do legislador do que em uma declaração de nulidade, porque ele próprio configura positivamente quanto ao conteúdo, enquanto a nova configuração, na declaração de nulidade, permanece objeto do legislador".

<sup>577</sup> Cf. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 1227, com o seguinte adendo: "a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objetivo claramente reconhecível da lei ou em manifesta dessintonia com os objetivos pretendidos pelo legislador". A alusão simultânea aos elementos gramatical, histórico e finalístico apenas significa que o limite em questão é concretizado com o emprego simultâneo dos métodos clássicos de interpretação.

da pela Corte"<sup>578</sup>. Consoante o apontamento de Blanco de Morais, "as decisões interpretativas de acolhimento integram-se na categoria das *sentenças reductivas*, dado que restringem sempre o conteúdo normativo, real ou hipotético, emergente de uma determinada disposição, eliminando uma norma inconstitucional que nela se encontra contida". Ora, "se um determinado enunciado legal se pauta pela divisibilidade, nele emergindo uma pluralidade de relações de sentido alternativas, a declaração de nulidade de uma delas contrai, invariavelmente, o conteúdo normativo possível do preceito"<sup>579</sup>. Na medida em que a declaração de inconstitucionalidade parcial qualificativa, ao contrário da interpretação conforme, se integra ao dispositivo da decisão de controle, a redução de conteúdo normativo do ato controlado que lhe é inerente se impõe, sem maiores questionamentos, em relação à jurisdição de base, tanto no âmbito da fiscalização concreta incidental, quanto no âmbito da fiscalização abstrata-principal.

Assiste inteira razão a Blanco de Morais ao assinalar que, "à luz dos princípios do *aproveitamento dos atos normativos* e da proporcionalidade, a inconstitucionalidade parcial qualificativa é, em regra, *subsidiária em relação à interpretação conforme*"<sup>580</sup>. Parece-me que tal subsidiariedade guarda relação não com o descabimento da interpretação conforme, pois sempre que existente a inconstitucionalidade parcial qualificativa também haverá espaço para proposta exegética harmonizadora, e sim com a exigência de se demonstrar a inutilidade, na espécie, de uma sentença interpretativa de rejeição. Tal inutilidade da interpretação conforme para o sistema de controle resulta, sobretudo, da circunstância de ser a proposta normativa reputada inconstitucional aquela que goza da preferência das instâncias judiciárias de base, da Administração Pública ou dos agentes privados<sup>581</sup>, o

<sup>578</sup> *Diritto costituzionale*, cit., p. 554.

<sup>579</sup> Cf. *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 354. A despeito de seu caráter reductor, as sentenças interpretativas de acolhimento podem, paradoxalmente, como argumenta observa o autor, ampliar o campo de incidência ou de aplicação do dispositivo preservado: "E poderemos designar como sentenças *reductivas* com *efeitos aditivos* aquelas decisões que, ao removerem um segmento normativo ideal de uma disposição, cujo conteúdo assumia uma natureza excepcional ou restrigente relativamente a uma outra regra de conteúdo mais geral, aumentam automaticamente o âmbito de aplicação desta última regra" (p. 354-5).

<sup>580</sup> *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 358.

<sup>581</sup> Cf. Carlos Blanco de Morais, *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 338: "Situções existem que a disposição é impugnada com o sentido normativo que correntemente lhe é dado

que pode ficar patenteado, eventualmente, mediante procedimento de "dupla decisão", sendo a primeira de rejeição, por interpretação conforme, e a segunda de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, em face da insistência no uso da variante exegética condenada.

As sentenças interpretativas, de acolhimento ou rejeição, afiguram-se como técnicas de decisão disponíveis aos operadores de todo e qualquer sistema de controle de constitucionalidade, embora tenham logrado maior desenvolvimento teórico nos Estados vinculados ao modelo de fiscalização de padrão europeu, mercê da concentração da competência de controle e da especialização mais acentuada da jurisdição constitucional. Não demandam, pois, previsão normativa explícita, seja em nível constitucional, seja em nível ordinário<sup>582</sup>. De toda sorte, no caso específico do direito brasileiro, desde o advento da Lei Federal n. 9.868/99, ambas as técnicas decisórias passaram a contar com expresso embasamento legal, nos termos do parágrafo único, de seu artigo 28, *in verbis*:

"A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal".

A referência à eficácia *erga omnes* de decisões que fazem uso da interpretação conforme se justifica pela possibilidade de utilização combinada das duas formas de sentenças interpretativas, declarando-se válido determinado dispositivo legal, sob reserva de lhe ser atribuído determinado

pela jurisprudência dos tribunais comuns. Ora, nesse caso, não faz sentido que o Tribunal a preserve através de uma decisão interpretativa de rejeição que lhe atribua um significado que, embora verossímil, não ofensivo da vontade objetiva do legislador e minime o respeito da letra da disposição, nunca tenha sido seriamente considerado ou estado presente na aplicação jurisprudencial ou administrativa da mesma disposição ou, ainda, que não possua sentido útil".

<sup>582</sup> Tanto é assim que, nos Estados Unidos, que viu nascer o controle de constitucionalidade, sem previsão constitucional, estatutária ou mesmo em algum precedente identificável, firmou-se na prática judiciária o princípio da interpretação conforme, expresso na frase de Cooley: "A corte, se possível, deve dar à lei interpretação que lhe atribua algum efeito" (*A treatise on the constitutional limitations: which rest upon the legislative power of the States of the American Union*, 7. ed., Boston, Little, Brown, 1903, p. 228, *apud* Gilmar F. Mendes e outros, *Curso*, cit., p. 1194).

significado, e proclamando-se, genericamente, a inconstitucionalidade de todas as variantes interpretativas restantes<sup>583</sup>.

Bem mais delicada é a questão da viabilidade de se estender à prática do controle de constitucionalidade brasileiro as sentenças manipulativas em sentido estrito, que não se limitam a trabalhar o conteúdo dos dispositivos legais fiscalizados mediante a discriminação entre programas normativos compatíveis e incompatíveis com a Constituição, procedendo a uma reelaboração mais intensa desse conteúdo prescrito, reforçando-o com o auxílio de elementos contidos em outras normas ou complexos normativos. Talvez seja na Itália que o tema tenha recebido maior grau de elaboração, para o que muito contribuiu a riquíssima jurisprudência de sua Corte Constitucional. Pois bem, na doutrina peninsular as sentenças manipulativas *stricto sensu* são subdividas em duas subcategorias: a das sentenças aditivas e a das sentenças substitutivas ou criativas. Na lição de Roberto Romboli, "com as primeiras se faz referência àquele tipo de decisão com a qual a Corte declara inconstitucional uma certa disposição por omitir algo [na parte em que não prevê], enquanto as segundas se caracterizam, ao contrário, pelo fato de que com elas a Corte declara a inconstitucionalidade de uma lei na parte em que prevê uma determinada coisa e não outra"<sup>584</sup>.

As sentenças manipulativas aditivas são, como se observa, decisões de acolhimento, ou seja, nelas se declara a inconstitucionalidade de norma, sem a redução do texto de seu enunciado, o que as aproxima das decisões que imputam inconstitucionalidade parcial qualitativa. Porém, é preciso atentar para o fato de que as sentenças aditivas se estruturam sobre dois componentes: um, que se pode denominar de *ablativo*, que corresponde à eliminação da parte inconstitucional de um enunciado normativo, e outro, por assim dizer, *reconstritivo* ou *adjuntivo*, "que consiste na identificação de um critério jurídico de decisão passível de ser junto a uma norma ou ao segmento remanescente de um regime normativo, de forma a que sejam

<sup>583</sup> Já no voto que proferiu por ocasião do julgamento da Representação n. 1.417-7/DF, o Ministro-relator, Moreira Alves, deixara consignado que "quando Corte dessa natureza [constitucional], aplicando a interpretação conforme à Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, (...) há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto), o que implica dizer que o Tribunal Constitucional elimina - e atua, portanto, como legislador negativo - as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição".

<sup>584</sup> Veja-se o artigo El control de constitucionalidad de las leyes en Italia, in *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, UNED - Ramón Areces, 4:192, 2ª sem. 1999.

criadas condições de conformidade do sentido recomposto da disposição normativa com a Constituição<sup>585</sup>.

Não há que se confundir as sentenças aditivas com as decisões de procedência que, ao eliminarem determinado dispositivo ou norma, ensejam a automática incidência de disposição ou complexo normativo, cujo conteúdo houvera sido comprimido pela parte declarada inconstitucional do ato impugnado. Se há um componente aditivo nessa modalidade de sentença, cuida-se apenas da "consequência directa da ampliação automática do âmbito de aplicação de uma norma, como efeito da eliminação do preceito inconstitucional que a restringia ou excepcionava"<sup>586</sup>. Esse tipo de decisão de acolhimento não dá ensejo a ativismo judicial, razão pela qual tornaram-se bastante comuns no sistema constitucional português<sup>587</sup>.

Até o momento o Supremo Tribunal Federal, já tão parcimonioso em relação a decisões interpretativas, não fez uso de sentenças manipulativas aditivas, havendo apenas especulações doutrinárias sobre a iminente irrupção dessa categoria decisória na prática de nosso sistema de controle<sup>588</sup>. Destarte, para ilustrar a matéria e contribuir para o seu esclarecimento, importa trazer a lume exemplo típico de sentença aditiva fornecido por

<sup>585</sup> Cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 370.

<sup>586</sup> Cf. Blanco de Moraes, *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 377. Esse eminentemente professor da Universidade de Lisboa qualifica tais decisões de "sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos", observando que "o preceito eliminado constitui, por regra, uma norma que restringe inconstitucionalmente a titularidade ou o exercício de um direito, ou então uma norma que subtrai explícita ou implicitamente, sem fundamento material atendível, um grupo de pessoas do exercício de um direito ou da sujeição a uma obrigação que tenham sido determinadas a um outro grupo de pessoas posicionadas numa situação homóloga, em violação do princípio da igualdade".

<sup>587</sup> É o que informa Blanco de Moraes, *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 378, acrescentando que se pode mesmo considerar "que são sentenças desta natureza, mesmo que em versões impuras, que consomem a maioria dos arestos com efeitos aditivos" (em sentido amplo).

<sup>588</sup> Gilmar Mendes menciona diversos casos-antigos-e-recentes em que o STF "a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição a determinados dispositivos, acabou profereindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de *decisões manipulativas de efeitos aditivos*". Contudo, não se trata de sentenças aditivas em sentido próprio, já que à reconstrução do sentido do dispositivo legal apreciado pela Corte não se atribuiu eficácia *erga omnes* e vinculativa, haja vista a decisão final de improcedência da inconstitucionalidade suscitada, com a ressalva de interpretação conforme. O Ilustre Ministro do STF prevê a possibilidade de ser proferida uma decisão manipulativa aditiva propriamente dita ao ensejo do julgamento da ADPF n. 54, da relatoria do Min. Marco Aurélio, em que se discute a descriminalização dos abortos de fetos anencéfalos (Curso, cit., p. 1193-4).

Roberto Rombo. Segundo ele, há um aresto dessa natureza quando a Corte declara "a inconstitucionalidade de uma disposição do Código de Processo Penal, na parte em que não prevê que determinados atos se desenvolvam na presença do defensor do acusado, com o resultado de que, por meio dessa decisão," passa a ser "obrigatória a presença do defensor também para a realização de atividades em que, na formulação originária da lei, não estava prevista"<sup>589</sup>. Portanto, nas sentenças de acolhimento aditivas, "a Corte não elimina o dispositivo do ordenamento; ao contrário, o integra com uma normatização ulterior", havendo inconstitucionalidade "somente se o enunciado for lido sem a parte adjuntiva". Todavia, o intérprete-aplicador não é autorizado "a ler a sentença como se o dispositivo não mais existisse", sendo, ao contrário, obrigado a lê-lo "tal qual integralmente pela Corte"<sup>590</sup>. Não é difícil entrever que o uso dessa técnica decisória pode ser particularmente frutífero no campo das denominadas omissões relativas, em que, ao se proceder à regulação positiva de determinada matéria, o legislador o faz de modo incompleto, "importando essa incompletude que a norma não inclua na sua regulação ou *exclua implicitamente* os destinatários que nos termos constitucionais deveria ter incluído para lhes assegurar um tratamento igual". No caso, a dimensão lacunar da omissão relativa "sustenta a operação *integrativa-reconstrutiva*, no sentido de permitir a identificação do direito apto a preencher o silêncio normativo inerente à exclusão implícita de certos destinatários e a reparar a inconstitucionalidade ou a insuficiência crítica da disciplina jurídica que antes se encontrava incompleta"<sup>591</sup>.

Não me parece que ao fazer uso de sentenças manipulativas com efeitos aditivos o órgão de controle extrapole de suas funções jurisdicionais. Na verdade, se examinada atentamente essa modalidade decisória, nela nada mais se faz do que adotar interpretação extensiva para o dispositivo impugnado, a partir de uma perspectiva sistêmica, mediante operação concretizadora que pode ser assim descrita: (A) primeiro, se concentra o intérprete-aplicador no exame do enunciado normativo questionado e o faz para concluir que nele se contém, *prima facie*, uma omissão ou lacuna técnica, agressiva a princípios ou normas de porte constitucional, a qual

<sup>589</sup> Cf. o artigo La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 48:65, set./dez. 1996.

<sup>590</sup> Cf. Lucio Regoraro e outros, *Diritto costituzionale e pubblico*, cit., p. 446.

<sup>591</sup> Veja-se Carlos Blanco de Moraes, *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 386-7.

decorre da falta de extensão da disciplina imposta a outras situações fáticas ou a outros destinatários; [B] até esse ponto, se articula uma simples decisão de procedência, de perfil comum, pela qual o dispositivo, em toda sua textualidade, seria declarado inconstitucional, já que a parte de seu conteúdo prescriptivo que se harmoniza com a Constituição demanda complementação, que não advém desse primeiro significado que lhe foi atribuído pelo intérprete-aplicador; [C] na sequência, recorre-se ao pressuposto teórico da unidade do ordenamento e aos princípios que dele derivam, da supremacia da Constituição e do aproveitamento dos atos normativos, bem como aos princípios ou normas constitucionais concretamente ofendidos (isonomia, ampla defesa etc.), para, então, finalmente, estender às situações fáticas ou às categorias de destinatários olvidadas pelo legislador a disciplina por ele traçada de modo ilegítimamente restritivo ou o regime jurídico-legal a que se reporta esse regramento discriminatório, o que acaba redundando na preservação da lei controlada.

Os marcos fronteiriços (tênues, reconheça-se) entre uma sentença manipulativa aditiva, respeitosa do ordenamento positivo, e o ativismo judiciário podem ser divisados em dois aspectos fundamentais: o princípio ou a norma constitucional especificamente justificante deve gozar de plentitude eficaz<sup>592</sup>, sendo que a disciplina legislativa dele ou dela discrepante deve estar compreendida no seu campo de abrangência; de outra parte, o dispositivo ou o conjunto de dispositivos (regime jurídico) objeto da extensão reconstrutiva deve contar com uma textualidade que a ela dê suporte, vale dizer, que não a coloque, inequivocamente, fora de seu espaço de interpretação. É por isso que, desde a década passada, registra-se um relativo consenso doutrinário "em torno da ideia, segundo a qual, as sentenças aditivas ou são *constitucionalmente obrigatórias*, ou são *juridicamente ilegítimas*"<sup>593</sup>. Esse consenso se reflete no "entendimento de que as operações corretivas e integrativas das sentenças aditivas não devem editar Direito novo para colmatar um vazio jurídico, mas sim recorrer a normas jurídicas já constantes do ordenamento", porquanto "se o Tribunal *'inventar uma disciplina que não existe'*, viola claramente o campo reservado ao legislador e a decisão aditiva é inválida"<sup>594</sup>.

592 Sobre o ponto, anota Blanco de Moraes *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 394, que um dos pressupostos de uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória pressupõe "que a norma que irá preencher o vazio jurídico constitua a extensão lógica de um princípio ou de uma norma constitucional preceptiva e executível por si própria".

593 Cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 393.

594 Cf. Blanco de Moraes, *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 391.

A doutrina italiana, a partir da sentença da Corte Constitucional de 19 de maio de 1993 (n. 243), passou a identificar uma nova modalidade de decisão de controle, logo batizada de "sentença aditiva de princípio". Segundo Roberto Romboli, nessa variante o Tribunal seguiria, de início, "a mesma técnica das sentenças aditivas", isto é, apontaria uma desconformidade entre a legislação fiscalizada e princípios ou normas constitucionais, com a diferença de que aqui "não se introduz uma regra imediatamente atuante e aplicável e sim se fixa um princípio geral que se deve executar por meio de uma intervenção do legislador, porém que já pode, dentro de certos limites, ser referido pelo juiz na decisão de casos concretos"<sup>595</sup>. Existe uma profunda diferença entre as sentenças ditas "aditivas de princípio" e as sentenças manipulativas aditivas anteriormente examinadas. Naquelas há uma efetiva declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo ou de vários dispositivos legais e não, meramente, das normas discrepantes de seu conteúdo, tal qual reconstruído pelo órgão de fiscalização; identifica-se, também nas decisões aditivas de princípio, uma lacuna normativa (omissão relativa) ou pela própria decisão da Corte Constitucional, ao emitir o seu veredicto invalidatório; não existe nas sentenças aditivas de princípio o componente reconstrutivo, próprio das decisões manipulativas aditivas, visto que o órgão de controle se abstém de reparar diretamente o vazio normativo, atento à "presença de soluções diversas e constitucionalmente legítimas de integração ou correção positiva, as quais reclamariam um tipo de intervenção criativa que excede a competência do mesmo Tribunal"<sup>596</sup>.

Assiste inteira razão a Carlos Blanco de Moraes ao aproximar as sentenças aditivas de princípio da categoria alemã das sentenças declaratórias de inconstitucionalidade, sem a pronúncia de nulidade, em que também se faz um apelo ao legislador para atuar no sentido de superar a situação de desconformidade apontada<sup>597</sup>. Ainda segundo o citado constitucionalis-

595 Cf. La tipologia de las decisiones, cit., p. 75.

596 Cf. Blanco de Moraes, *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 399.

597 Veja-se, *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 398. No tocante ao aspecto apelativo das decisões da Corte Constitucional alemã que reconhecem inconstitucionalidade sem cominar sanção de nulidade, invoque-se Gilmar F. Mendes, *Jurisdição constitucional*, cit., p. 204: "Nem sempre afigura-se possível diferenciar, com precisão, a *Appellentscheidung* da *deklaratio de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*. A simples determinação para que o legislador regule determinada matéria dentro de certo prazo não expressa

ta, "a razão de ser da relutância do Tribunal Constitucional, neste tipo de sentenças, em proceder directamente ao preenchimento de uma lacuna técnica ou axiológica através da indicação de uma norma, prende-se ao facto desse vazio poder ser, em tese, passível de integração *por mais do que uma solução normativa conforme à Constituição*"<sup>598</sup>. No entanto, o órgão fiscalizador não se desinteressa "dos efeitos menos positivos que podem decorrer da subsistência de uma omissão relativa, ou de uma lacuna gerada pela sua decisão, já que formula a identificação de um princípio que deve presidir à operação reconstrutiva ou integrativa"<sup>599</sup>. Nas decisões aditivas de princípio, também conhecidas como sentenças de "declaração de inconstitucionalidade com delegação ao legislador", não se atribuindo eficácia *erga omnes* ao efeito aditivo, assume ele caráter meramente persuasivo, cuja desatenção pelos órgãos incumbidos da superação da lacuna normativa (própria ou técnica) seguramente levará o Tribunal Constitucional a anular<sup>600</sup> a legislação integrativa.

No Brasil, inviabilizado o uso das sentenças aditivas de princípio, em virtude do sistema sancionatório constitucionalmente estruturado, podem-se enfrentar as situações de inconstitucionalidade que não recomendem a pronúncia de nulidade mediante o diferimento dos efeitos temporais da decisão (*eficácia pro futuro*), nos termos do artigo 27 da Lei n. 9.868/99, desconsiderando-se a questão da validade ou não desse dispositivo.

Em relação às decisões manipulativas substitutivas, importa trazer à baila a sentença de n. 15/1969 da Corte Constitucional italiana, que é in-

---

característica exclusiva do *Appellentscheidung*, uma vez que também dá *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* *constam, não raras vezes, recomendações ou exortações* expressas para que o legislador edite uma nova regulamentação".

598 *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 399. No caso das omissões parciais relativas, a autocontenção da Corte Constitucional não decorre, propriamente, da multiplicidade de soluções normativas adequadas à Constituição e sim, a meu ver, do impacto financeiro decorrente da colmatação da lacuna técnica pela próprio órgão de controle, deferindo-se, assim, ao legislador a oportunidade de fazê-lo, sob a condição de observar certas diretrizes.

599 Cf. Blanco de Morais, *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 399.

600 Não me parece compatível tal modalidade de decisão com os sistemas que sancionam a inconstitucionalidade com nulidade de pleno direito. Blanco de Morais, profunde conhecedor da jurisprudência do Tribunal do Palácio Rattón, não logrou apontar um exemplo típico de sentença aditiva de princípio já proferida por aquela Corte, muito embora entenda que o caminho está aberto para tanto (*Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 402), o que se me afigura bastante problemático em face do sistema sancionatório de nulidade vigente em Portugal, tanto quanto no Brasil.

vocada pela doutrina peninsular como o arquétipo dessa categoria decisória. No caso, se "declarou a inconstitucionalidade do artigo 313 do Código Penal, na parte em que conferia ao Ministro da Justiça em vez da própria Corte o poder de autorizar a persecução penal pelo crime de desacato à Corte". Nesse caso, o Tribunal Constitucional "não declara a inconstitucionalidade de uma disposição na parte em que não prevê uma disciplina; declara, em vez disso, a inconstitucionalidade de uma disciplina e individualiza a única outra disciplina possível" (na espécie, "a nenhum outro órgão se poderia, *constitucionalmente*, atribuir o poder referido, senão à Corte, em razão do seu caráter supremo")<sup>601</sup>. Trata-se, igualmente, de sentenças de acolhimento, por meio das quais se declara, *prima facie*, a inconstitucionalidade de um dispositivo legal, disso resultando uma lacuna normativa (própria e não uma omissão inconstitucional), a qual é, desde logo, suprida pela Corte, substituindo o conteúdo prescritivo do enunciado por um outro, respeitoso dos ditames constitucionais, mas desrespeitoso ao limite da textualidade. Não é difícil perceber porque Carlos Blanco de Morais qualificou as sentenças substitutivas (ao lado das "sentenças de revisão constitucional") de "uma das mais expressivas manifestações de activismismo dos tribunais constitucionais"<sup>602</sup>, o que, certamente, provocou o seu abandono no âmbito do próprio sistema de controle que as engendrou, em favor das sentenças aditivas de princípio<sup>603</sup>. No caso trazido à colação, se poderia, perfeitamente, ter solucionado a controvérsia de forma eficaz e sem desrespeito ao princípio da separação dos Poderes confiando-se à jurisdição ordinária a adequada colmatação da situação lacunosa, extraindo-se das normas que fixam a competência da Corte Constitucional o poder implícito para autorizar a persecução penal em casos de desacato perpetrado em seu desfavor.

Resta, por último, mencionar a peculiar modalidade de sentença de rejeição em que se identifica uma situação de constitucionalidade, porém em trânsito para a inconstitucionalidade, a qual também não se mostra

---

601 Cf. Lucio Pegoraro e outros, *Diritto costituzionale e pubblico*, cit., p. 446.

602 Cf. *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 405.

603 Veja-se Blanco de Morais, *Justiça constitucional*, cit., t. 2, p. 398: "As chamadas *sentenças aditivas de princípio* têm sido objecto de uso relativamente recente pelo Tribunal Constitucional italiano, para mitigar uma prática anterior onde abundavam decisões aditivas discricionárias e decisões substitutivas, fenómeno que gerou conflitualidade e inobservância ocasional da componente aditiva da sentença pelos tribunais comuns, motivando também críticas doutrinárias".



viável no sistema de controle brasileiro, em face do sistema sancionatório que o acompanha.

Na Alemanha, a "inconstitucionalização progressiva" constitui a principal fonte do "apelo ao legislador", como menciona Gilmar Mendes, em sua valiosa obra, dedicada à comparação entre o controle abstrato brasileiro e o tedesco:

"Não raro reconhece a Corte que a lei ou a situação jurídica não se tornou 'ainda' inconstitucional, conclamando o legislador a que proceda – às vezes dentro de determinado prazo – à correção ou à adequação dessa 'situação ainda inconstitucional' (*Appelentscheidung*). Tanto quanto é possível precisar, a decisão proferida em 4 de maio de 1954 sobre o Estatuto do Sarre (*Sarstatut*) constitui o ponto de partida para o desenvolvimento da *Appelentscheidung* na jurisprudência da Corte Constitucional. Ficou assente, no referido julgado, que as providências legislativas empreendidas com vistas a superar o 'estatuto de ocupação' – ainda que se mostrassem imperfeitas ou incompletas – contribuíam para uma gradual compatibilização da situação jurídica com a Lei Fundamental e deveriam, por isso, ser consideradas ainda *constitucionais* [...]"<sup>604</sup>.

Já na Itália, a Corte Constitucional tem se valido da ideia de "inconstitucionalização progressiva" para a emissão de decisões conhecidas na doutrina por "sentenças de ilegitimidade constitucional superveniente", as quais servem de justificativa para a modulação de efeitos temporais de suas decisões, o que importa em flexibilizar a norma do artigo 136, parágrafo primeiro, da Constituição de 1947<sup>605</sup>. Assim, o Tribunal ora se vale da "técnica da dupla pronúncia (ou seja, preservando, por *otra*, uma decisão, mas incitando o legislador a reformá-la o quanto antes)", ora declara "que a inconstitucionalidade sobreviém *desde uma certa data* (o que é possível já que essa disposição pode mudar de significado a partir de um determinado momento, na medida em que se altere o contexto sobre o qual incide)"<sup>606</sup>.

604 Cf. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 220-30.

605 Eis o texto do dispositivo: "Quando a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma norma de lei ou de um ato com força de lei, a norma perde a sua eficácia a partir do dia sucessivo à publicação da decisão".

606 Cf. Lucio Pegoraro e outros, *Diritto costituzionale e pubblico*, cit., p. 443.

No tocante aos sistemas de controle de matriz estadunidense, como o brasileiro e o português, que acolhem a invalidade de pleno direito e *ab initio* do ato inconstitucional, como se admitir que uma legislação, a princípio válida, possa se tornar inválida com o decurso do tempo, por exemplo, em razão de alteração nas relações fáticas subjacentes ou de variação na própria interpretação pretoriana?<sup>607</sup> Gilmar Ferreira Mendes relata a existência de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que se assentaram na ideia da constitucionalidade provisória, citando como *leading case* o *Habeas Corpus* n. 70.514, julgado em 23 de março de 1994, em que o Relator, Sydney Sanches, "ressaltou que a inconstitucionalidade do § 5º do art. 5º da Lei n. 1.060, de 5-2-1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 8-11-1989, não haveria de ser reconhecida, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, 'ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível da organização do respectivo Ministério Público'"<sup>608</sup>. A incompatibilidade apontada se manifestará no momento em que o Supremo vier a reconhecer a alteração na situação fática (organização adequada da Defensoria Pública), da qual se extrairia a validade provisória do dispositivo legal impugnado, sendo, então, forçada a lhe decretar a nulidade com "efeitos *ex tunc*", como sói acontecer, ressalvada uma possível, mas não garantida, aplicação da disposição excepcional do artigo 27 da Lei n. 9.868/99.

607 Nesse sentido, as manifestações abalizadas de Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 1018, e de Blanco de Moraes, *Jurisdição constitucional*, cit., t. 2, p. 274.

608 Cf. *Curso*, cit., p. 1194.