

O STF e o Dogma do Legislador Negativo

Rodrigo Brandão*

1. Introdução

De longa data o STF considera que, ao exercer o controle de constitucionalidade, deve atuar tão-somente como legislador negativo, nunca como legislador positivo, sob pena de usurpar função típica do Parlamento. Em decisão que, embora proferida antes da Constituição de 1988, consiste em precedente bastante citado da tese do “legislador negativo”, salientou o Ministro Moreira Alves que:

Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o Tribunal – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo (...). O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza, aplicando a interpretação conforme à Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial (...), 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.¹

* Professor-adjunto de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Município do Rio de Janeiro. E-mail: rbrandao2@ globo.com.

¹ Cite-se, por exemplo, a Representação n. 1451-7, STF, Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, Julgamento em 25.05.1988, DJ 24.06.1988.

Assim, o controle de constitucionalidade teria uma função estritamente supressiva, no sentido de competir ao Judiciário apenas retirar a eficácia jurídica de dispositivos, expressões ou mesmo de interpretações dos atos normativos impugnados que sejam considerados inconstitucionais.² Qualquer tentativa de adicionar novos conteúdos aos dispositivos em exame (através da criação ou alteração das respectivas regras) esbarraria na inviabilidade de o Judiciário atuar como legislador positivo, suposto corolário da separação dos poderes.

Antes de reflexo do passado, tal ideia tem sido reproduzida reiteradamente em recentes julgados do Supremo Tribunal Federal. Cite-se, por exemplo, decisão proferida em 27.11.2012 pela Primeira Turma do STF no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 737185, relatada pelo Ministro Dias Toffoli, em que se negou pedido de parcelamento tributário diferenciado com base no entendimento de que “impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, resguardada a sua atuação como legislador negativo nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade.” No mesmo sentido, a afirmação do Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 231924, publicado em 21.06.2011, de que “jurisdizer não pode implicar legislar. Jurisdizer é dizer o direito que se contém na lei ou na Constituição. Jurisdizer não é juriscrir.”

Todavia, essa versão do conceito de legislador negativo constitui exemplo singular de uso sincrético de teorias inconciliáveis, qual seja, a combinação de um positivismo à la Escola da Exegese com o normativismo kelseniano³.

Para a primeira teoria, a aplicação judicial do direito consistiria em atividade puramente cognitiva ou interpretativa, é dizer, despida de dimensão criativa, pois caberia ao intérprete apenas desvendar a vontade pré-estabelecida pelo legislador contida na norma. Haveria, portanto, clara distinção de natureza entre as funções legislativa (criativa) e judicial (inter-

2 Confira-se, a propósito, trecho do voto proferido pelo Min. Celso de Mello, na ADI 1063-8-DF: “A Ação Direta de Inconstitucionalidade não pode ser usada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema jurídico, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar.”

3 Sobre as relações entre o positivismo e o normativismo no plano da hermenêutica constitucional, conferir SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, especialmente as páginas 71 a 130.

pretativa)⁴. No plano do controle de constitucionalidade, tal argumento se reconduz à tradicional atuação do STF como “Guardião” da Constituição: ao declarar leis inconstitucionais, o Supremo não atuaria como legislador positivo, pois se limitaria a invalidar manifestações do legislador ordinário que contrariassem a “vontade do constituinte” corporificada nas normas constitucionais. Tratar-se-ia, portanto, de mera aplicação da Constituição.

Por outro lado, não é raro se vincular à obra de Hans Kelsen a necessidade de a Suprema Corte se portar como “legisladora negativa”, especialmente à sua emblemática defesa da criação de um Tribunal Constitucional responsável pela fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis e atos normativos⁵.

A referência à Kelsen não é, em absoluto, despropositada. O conceito de legislador negativo (*der negative Gesetzgeber*) foi, de fato, concebido pelo jurista austríaco em seu célebre debate com Carl Schmitt sobre quem deveria ser o “Guardião da Constituição”. Ocorre que o emprego do conceito de “legislador negativo” como negação da criatividade na interpretação judicial do direito apresenta sérios problemas conceituais.

Destaque-se, inicialmente, a incompatibilidade entre as respostas dadas pelo positivismo clássico e pelo normativismo kelseniano sobre a natureza da atividade judicial, muito embora elementos destas teorias jurídicas sejam utilizados indistintamente para a fundamentação de tal conceito de “legislador negativo”. Com efeito, enquanto o positivismo clássico preconizava que a aplicação do direito pelo Judiciário se reduziria a uma atividade executiva, o normativismo kelseniano expressamente reconhecia a sua dimensão criativa.

Com efeito, a partir da sua virada para a dinâmica jurídica, Kelsen passa a analisar como o sistema jurídico produz as suas próprias normas, tomando de empréstimo a concepção escalonada da ordem jurídica (*Stufenbaulehre*) desenvolvida por Adolf Julius Merkl, segundo a qual normas de escalão superior regeriam a produção e o conteúdo de normas inferiores. Desta forma, a validade de um decreto estaria submetida a sua

4 Ver BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1995, especialmente o capítulo VI “A função interpretativa da jurisprudência”, pp. 211 a 222.

5 Conferir “A garantia jurisdicional da Constituição”, trabalho exposto por Kelsen em outubro de 1928 no Instituto Internacional de Direito Público, e publicado em língua portuguesa no livro: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 119 a 210.

conformidade com as leis, cuja validade dependeria da sua adequação à Constituição⁶.

Convém destacar o caráter ambivalente que Kelsen atribui aos atos jurídicos em geral: excetuados aqueles que se situam em níveis absolutos de criação ou de execução do direito (respectivamente, a Constituição e os atos de execução de decisões judiciais), os demais são, ao mesmo tempo, atos condicionantes e condicionados, pois, se por um lado, condicionam a produção do ato inferior, ao serem editados são condicionados pelo ato que lhe é superior⁷. Desta maneira, mantidas as exceções acima mencionadas, todos os atos jurídicos são concomitantemente atos de criação e de aplicação do direito, variando-se apenas em grau (quanto mais alta a hierarquia, mais intensa será a sua dimensão criativa e mais suave a sua dimensão aplicativa, e vice-versa). Evolui-se, portanto, de uma distinção qualitativa entre os atos de criação (lei) e de aplicação do direito (atos administrativos e decisões judiciais) para uma diferenciação quantitativa, em que ambos são considerados atos de criação e de aplicação do direito, variando apenas em intensidade.

Tais considerações são suficientes para se compreender que o argumento de que o STF, por atuar como mero “legislador negativo”, limitar-se-ia a aplicar a Constituição, não atuando criativamente em qualquer medida, não encontra fundamento em Kelsen.

Um aspecto fundamental à adequada compreensão do conceito de “legislador negativo” é a acusação de Carl Schmitt de que a tese de Kelsen, no sentido de o Tribunal Constitucional controlar a constitucionalidade das leis, redundaria em “*politização da justiça*”⁸, e, ao fim e ao cabo, em uma “*aristocracia de toga*”⁹. Kelsen concorda com Schmitt no sentido de que tal expansão do Judiciário seria um mal à democracia; assim, para evitá-la configura o seu modelo de controle de constitucionalidade de forma extremamente reverente ao legislador.

6 KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, capítulo V “Dinâmica Jurídica”, pp. 215 a 308.

7 DIAS, Gabriel Nogueira. “Legislador negativo” na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria *Reine Rechtslehre*”. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 91-116, jul./set. 2010.

8 SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 33.

9 *Ibid.*, p. 228.

A par de importantes aspectos procedimentais,¹⁰ Kelsen concebe o Tribunal Constitucional como “mero legislador negativo” com vistas a restringir a sua atuação no controle de constitucionalidade a uma análise exclusivamente da questão de direito afeta à incompatibilidade em tese entre normas precisas (regras infraconstitucional e constitucional), excluindo-se o conhecimento de fatos e interesses concretos, o que seria inevitável caso o Tribunal usasse como parâmetros de controle princípios constitucionais abertos¹¹.

Na verdade, Kelsen não negava a importância da análise fática para a concretização de princípios constitucionais abertos, apenas considerava que neste âmbito se coloca, em boa medida, a dimensão criativa da concretização da Constituição (atuação como “legislador positivo”), de maneira que o Tribunal Constitucional deveria deixar esse espaço livre para o exercício da discricionariedade do legislador¹². *Daí se vê que é da essência do conceito kelseniano de “legislador negativo” o emprego apenas de normas constitucionais precisas como parâmetros de controle de constitucionalidade, servindo como relevante instrumento de autorrestrição judicial*¹³. Tal circunstância explica a razão pela qual Kelsen acreditava que, embora a interpretação judicial tenha uma dimensão criativa, especificamente o controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal Constitucional consiste em atividade essencialmente vinculada à Constituição – e assim legítima à luz da separação entre os Poderes –, enquanto o uso de princípios abertos como parâmetros o transformaria em “legislador positivo”, atuando de maneira eminentemente criativa, o que implicaria usurpação de função legislativa¹⁴.

10 Por exemplo, enquanto no constitucionalismo norte-americano tradicionalmente se atribuiu natureza declaratória e efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade, Kelsen lhe confere natureza constitutivo-negativa e efeitos prospectivos, preservando-se os efeitos produzidos pela norma antes do reconhecimento da sua inconstitucionalidade. Ademais, Kelsen, ao invés de seguir o modelo difuso dos EUA, opta pelo modelo concentrado em que só o Tribunal Constitucional – e não todo e qualquer juiz e Tribunal – pode invalidar uma lei por inconstitucionalidade.

11 KELSEN, Hans. “A garantia jurisdicional da Constituição.”. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

12 PRIETO SANCHÍS, Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 85/86.

13 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. “O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica de uma construção.” *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2010, p. 161.

14 Veja-se eloquente manifestação de Kelsen: “Mas, precisamente no domínio da jurisdição constitucional, elas (ver disposições constitucionais a seguir citadas) podem desempenhar um papel extremamente perigoso. As disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, à liberdade, à moralidade etc. poderiam ser interpretadas como diretivas concernentes ao conteúdo das leis. Equivocadamente é claro, porque só assim seria se a Constituição estabelecesse uma

À vista de todas essas cautelas, Kelsen delineou um modelo de jurisdição constitucional “minimalista”¹⁵: ao lado de uma Constituição basicamente procedimental¹⁶, propôs uma série de medidas visando a limitar a atuação Tribunal Constitucional, com destaque para o emprego apenas de regras constitucionais precisas como parâmetros de controle. Neste modelo, questionamentos a propósito da compatibilidade de leis com princípios abstratos tendiam a ser automaticamente descartados pelo órgão responsável pelo controle de constitucionalidade, através de um uso mecânico do princípio da separação dos poderes e dos seus corolários: discricionariedade legislativa, presunção de constitucionalidade e doutrina da insindicabilidade judicial das questões políticas¹⁷.

É, precisamente, este ponto que o artigo busca destacar. Isto porque, se já há na teoria constitucional brasileira importantes trabalhos que identificaram os graves problemas conceituais e processuais do dogma do “legislador negativo”¹⁸⁻¹⁹ (respectivamente, a sua incompatibilidade com a

direção precisa, se ela própria indicasse um critério objetivo qualquer. (...)

Para evitar tal deslocamento de poder – que ela (a Constituição) com certeza não deseja e que é totalmente contraindicado do ponto de vista político – do Parlamento para uma instância estranha, e que pode se tornar representante de forças políticas diferentes das que se exprimem no Parlamento, a Constituição deve, sobretudo se criar um Tribunal Constitucional, abster-se desse gênero de fraseologia, e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, formulá-los da forma mais precisa possível.” Ver KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. *Op. cit.*, p. 126.

15 MELLO, Cláudio Ari. Democracia constitucional e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 25/35.

16 Trata-se de uma *norma normarum*, que regula essencialmente a estrutura do Estado e a produção de normas jurídicas, admitindo-se um restrito conteúdo material, vinculado, em regra, a direitos fundamentais de primeira “geração”. Este é, precisamente, o conteúdo básico das Constituições-Garantia, típicas do constitucionalismo liberal.

17 MELLO, Cláudio Ari. Democracia constitucional e direitos fundamentais, p. 229/266.

18 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. “O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica de uma construção.” Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2010, p. 161 e ss; SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. Revista Direito GV, v. 2, n. 1, p. 191 e ss. TAVARES, André Ramos. “A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional.” Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2010, p. 121 e ss; ABELLÁN, Marina Gascón. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 71-92, jan./mar./2009.

19 Na jurisprudência do STF, mister destacar as importantes críticas do Ministro Gilmar Mendes a respeito do “vetusto dogma kelseniano do “legislador negativo”. Confira-se, a propósito, trecho do seu voto na ADI 2240/BA: “Não se poderia negar que muitas situações imperfeitas de uma perspectiva constitucional dificilmente seriam superadas com a simples utilização da declaração de nulidade. Essa tendência, no sentido da adoção cada vez maior de técnicas diferenciadas de decisão no controle de constitucionalidade,

dimensão criativa da decisão judicial e com modernas técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, tais como a interpretação conforme a Constituição e as sentenças aditivas e modificativas), *parece haver uma lacuna no direito brasileiro em relação à patente incompatibilidade entre o sentido que o STF empresta ao conceito de legislador negativo e aspectos fundamentais da sua jurisprudência atual, especialmente em casos em que aplica diretamente princípios constitucionais abstratos.*

Conforme será constatado nas próximas seções, a jurisprudência do STF vem progressivamente reconhecendo a característica mais essencial da teoria dos princípios, qual seja, a força normativa dos princípios jurídicos²⁰, assim entendida a noção de que os princípios constitucionais são normas jurídicas, imperativas aos três poderes e judicialmente sindicáveis, e que se aplicam mediante ponderação²¹. Com efeito, a normatividade dos princípios vem sendo cada vez mais afirmada pela jurisprudência das Cortes Constitucionais ao redor do mundo, inclusive e notadamente do Supremo Tribunal Federal, e a proporcionalidade se destaca como o principal instrumento metodológico para a ponderação entre princípios jurídicos.

Desta forma, a autocompreensão pelo Judiciário de que a ponderação entre princípios, segundo um instrumental mais fluido do que a subsunção de regras, constitui função tipicamente judicial, inclusive se implicar ampla análise de elementos fáticos, técnicos e morais controvertidos, consiste em claro avanço do Judiciário sobre o espaço indeterminado da Constituição, ou seja, sobre as normas mais vagas (princípios). Especificamente o juízo de proporcionalidade envolve típico exemplo de juízo fático e fluido que Kelsen afastava do controle de constitucionalidade, por considerar que se cuidava de atuação como “legislador positivo” que, se exercida pelo Judiciário, implicaria “grave transferência de poder”.

Assim, avulta a contradição entre o emprego do conceito kelseniano de “legislador negativo” e a aceitação de princípios constitucionais abertos como parâmetros de controle de constitucionalidade. Porém mais grave do que equívocos conceituais, é o fato de o dogma do legislador negativo obs-

é também resultado da conhecida relativização do vetusto dogma kelseniano do “legislador negativo”. (...)

20 PULIDO, Carlos Bernal. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: Teoría del neoconstitucionalismo – Ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 301.

21 V. SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality, balancing and global constitutionalism. Columbia Journal of Transnational Law, v. 47 (2008), p. 74/75.

curecer a atuação criativa (como legislador positivo) do Judiciário quando aplica diretamente princípios constitucionais.

Neste cenário, é urgente a identificação, na jurisprudência contemporânea do STF, das principais hipóteses de aplicação direta de princípios constitucionais, com o escopo de graduar a criatividade presente em tais situações, a partir da distância existente entre o sentido literal do dispositivo interpretado e o sentido dele extraído pela decisão judicial.

Portanto, o objetivo deste trabalho é eminentemente descritivo, buscando, a partir da desconstrução do dogma do legislador negativo, reconhecer hipóteses e gradações da atuação do STF como “legislador positivo”, a fim de preparar o terreno para discussões futuras a propósito de *standards* para distinguir os casos em que tal criatividade é constitucionalmente legítima daqueles que revelam avanço do Judiciário sobre as competências atribuídas pela Constituição a outros Poderes do Estado.

2. A aplicação direta de princípios constitucionais pelo STF

2.1. Afastamento significativo do sentido literal do dispositivo interpretado mediante a técnica da interpretação conforme a Constituição/ declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto

A jurisprudência e a doutrina constitucional contemporânea²² vêm destacando a evolução de uma rígida dicotomia entre decisões de inconstitucionalidade e de constitucionalidade em prol de uma visão gradualista, que, embora mantenha as referidas decisões em polos opostos de um gradiente, contém “modalidades atípicas de decisão” que se situam em pontos intermediários. Citem-se a interpretação conforme a Constituição, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e as sentenças aditivas e modificativas. Essas técnicas de decisão têm em comum o fato de apartarem-se da figura do “legislador negativo”, visto que através delas o órgão judicial manipula a norma editada pelo legislador, modificando-a.

22 Ver o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351/DF, p. 157. Conferir, na doutrina, TAVARES, André Ramos. “A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional.” *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2010, p. 121 e ss; ABELLÁN, Marina Gascón. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 71-92, jan./mar./2009.

Desta forma, atua o Judiciário, em alguma medida, como “legislador positivo”, já que a norma que resulta da interpretação judicial é significativamente distinta da aprovada no Parlamento.

Veja-se a interpretação conforme a Constituição. Através dela o Judiciário exclui determinadas *possibilidades de interpretação* da norma, pois elas, embora compatíveis com o seu texto, contrariam a Constituição. Assim, o Tribunal declara a lei constitucional desde que interpretada em conformidade à Constituição, de modo que tal interpretação é incorporada, resumidamente, ao dispositivo da decisão²³. Note-se que o afastamento das “interpretações inconstitucionais” implica, via de regra, uma interpretação restritiva ou uma redução teleológica, na medida em que a interpretação conforme a Constituição costuma ser menos ampla do que sugere a sua exegese literal, como se a Corte impusesse ao dispositivo legal uma cláusula de exceção ou de especificação que nele não consta expressamente²⁴.

Há muito o STF se utiliza da interpretação conforme a Constituição, ainda que não empregasse tal nomenclatura. Citem-se as seguintes decisões: (i) lei que, não fazendo menção expressa à sua retroatividade, foi interpretada no sentido de excluir a supressão de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; (ii) lei que previa que os honorários advocatícios seriam devidos aos advogados empregados deveria ser interpretada à luz da ressalva da possibilidade de estipulação em contrário; (iii) a transferência de atividades a cargo de órgão público responsável pela gestão de trânsito (DETRAN) para particulares não poderia abranger a prática de atos que envolvessem o exercício do poder de polícia; (iv) incidência de imposto de renda sobre rendimentos percebidos em aplicações financeiras “inclusive por pessoa jurídica imune” não abrangia as sujeitas à imunidade recíproca; (v) dispositivo que excluía a incidência de inovações legislativas a processos penais em curso deveria ser interpretado sob a ressalva da aplicação das normas benéficas ao réu etc²⁵.

23 Ver o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351/DF, p. 155.

24 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 481/ 554.

25 Respectivamente, STF, ADI 1.236, DJ, 26/04/1996; ADI 1.194, RTJ, v. 162, t. 3, p. 857 e ss.; ADI 1.666, DJ, 22/06/1999; ADI 1.758, DJ, 22/05/1998; ADI 1.719, DJ, 27/02/1998. Ver SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 210.

Através da *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto* o Judiciário também comprime o âmbito de incidência da regulação normativa. Embora parte da doutrina a distinga da interpretação conforme a Constituição, pois, naquela restariam excluídas *incidências* da norma, enquanto nesta seriam afastadas *interpretações*²⁶, na prática a distinção tende a ser bastante fluida, redundando ambas em processos lógicos que se conduzem à redução teleológica²⁷.

Vejam-se alguns exemplos na jurisprudência do STF: (i) norma que autorizara a Defensoria Pública a patrocinar ações civis públicas em benefício de consumidores teria a sua constitucionalidade limitada à sua incidência a consumidores hipossuficientes; (ii) norma que autorizara membro do Ministério Público a filiar-se a partido político somente se aplica àqueles que se encontrarem em inatividade; (iii) dispositivo que permitira ao membro do Ministério Público ocupar cargo na administração superior tem a sua constitucionalidade condicionada à esfera interna do MP; (iv) norma do regimento interno do Tribunal de Justiça que autorizava o seu presidente a resolver todas as questões relativas ao cumprimento de precatórios teria a sua constitucionalidade vinculada à solução das “questões meramente administrativas” etc²⁸.

A bem da verdade, o emprego dessas técnicas de decisão é inevitável, sobretudo por razões pragmáticas²⁹, pois a simples declaração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma não resolveria de forma adequada questões constitucionais como as anteriormente apresentadas. Com efeito, a decisão de constitucionalidade não extirparia o “veneno da norma”, pois manteria a interpretação literal que conflita com a Constituição, enquanto a decisão de inconstitucionalidade seria excessiva – e, conseqüentemente, não respeitaria o princípio da presunção de constitucionalidade –, já que a redução teleológica que resulta dessas técnicas de decisão é suficiente para adequar a norma à Constituição.

26 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

27 Nesse sentido, ver SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. O próprio STF trata as técnicas de decisão como sinônimas.

28 Respectivamente, STF, ADI 558, RTJ, v. 146, t. 2, p. 434; ADI 1.371, DJ, 15/06/1998; ADI 1.371, DJ, 15/06/1998; ADI 2.084, DJ, 23/06/2000; ADI 1.098, RTJ, v. 158, t. 2, p. 458. Ver SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. *Op. cit.*, p. 211.

29 Ver o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351/DF p. 156.

Daí se vê que, se, por um lado, a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto podem ser consideradas manifestações de autorrestrrição judicial – na medida em que evitam a pura e simples declaração da inconstitucionalidade da norma³⁰–; por outro, podem também revelar uma atuação criativa, *nos casos em que o Tribunal, a partir de princípios constitucionais abertos, se afasta significativamente do sentido literal do dispositivo interpretado*. Cite-se, por exemplo, a criação de várias cláusulas de restrição que não constam em seu texto.

O voto proferido pelo Ministro Carlos Direito no caso Raposa Serra do Sol – acolhido pela maioria do Tribunal – revela significativo avanço do Supremo Tribunal Federal em prol de uma postura criativa no exercício dessas técnicas de decisão. Com base em diversos princípios e regras constitucionais³¹, o Ministro Carlos Direito introduziu diversas cláusulas restritivas à demarcação contínua da mencionada reserva indígena que não constavam do ato que a instituiu³². A perplexidade do Ministro Carlos Ayres Britto em relação à extensão das ressalvas engendradas pelo Ministro Carlos Direito ilustra singularmente o momento de transição do STF, no sentido do abandono de uma tradicional postura de autorrestrrição em prol de uma maior criatividade no uso da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Com efeito, o Ministro Carlos Ayres Britto, na linha da processualística convencional, aventou a possibilidade de as diversas cláusulas de restrição ao decreto demarcatório redundarem em decisão *extra petita*, pois o autor da ação só pedia a anulação do ato. Todavia, o Ministro Carlos Ayres Britto posteriormente se alinhou a tendência ativista em curso no STF, na medida em que considerou que a técnica de decisão proposta pelo Ministro Carlos

30 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 3 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

31 Por exemplo, as relativas ao meio ambiente, à segurança nacional, à propriedade privada, à exploração de recursos hídricos e minerais, à livre-iniciativa, ao direito de ir e vir etc.

32 O Ministro Carlos Direito admitiu o afastamento, por norma geral, do usufruto dos índios sobre as riquezas do solo, dos rios e dos lagos; negou o usufruto dos índios sobre a exploração de recursos hídricos, potenciais energéticos, pesquisa e lavra de recursos minerais, garimpagem e faiscação; garantiu a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal e a instalação de equipamentos públicos pela União independentemente de consulta às comunidades indígenas; especificou a abrangência do usufruto dos índios (ingresso, trânsito, permanência, caça, pesca e extrativismo vegetal); fixou o órgão competente para a administração da reserva (Instituto Chico Mendes), determinou balizas para o ingresso de não índios; vedou a ampliação da reserva; reafirmou a imprescritibilidade, a inalienabilidade e a indisponibilidade dos direitos dos índios às suas terras. Ver STF, PET n. 3.388, DJ, 25/09/2009.

Direito, consistente em trazer parte da fundamentação para o dispositivo, era “interessante” e “inovadora”, pois, embora “inusual”, “traçava diretivas” obrigatórias para a execução da decisão pela União, facilitando o estrito cumprimento da decisão do STF – inclusive em relação aos seus fundamentos³³.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, vem defendendo a ampliação do emprego dessas técnicas menos ortodoxas de decisão no controle de constitucionalidade, sobretudo das “decisões modificativas dos sentidos originais do texto” – as chamadas sentenças aditivas e modificativas –, por se tratar de uma *necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional* e pelos *sentidos originais do texto serem sempre imprecisos*³⁴. Veja-se expressiva passagem: “É possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais cortes constitucionais europeias. A asunção de uma atividade criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional”³⁵.

A interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto têm como limite fundamental o texto da lei³⁶, ao passo que as sentenças aditivas e, sobretudo, as modificativas, a princípio se encontram vinculadas, de forma mais tênue, ao limite textual. De fato, segundo a experiência constitucional italiana – onde tais técnicas de decisão ganharam maior desenvolvimento teórico e acolhida na jurisdição constitucional –, as sentenças aditivas “importam declarar inconstitucional um certo dispositivo por ter deixado de dizer algo, desde que a disposição omitida seja imposta pela lógica do sistema legislativo e constitucional ou, em outros termos, decorra de uma operação de integra-

33 Ver Aditamento ao Voto – Carlos Britto, p. 370. Também constitui exemplo típico de ativismo judicial no emprego de cláusulas de exceção os votos proferidos pelos Ministros Eros Grau e Carlos Direito no caso da “pesquisa com células tronco-embriônicas”, ressaltando-se, porém, que neste caso, ao contrário daquele, as referidas “cláusulas de exceção” não foram acolhidas pela maioria do Tribunal. Ver ADI 3.510/DF, rel. Ministro Carlos Britto, 28 e 29/05/2008.

34 Ver o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351/DF, p. 156/157.

35 Ver o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351/DF, p. 160.

36 Ver STF, ADI 2.405, DJ, 17/02/2009; ADI 1.344, DJ, 19/04/2006.

ção analógica ou de interpretação extensiva. Emite-se, dessa forma, uma decisão que alarga o âmbito de incidência de uma certa disposição de norma, de forma a alcançar situações não previstas originalmente³⁷.

Cuida-se de hipótese classificada pela doutrina brasileira como de “inconstitucionalidade por omissão parcial”³⁸, já que a respectiva lei teria concretizado de forma insuficiente a norma constitucional. Em situações que tais, a Corte Constitucional italiana preenche essa “lacuna” quando a ampliação do âmbito de incidência da lei for autorizada pela *lógica do sistema*, produzindo decisão *constitutiva*, ao invés de simplesmente *declarar* a mora do legislador – esta, uma postura deferente às competências do legislador que marcou, tradicionalmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Extraem-se, dentre outros, os seguintes exemplos da jurisprudência da Corte Constitucional italiana: o princípio do contraditório gerou o reconhecimento da inconstitucionalidade de um dispositivo que previa apenas a presença do Ministério Público no interrogatório do acusado, por não dispor igualmente sobre a presença do seu defensor, sendo proferida decisão que adicionou à lei a obrigatoriedade da presença do advogado do réu. Em outra oportunidade, a mesma Corte declarou inconstitucional um dispositivo que condicionava a procedibilidade de ação penal por certos crimes contra menores apenas à representação do pai, “na parte em que não previa também a representação da mãe”, cláusula que, portanto, foi adicionada à lei³⁹.

Já nas sentenças modificativas (ou substitutivas), “a Corte não se resume a censurar uma disposição “na parte em que não prevê” certa hipótese,

37 SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional. *Op. cit.*, p. 214. Ver Aditamento ao Voto – Carlos Britto, p. 370. Também constitui exemplo típico de ativismo judicial no emprego de cláusulas de exceção os votos proferidos pelos Ministros Eros Grau e Carlos Direito no caso da “pesquisa com células tronco-embrionárias”, ressaltando-se, porém, que neste caso, ao contrário do caso “Raposa Serra do Sol”, as referidas “cláusulas de exceção” não foram acolhidas pela maioria do Tribunal. Ver ADI 3.510/DF, rel. Ministro Carlos Britto, 28 e 29/05/2008.

Ver o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351/DF, p. 156/157.

Ver o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351/DF, p. 160.

Ver STF, ADI 2.405, DJ, 17/02

38 MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade do desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade no Direito brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 48/67.

39 SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional. *Op. cit.*, p. 214.

mas “na parte em que prevê certa consequência, ao invés de outra”, de acordo com a lógica intrínseca do sistema; numa primeira parte, portanto, anula o conteúdo da disposição impugnada, para depois reconstruir a mesma disposição com um conteúdo diferente”⁴⁰.

Assim, o efeito prático da decisão em tela é o de modificar o teor da disciplina normativa aprovada no Parlamento. Veja-se a seguinte decisão, também da Corte Constitucional italiana: censura à norma que atribuía a Ministro de Estado certa competência em matéria relacionada com a “liberdade pessoal”, ao invés de atribuí-la à autoridade judiciária, em face da “reserva de jurisdição” imposta pela Constituição. Foi, então, proferida decisão que alterou a autoridade prevista na lei como competente para decidir sobre a questão (não mais o Ministro de Estado, mas o Judiciário)⁴¹.

Tradicionalmente o STF se imbuía de postura de *self-restraint* nos casos em que as suas decisões produziriam, de forma nítida, efeitos aditivos ou modificativos, muito embora, diante da imprecisão dos limites textuais do dispositivo, em diversas oportunidades tenha – quiçá inconscientemente – chamado de interpretação conforme a Constituição decisão que, na prática, possuía natureza aditiva ou modificativa⁴². Porém, mais do que uma ou outra decisão dessa natureza, atualmente se percebe *o STF cada vez mais confortável para se alinhar a mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva*. Assim, se o vaticínio do Ministro Gilmar Mendes ainda não se realizou plenamente, pode-se dizer, ao menos, que o STF já se distanciou, consideravelmente, de um apelo arraigado ao dogma do legislador negativo.

Entretanto, deve ser desfeita a recorrente percepção de que a prolação de sentença aditiva ou modificativa revelaria, necessariamente, maior distanciamento do sentido literal do dispositivo do que o emprego da interpretação conforme ou da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Para além da distinção entre tais técnicas ser bastante fluida – especialmente por qualquer interpretação modificar, em algum nível, o sentido literal do dispositivo e, desta forma, adicionar algo a ele –, *convém reiterar que importante fator para aferir o caráter criativo da decisão é a distância*

40 *Ibid.*, p. 217.

41 *Ibid.*

42 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.256.

entre o sentido literal do dispositivo objeto da interpretação e a norma construída pelo intérprete com base em parâmetros normativos e raciocínios fluidos, independentemente do *nomen iuris* atribuído à técnica de decisão empregada.

A propósito, basta comparar as diversas cláusulas de exceção contidas no voto do Ministro Carlos Direito no caso Raposa Serra do Sol com a sentença na qual a Corte Constitucional italiana adicionou a presença do advogado do acusado a lei que previa apenas a presença do membro do MP no interrogatório de réus em processos penais. Parece inegável que a “interpretação conforme a Constituição” levada a cabo pelo STF se distanciou consideravelmente mais do texto “interpretado” do que a “sentença aditiva” italiana, possuindo, portanto, mais intensa índole criativa (ou aditiva).

Saliente-se que boa parte dos casos anteriormente citados como exemplos de interpretação conforme a Constituição, de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e de sentença aditiva – com exclusão, especialmente, do caso Raposa Serra do Sol – reconduz-se àquilo que Karl Larenz denomina *desenvolvimento judicial do direito imanente à lei*⁴³. Larenz esclarece que tal mecanismo pressupõe a existência de uma lacuna, que, por sua vez, consiste na ausência de lei em relação à situação que, em tese, se sujeita à regulação jurídica.

Nos típicos casos de *interpretação conforme a Constituição* e de *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto* há uma *lacuna oculta*⁴⁴, pois, apesar de existir lei, tal norma é “sobreinclusiva”⁴⁵, na medida em que não contém cláusula de exceção em relação a situações que, segundo a própria valoração contida na norma (a chamada *ratio legis*), não poderiam estar sujeitas a ela. Note-se que o conceito de *ratio legis* não se limita a decisões tomadas conscientemente pelo legislador (vontade do legislador), mas também abrange os *fins objetivos do Direito e os princípios jurídicos gerais (inclusive os constitucionais) que acharam inserção na lei*⁴⁶.

43 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 519/588.

44 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. *Op. cit.*, p. 555/564.

45 Ver STRUCHINER, Noel. Para falar de regras – o positivismo conceitual como cenário para uma investigação dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Faculdade de Filosofia da PUC-Rio, 2005. 191 f., p. 147/155.

46 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. *Op. cit.*, p. 531.

A *lacuna oculta* é integrada mediante redução teleológica, que consiste na introdução de cláusulas de exceção que não se contêm no texto da norma, tendo como pauta de raciocínio a *ratio legis*. Assim, na medida em que a própria *ratio legis* não abarca situações inadvertidamente abrangidas pelo sentido literal do dispositivo, o Judiciário ao excluí-las, apesar de “desenvolver o direito” – pois não se atém à exegese literal –, se mantém no plano da lei, pois não se imiscui na valoração levada a cabo pelo legislador (o questionamento se dirige apenas à redação excessivamente abrangente). Assim, nos típicos casos de interpretação conforme a Constituição e de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto há “desenvolvimento judicial do direito imanente à lei”.

Em retorno a exemplos citados anteriormente, veja-se o caso em que o STF empregou a interpretação conforme a Constituição para excluir a possibilidade de lei, que era dúbia sobre a sua retroatividade, suprimir direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Na hipótese, o STF manteve incólume a valoração contida na lei, na medida em que cuidou apenas de compatibilizá-la com a norma que se extrai do art. 5º, inciso XXXVI, da CF/1988. O mesmo se deu no caso em que “interpretou” norma que determinava a incidência de imposto de renda sobre rendimentos percebidos em aplicações financeiras “inclusive por pessoa jurídica imune”, de forma a não abranger as pessoas jurídicas sujeitas à imunidade recíproca. Também aqui o STF não questionou a *ratio legis*, mas apenas introduziu na norma cláusula de exceção exigida pelo art. 150, inc. VI, *a*, da CF/1988.

Embora se considere que as sentenças aditivas consistem no exemplo maior de atuação judicial criativa, nem sempre elas verdadeiramente o são. Os exemplos anteriormente citados de sentença aditiva revelam raciocínio jurídico próximo ao engendrado na redução teleológica, também consistindo em “desenvolvimento judicial do direito imanente à lei”. Citem-se os casos em que a Corte Constitucional italiana adicionou a obrigatoriedade da intimação do advogado de defesa a dispositivo que previa apenas a presença do Ministério Público no interrogatório do acusado, mercê do princípio do contraditório, e que adicionou a representação da mãe à norma que condicionava a procedibilidade de ação penal por certos crimes contra menores apenas à representação do pai.

Diante de normas “subinclusivas”, isto é, cujo sentido literal não capturava todas as situações sujeitas à *ratio legis*, cumpria ao Tribunal proceder

à “extensão teleológica”, que consiste na ampliação do seu *teor literal por demais estrito*⁴⁷. Assim como na redução teleológica – que consiste no seu verso –, também na extensão teleológica há “desenvolvimento judicial do direito imanente à lei”, pois o Tribunal não revê a valoração contida na norma, antes a ela se atém para reconfigurar o âmbito de incidência decorrente da literalidade do dispositivo no sentido de ampliá-lo.

Sendo as regras jurídicas “*generalizações probabilísticas*” necessariamente imperfeitas, os casos de sobreinclusão e de subinclusão são inevitáveis, do que decorre a inexorabilidade de o Judiciário, ao aplicar as regras jurídicas a casos concretos, proceder à redução e à extensão teleológicas. Não por acaso o STF tradicionalmente aplica tais técnicas em sua jurisprudência constitucional, de modo que o seu emprego atual não representa uma novidade. *O que há de novo, efetivamente, é o abandono da tradicional postura de autorrestrrição na manipulação do sentido literal de textos normativos a partir de princípios constitucionais abstratos*, de que é prova eloquente a já citada decisão do STF de incluir diversas cláusulas de exceção ao decreto de demarcação da reserva Raposa Serra do Sol.

2.2. Criação de norma infraconstitucional na hipótese de inconstitucionalidade por omissão

Uma segunda forma de ativismo judicial se dá na hipótese anteriormente alviatada pelo Ministro Gilmar Mendes (sentenças aditivas em sede de inconstitucionalidade por omissão). Mais especificamente, refere-se ao caso em que o STF, diante da inércia do Legislativo em cumprir um dever constitucional específico de legislar, contido em norma constitucional precisa (regra) concessiva de direitos, supre, excepcional e temporariamente, a omissão na edição de norma infraconstitucional pelo Parlamento.

Devem ser destacados os casos em que o STF atribuiu efeito constitutivo – e não meramente declaratório, como tradicionalmente afirmava a sua jurisprudência – às decisões tomadas em mandado de injunção. De fato, em recentes decisões, o STF não aplicou a sua clássica jurisprudência no sentido de que a respectiva decisão teria apenas o efeito de dar ciência ao Parlamento do seu estado de mora legislativa, pois, caso o Tribunal se substituísse ao legislador, para conceder o direito cuja fruição se encon-

47 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. *Op. cit.*, p. 564.

trava obstaculizada pela ausência de lei regulamentadora da norma constitucional, atuaria como legislador positivo, em violação à separação dos Poderes.

Em importantes decisões a Corte Suprema concedeu o direito postulado mesmo antes da edição da norma regulamentadora: cite-se a concessão de indenização aos perseguidos pelo regime militar (art. 8º, § 3º, do ADC-T)⁴⁸, de imunidade de contribuição para a seguridade social em favor de entidades beneficentes de assistência social (art. 195, § 7º, da CF/1988)⁴⁹, do direito de greve aos servidores públicos (art. 37, inc. VII, da CF/1988)⁵⁰ e de aposentadoria especial por trabalho em condições insalubres no serviço público (art. 40, § 4º, da CF/1988)⁵¹.

Todos os casos tinham em comum a circunstância de norma constitucional de forte densidade normativa (regra) conceder inequivocamente determinado direito aos seus destinatários, cuja fruição, contudo, se encontrava impedida pela falta de norma regulamentadora. Nos três últimos, o STF se valeu da aplicação por analogia de leis incidentes sobre casos semelhantes: aplicação do art. 14 do CTN, referente aos requisitos necessários à isenção de impostos para entidades beneficentes, para o gozo da imunidade de contribuições sociais para tais entidades; aplicação da Lei de Greve da iniciativa privada para a greve no serviço público; aplicação das normas sobre insalubridade do Regime Geral de Previdência Social ao Regime Próprio de Previdência dos servidores públicos.

Tais casos revelam uma postura mais ativista do STF do que no emprego da redução ou da extensão teleológica; todavia, menos ativista do que nos casos de “desenvolvimento do direito superador da lei”, situando-se, portanto, numa zona fronteira entre ele e o “desenvolvimento judicial do direito imanente à lei”. Explica-se: nestas hipóteses há uma lacuna do direito, e não uma lacuna da lei, já que esta se caracteriza pela incompletude de uma lei particular – caso em que se aplica a redução ou a extensão teleológica –, enquanto naquela é o ordenamento jurídico como um todo que está incompleto. Tal fenômeno se dá em virtude da ausência de nor-

48 STF, MI 283-5.

49 STF, MI 232-1.

50 STF, MI 708, DJ, 31/10/2008.

51 STF, MI 721, DJ, 30/08/2007.

ma sobre um setor que exige regulação jurídica⁵², precisamente a hipótese classificada pela doutrina brasileira como “inconstitucionalidade por omissão total”, assim considerada a mora do legislador em editar norma que lhe foi exigida por um dever constitucional específico de legislar⁵³.

A princípio, a supressão da “lacuna do direito” cabe ao legislador, pois em uma democracia representativa lhe compete a edição de normas gerais⁵⁴. Todavia, nas hipóteses anteriormente ventiladas, como a Constituição inscreveu os referidos direitos em normas de alta densidade normativa, e a efetividade dessas regras constitucionais vinha sendo prejudicada por mais de uma década de mora legislativa, o STF se julgou competente para, excepcional e temporariamente, substituir-se ao legislador e suprir tais “lacunas” mediante analogia.

Note-se que a analogia consiste na “transposição de uma regra, dada na lei para a hipótese legal (A), (...) numa outra hipótese B, não regulada na lei, (mas) “semelhante” àquela”⁵⁵. A situação regulada e a não regulada não necessitam ser idênticas (até porque nesse caso não haveria analogia, mas subsunção), mas apenas semelhantes nos aspectos fundamentais à valoração feita pelo legislador, de maneira que a aplicação à última da norma jurídica em tela, apesar de não haver subsunção, é corolário da necessidade de tratar igualmente situações iguais. Cuida-se, portanto, de hipótese de desenvolvimento judicial do direito imanente à lei – compreendido aqui o vocábulo “lei” como norma jurídica *lato sensu* –, pois o Judiciário se mantém fiel à valoração empreendida pelo legislador, não a substituindo pela valoração judicial.

Saliente-se que nas hipóteses em comento o legislador constituinte já decidira, de forma inequívoca, que os servidores públicos têm direito à greve, que as entidades beneficentes são imunes à incidência de contribuições para a seguridade social e que os servidores públicos que trabalhem em condições insalubres têm direito à aposentadoria especial. Ademais, as leis aplicadas por analogia tratavam, de fato, de situações semelhantes sob o prisma da valoração do legislador infraconstitucional: a lei de greve da

52 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. *Op. cit.*, p. 533.

53 Sobre o conceito de inconstitucionalidade por omissão, ver MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. *Op. cit.*, p. 1.025 e ss.

54 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. *Op. cit.*, p. 533.

55 *Ibid.*, p. 540 e ss.

iniciativa privada já cuidava da continuidade de serviços essenciais durante a paralisação; a norma do Código Tributário Nacional sobre imunidade tributária das entidades beneficentes e os dispositivos do Regime Geral de Previdência Social sobre insalubridade, respectivamente, se amoldavam às especificidades da imunidade de contribuições sociais e dos trabalhos em condições insalubres no serviço público.

Assim, o Judiciário, ao aplicar tais normas por analogia, embora tenha atuado como “legislador positivo”, manteve-se fiel à valoração feita pelos legisladores constituinte e ordinário. Daí por que pode se considerar que *os casos em que o Judiciário se utiliza da sua própria “interpretação” de princípio constitucional abstrato para invalidar a solução preestabelecida pelo legislador em uma regra, para estabelecer uma nova regra constitucional ou para alterar substancialmente o seu sentido (casos que serão a seguir abordados), situam-se em um tom acima na escala de criatividade judicial quando comparados com o emprego da analogia para suprir uma omissão do legislador, sobretudo quando norma constitucional precisa (regra) concede um direito cuja fruição depende da interpositio legislatoris*. Naquelas hipóteses, o Judiciário já não se encontra adstrito à valoração empreendida pelo legislador; muito pelo contrário, os juízes poderão rever tal valoração tendo como parâmetros normas de baixa densidade normativa – princípios –, ou mesmo fazer prevalecer a valoração judicial na ausência de valoração legislativa, inserindo-se, pois, na seara do “*desenvolvimento judicial do direito superador da lei*”⁵⁶. Tais hipóteses serão a seguir analisadas.

2.3. Invalidação de norma legal ou administrativa

Uma terceira forma de ativismo através da aplicação de princípios é a invalidação de lei ou ato normativo com base em princípio constitucional abstrato. Neste ponto, deve ser desfeito recorrente equívoco, relativo à crença de que o Judiciário atua como legislador negativo quando invalida uma regra legal com base em interpretação construtiva de princípio constitucional (já que apenas “suprimiria” a lei declarada inconstitucional), somente agindo como legislador positivo quando adiciona formalmente algo ou altera a norma objeto do controle. Ao revés, na hipótese em que o STF confere determinada interpretação a princípio constitucional, invalidan-

56 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. *Op. cit.*, p. 588/610.

do a solução preconcebida pelo legislador contida em lei, faz prevalecer a especificação do princípio que lhe parece mais adequada em face daquela escolhida pelo legislador. Assim, o STF extrai de princípio constitucional uma norma concreta (regra) em substituição àquela eleita pelo legislador ordinário. Ainda que tal postura possa ser legítima – caso, por exemplo, o Tribunal se desincumbia do ônus de justificar que a solução vertida em lei não respeitara o princípio da proporcionalidade –, não se pode negar a sua sensível dimensão criativa.

Cite-se, a propósito, o caso da “cláusula de barreira”. A tentativa do estabelecimento de uma cláusula de desempenho para evitar a profusão endêmica de partidos políticos, e, sobretudo, para conter as chamadas “legendas de aluguel” – partidos menores que acabam se convolvendo em instrumentos de barganha política – não é nova no Brasil⁵⁷, nem no direito comparado⁵⁸. A Constituição de 1988, contudo, não se manifestou expressamente sobre a polêmica, já que delegou à lei a regulamentação do “funcionamento parlamentar” e a participação dos partidos no Fundo Partidário e no acesso gratuito ao rádio e à televisão (art. 17, §§ 1º e 3º). Note-se, ainda, que proposta de inclusão da “cláusula de barreira” na Revisão Constitucional de 1993, por intermédio do Parecer n. 36, do então Deputado Nelson Jobim, malogrou, permanecendo o texto constitucional silente sobre o assunto.

Ainda no ano de 1993 foi editada a Lei n. 8.713, que, em seu art. 5º, instituiu “cláusula de barreira” com base no desempenho dos partidos na eleição ocorrida no ano anterior. No bojo das ADIs 958-3 e 966-4, o STF, por maioria, declarou o mencionado dispositivo inconstitucional, com base no argumento principal de que a restrição a partidos apresentarem candidaturas com base em desempenho obtido em eleição já ocorrida representaria violação à cláusula do substantive due process of law (devido processo legal substantivo), pois o legislador sabia de antemão quais partidos seriam alvejados pela inovação legislativa. Todavia, em 1995, foi editada a Lei n.

57 Ver o Decreto-Lei n. 8.835/1946 (art. 5º), o Código Eleitoral de 1950 (art. 148), a Lei Orgânica dos Partidos Políticos de 1965 (n. 4.740), a Constituição de 1967 (art. 149, inc. VII), a Emenda Constitucional n. 11 de 1978 (nova redação dada ao art. 152, § 2º, inc. II, da CF/1967) e a Emenda Constitucional n. 25/1985 (nova redação dada ao art. 152, § 1º, da CF/1967).

58 Neste particular, destaca-se o Direito alemão, no qual, conforme esclarece o Ministro Gilmar Mendes, “(...) o partido político que não obtiver 5% dos votos na votação proporcional, ou pelo menos três mandatos consecutivos, não obterá mandato algum”. Ver STF, ADI 1.351, DJ, 17/08/2007.

9.096/1995 que estabelecia, em seu art. 13, severas restrições aos partidos que não obtivessem 5% dos votos válidos em eleição futura para a Câmara dos Deputados, no que tange ao recebimento de recursos do Fundo Partidário e ao tempo de horário eleitoral gratuito em rádio e televisão⁵⁹.

Propostas as ADIs 1.351-3 e 1.354-8 em face da nova regulamentação da “cláusula de barreira”, o STF denegou, à unanimidade, a medida cautelar encarecida, nos termos do voto do relator, Ministro Maurício Corrêa, no sentido de que a lei se limitara a “regulamentar” o funcionamento parlamentar e o acesso dos partidos a recursos do Fundo Partidário e ao tempo de rádio e TV (art. 17, §§ 1º e 3º – dispositivos considerados normas de eficácia limitada), projetando-se, ademais, sobre eleição futura. Contudo, no julgamento final – ocorrido 10 anos após a decisão liminar, em cujo período não se aplicou a cláusula de barreira do art. 13, mas a regra transitória contida no art. 57 da Lei n. 9.096/1995 – o Tribunal, profundamente modificado em sua composição⁶⁰, proferiu entendimento antagônico ao anterior. Nesta ocasião, o Tribunal, forte na constatação empírica de que dos 29 partidos à época existentes, apenas sete sobreviveriam à cláusula de desempenho, considerou-a inconstitucional, por violação ao pluralismo político e partidário, ao direito das minorias à representação parlamentar e à igualdade de oportunidades no processo eleitoral.

Sem adentrar na análise do acerto das decisões, o cotejo dos pronunciamentos liminar e definitivo do STF revela uma sensível distinção de posturas interpretativas entre as composições da Corte de 1994 e de 2006: diante de uma profunda controvérsia sobre a melhor forma de aplicação de princípios constitucionais, a decisão liminar delegou ao legislador ampla liberdade de configuração, enquanto a decisão final submeteu a respectiva lei a intenso controle da sua compatibilidade com princípios constitucionais, à luz de raciocínio orientado pela proporcionalidade.

Com efeito, na decisão liminar o STF considerou que a escolha pela criação, ou não, de cláusula de barreira, assim como o seu delineamento,

59 O dispositivo determinava que apenas 1% dos recursos do Fundo Partidário fosse distribuído a todos os partidos registrados no TSE, enquanto os outros 99% seriam distribuídos aos partidos que conseguissem superar a cláusula de desempenho. Em relação ao horário eleitoral gratuito em rádio e TV os partidos que não atingissem a cláusula de barreira teria apenas um programa de dois minutos por semestre, enquanto os que a superassem teriam dois programas de 20 minutos por semestre, além de mais 40 minutos por semestre para inserções de 30 segundos a um minuto.

60 Em relação ao momento da apreciação da liminar, somente permaneciam no STF os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

competiria ao Legislativo, ao passo que, na decisão final, a Corte fixou uma regra: é vedada a criação de cláusula de barreira fundada em significativas restrições ao funcionamento parlamentar, embora os parâmetros constitucionais fossem os mesmos princípios (pluralismo político, direito das minorias, bom funcionamento do sistema partidário etc.).

A bem da verdade, o Tribunal fez prevalecer a leitura que reputou mais adequada desses princípios constitucionais em detrimento da levada a cabo pelo Congresso Nacional, construindo a regra segundo a qual “é vedada a criação de cláusula de barreira fundada em significativas restrições ao funcionamento parlamentar”. Note-se que tal regra produz efeitos típicos de uma regra inserta formalmente no texto constitucional, notadamente por gerar a inconstitucionalidade de leis que a contrariem⁶¹. Pode-se mesmo dizer que a regra pretoriana produz efeitos mais intensos do que dispositivo constitucional, já que as decisões do STF em controle abstrato e as suas súmulas vinculantes possuem efeitos erga omnes e vinculantes, de maneira que, caso juízes, Tribunais e órgãos administrativos tomem decisões em sentido contrário ao precedente do STF, caberá reclamação diretamente ao STF, o que não se verifica se as referidas decisões judiciais e administrativas violarem expresso dispositivo constitucional.

2.4. Criação ou alteração de norma constitucional

Uma quarta expressão de ativismo é a extração pelo Judiciário, a partir de princípio constitucional, de uma norma constitucional concreta (regra). Tal norma concreta pode adicionar um novo conteúdo normativo à Constituição (sentença aditiva) ou modificar o sentido de dispositivo(s) constitucional(is) preexistente(s) (sentença modificativa).

Quanto ao primeiro caso – sentença aditiva em sede constitucional –, cite-se a decisão proferida no caso da “infidelidade partidária”. Na ocasião, a composição majoritária do STF, em que pese ter se utilizado do argumento de que a vedação à “infidelidade partidária” não implicaria a perda do mandato, pois, no sistema eleitoral proporcional, o mandato pertenceria ao partido e não ao parlamentar, ao determinar que a troca voluntária de par-

61 Como já salientado, pode-se sustentar que as interpretações judiciais da Constituição possuem eficácia inclusive mais intensa que as próprias regras constitucionais, pois aquelas, ao contrário destas, caso forem descumpridas por autoridades judiciais e administrativas, podem ser alvejadas por reclamação.

tido⁶² autoriza o partido prejudicado a solicitar em juízo a permanência do mandato na agremiação, na prática introduziu uma nova hipótese de perda do mandato parlamentar para além das previstas no art. 55 da CF/1988, apesar de há muito sustentar que se trata de um rol taxativo.

Parece correto, portanto, Oscar Vilhena Vieira, ao afirmar que o STF, na prática, introduziu nova hipótese de perda de mandato parlamentar⁶³. Ademais, na ADI 3.999/DF, proposta em face das Resoluções do TSE que regulamentaram o procedimento de perda do mandato do “parlamentar infiel”, o Relator, Ministro Joaquim Barbosa, afirmou que “as resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar”⁶⁴.

Já em relação ao segundo caso – sentença modificativa em sede constitucional – a atuação criativa do STF não se revela na inclusão de norma na Constituição, mas na significativa alteração do sentido de regra(s) preexistente(s). Cite-se a tese acerca da suposta mutação constitucional do art. 52, inc. X, da Constituição de 1988, construída pelo Ministro Relator da Reclamação n. 4.335⁶⁵. O referido dispositivo cuida da possibilidade de o Senado Federal suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo STF. Tal competência fora originalmente conferida ao Senado pela Constituição de 1934, e tinha por escopo atribuir efeitos erga omnes a decisões proferidas pelo Supremo Tribunal no controle incidental de constitucionalidade, que, na esteira de iterativa doutrina e jurisprudência pátrias, apenas produzem efeitos inter partes⁶⁶.

62 O STF expressamente ressaltou a perda do mandato nas hipóteses em que o Parlamentar vinha sofrendo perseguição política no âmbito do respectivo partido, e caso tenha havido significativa mudança programática no partido. Ver STF, MS 26.602, DJ, 17/10/2008.

63 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p. 497/499.

64 Ver, em tom crítico, a seguinte passagem do voto do Ministro Eros Grau: “Não há oposição, neste sentido, entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, de modo a justificar que o Supremo Tribunal Federal – menos ainda o TSE – exorbite da função jurisdicional para emendar a Constituição, reformando-a. Mais, consta que o Poder Legislativo vem atuando em direção à implantação de uma reforma política, no bojo da qual o item da fidelidade partidária compõe-se entre os temas prioritários. Por isso mesmo que a usurpação do Poder Constituinte Derivado já em si consubstancia ‘quebra constitucional’.”

65 Em consulta realizada no sítio eletrônico do STF em 17.10.2013, a referida reclamação ainda se encontrava pendente de julgamento, mercê de pedido de vista.

66 Buscava-se estender os efeitos da declaração incidental da inconstitucionalidade de uma lei a casos

A referida tese propugna, porém, pela ocorrência de mutação do art. 52, inc. X, da Constituição, na medida em que, apesar de o seu texto permanecer incólume, a mudança dos contextos fático e normativo que o circundam conduziria à conclusão de que, atualmente, o mencionado dispositivo se destina apenas a autorizar que o Senado edite resolução que confira maior publicidade às decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade. Isto porque tais acórdãos, assim como os proferidos em controle abstrato, produziram per se efeitos subjetivos erga omnes e não apenas inter partes, em oposição à concepção tradicional no direito brasileiro⁶⁷.

Contudo, a concessão de efeitos erga omnes às decisões proferidas pelo STF em controle incidental de constitucionalidade parece alterar sensivelmente o sentido das regras inscritas nos art. 52, inc. X, e 103-A, ambos da CF/1988.

Com efeito, se a literalidade do art. 52, inc. X, da CF/1988 confere ao Senado o poder de suspender a eficácia de norma declarada inconstitucional pelo STF (no controle incidental), situa-se bastante distante dela a interpretação de que a resolução do Senado consiste em mero mecanismo de ampliação da publicidade da decisão do STF em controle incidental, pois a própria decisão já teria o condão de suspender a eficácia da norma. Parece claro que tal interpretação modifica o ente a quem a Constituição conferiu expressamente tal competência – não mais o Senado, mas o STF.

Ademais, a proposta de mutação constitucional do art. 52, inc. X, da CF/1988 também parece se distanciar do sentido literal do art. 103-A da Constituição de 1988. De fato, qual seria a serventia em aprovar-se uma

substancialmente idênticos, mas cujas partes fossem distintas, com vistas a minimizar os malefícios causados à segurança jurídica e à isonomia, decorrentes da importação pela Constituição de 1891 do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade sem a doutrina do *stare decisis*.

67 Embora não caiba aqui mais do que uma breve menção aos fundamentos desta inovadora tese, o emérito constitucionalista alude aos seguintes fatores: (i) o fato de tal competência ter sido prevista em favor do Senado numa época em que a concessão de efeitos *erga omnes* às decisões do STF era vista como atentatória à separação dos poderes; (ii) o avanço do método abstrato de controle de constitucionalidade em detrimento do incidental (e conseqüentemente das decisões do STF com efeitos *erga omnes* sobre aquelas com efeitos *inter partes*); (iii) a natureza idêntica dos mencionados métodos quanto às suas finalidades e procedimentos (proteção da supremacia da constituição e quórum de maioria absoluta); (iv) o aumento do número de decisões judiciais dotadas de efeitos *erga omnes* (ação civil pública e ação popular, onde inclusive se admite o controle incidental); (v) o atual volume de processos submetidos ao STF, muitos rigorosamente idênticos; (vi) e a criação no direito positivo, com inspiração em jurisprudência do STF, de instrumentos de vinculação dos Tribunais às decisões do STF em controle incidental, por exemplo, os arts. 481, parágrafo único, e 557, § 1º-A, do CPC etc.

súmula dotada de efeito vinculante se as decisões do STF em controle incidental já possuíssem essa eficácia especial? A circunstância de as súmulas vinculantes terem seu objeto restrito à “matéria constitucional” conduz à conclusão de que a concessão de efeito vinculante a toda e qualquer decisão que veicule controle incidental esvaziaria bastante o seu objeto e o seu escopo. E mais: representaria a concessão de efeito vinculante às decisões do STF prolatadas em processos subjetivos independentemente da observância dos requisitos estabelecidos pelo constituinte reformador para a edição de súmula vinculante⁶⁸.

Do exposto, percebe-se que a proposta de nova interpretação do art. 52, inc. X altera sensivelmente as respostas dadas pelo constituinte originário e pelo reformador ao problema da não vinculação dos órgãos judiciais ao juízo de constitucionalidade prolatado pelo Supremo Tribunal em controle incidental de constitucionalidade. Pois bem: enquanto a tese da mutação constitucional do art. 52, inc. X, parte da premissa de que todas as decisões do STF em controle incidental possuem per se efeitos gerais, o literal teor dos dispositivos constitucionais citados reservou tal eficácia especial às decisões do STF em controle incidental que tenham sido objeto da resolução do Senado prevista no art. 52, X ou de súmula vinculante (art. 103-A)

2.5. Imposição de medidas concretas ao Poder Legislativo e/ou ao Poder Executivo

Por fim, cite-se como quinta hipótese de criatividade judicial a partir de princípios constitucionais, a extração de medidas concretas a serem adotadas pelo Legislativo e pelo Executivo, destacando as hipóteses em que a efetivação dessas medidas implique significativo custo financeiro. Hipótese exemplar se deu com a radical alteração da jurisprudência do STF acerca da efetividade dos direitos sociais: embora tradicionalmente considerados normas de eficácia limitada – cuja realização dependia, portanto, da inter-

68 Citem-se o quórum especial de dois terços, a exigência de reiteradas decisões em matéria constitucional, e de controvérsia atual cujo retardo na prolação de uma decisão definitiva pelo STF acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos (art. 103-A, *caput* e § 1º, da CF/1988).

Para uma ampla crítica à tese da mutação constitucional do art. 52, inc. X, da CF/1988, conferir STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catoni e LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 04/04/2008.

posição do legislador – atualmente são crescentes as prestações concretas a cargo especialmente do Poder Executivo que são extraídas diretamente das respectivas normas constitucionais⁶⁹. Na seara específica do fornecimento gratuito de medicamentos pelos entes federativos, vislumbra-se, inclusive, uma “judicialização excessiva”⁷⁰.

3. Conclusão

O aspecto mais problemático do dogma do legislador negativo não é o seu caráter conceitualmente contraditório, mas as suas conseqüências práticas. Com efeito, o uso recorrente do conceito acaba por difundir a ideia de que, por mais criativo que o STF tenha sido na interpretação de princípio constitucional, ele limitar-se-á ao seu papel de “Guardião da Constituição” caso não adicione novas regras aos dispositivos impugnados. Assim, caso se restrinja a invalidar atos normativos ou a resolver casos concretos, o STF atuará como “mero legislador negativo”, fazendo prevalecer a vontade do constituinte à do legislador ordinário, ainda que extraia de normas constitucionais imprecisas os mais controvertidos sentidos.

Tal linha de raciocínio oculta a dimensão criativa que é inerente à atividade judicial, já reconhecida desde Kelsen, considerando o juiz mera “boca da lei”, segundo a clássica expressão de Montesquieu. Contudo, a moderna hermenêutica jurídica reconhece, na esteira de Kelsen, tal dimensão criativa, pois considera o texto normativo objeto da interpretação, e a norma – assim entendido o sentido que dela se extrai – o resultado da interpretação. Esse processo contém um irreduzível caráter (re)construtivo, pois, se o intérprete tem o texto – ou, mais precisamente, os seus “*significados intersubjetivados*” – como limite, dentro dessa baliza – que costuma ser significativamente ampla – ele exerce uma função criativa ou “legislativa”⁷¹.

69 Sobre o tema, ver SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direitos sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553/587.

70 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875/905.

71 ÁVILA, Humberto Bergman. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 22/26.

Daí decorre a inviabilidade de o Judiciário atuar como “mero executor da Constituição” em qualquer forma de controle de constitucionalidade (i. e., mesmo quando o parâmetro seja regra constitucional e sejam utilizados argumentos estritamente jurídicos). Isto porque, se alguma manipulação do texto é inerente ao processo de interpretação do direito, e se o controle de constitucionalidade é um juízo de compatibilidade entre sentidos extraídos de textos constitucionais e legislativos, a questão fundamental não concerne à existência, ou não, de atuação criativa (legislativa), mas aos limites da criatividade na *judicial review*. Em outras palavras, o cerne do problema da atuação do Judiciário como legislador positivo se vincula à distância entre os sentidos (ou normas) construídos pela Corte e os sentidos literais dos textos normativos interpretados (constitucionais e legais).

Parece óbvio que, ao comparar-se a aplicação direta de regras à de princípios constitucionais, ainda que ambas tenham uma dimensão criativa, esta se afigura mais intensa em relação aos princípios, tendo em vista que eles consistem em normas significativamente mais indeterminadas do que as regras. Assim, embora em ambos os casos não seja crível o caráter meramente executivo da interpretação judicial da Constituição, na hipótese da concretização de princípios tal conclusão se revela claramente implausível.

Nada obstante, o artigo não tem o escopo de veicular crítica à aplicação direta de princípios constitucionais pelo Judiciário. Ao revés, a opinião pessoal do autor é de que a superação do dogma kelseniano do legislador negativo, com a possibilidade de o Judiciário se valer de normas indeterminadas como parâmetros de controle de constitucionalidade, foi um notável avanço, particularmente no Brasil⁷². Porém, o presente trabalho buscou se ater à análise descritiva da questão, ou seja, a demonstrar que, se a atuação criativa (ou como legislador positivo) do Judiciário é inevitável, na aplicação de princípios jurídicos ela é especialmente intensa, e, assim, precisa urgentemente ser reconhecida e ter as suas principais hipóteses diagnosticadas e graduadas, como se buscou fazer nas seções anteriores. Somente assim será possível aprofundar o debate prescritivo destinado à construção de *standards* para a aferição da legitimidade da criatividade judicial na aplicação direta de princípios constitucionais.

72 BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre a Constituição?* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 89 a 182.

Para tal desiderato é absolutamente fundamental a desconstrução do dogma do “legislador negativo”, pois somente assim poderão ser resolvidos os sérios problemas conceituais destacados anteriormente, e, mais importante, poderão ser desfeitos equívocos com graves implicações práticas. Cite-se a negativa do caráter criativo (ou a atuação como “legislador positivo”) da invalidação judicial de lei pela sua incompatibilidade com princípio constitucional, pois, na hipótese, o Judiciário nada adicionaria à lei objeto do controle, mas somente supriria a sua validade e eficácia. Tal afirmação desconsidera a clara circunstância de que, quando o Judiciário interpreta princípio indeterminado, dele extrai regra que, a seu ver, é incompatível com a lei declarada inconstitucional, sendo evidente que as regras pretoriana e legal podem se inspirar por lógicas e valorações absolutamente díspares, sendo que nenhuma delas é extraída “inquestionavelmente” do texto constitucional.

Por outro lado, considerar que a atribuição de natureza constitutiva – e não meramente declaratória – às decisões no Mandado de Injunção é a máxima expressão do ativismo judicial consiste em outro equívoco. Embora revele, efetivamente, atuação judicial criativa, tendo em vista que os direitos foram concretamente atribuídos aos seus titulares por decisão judicial mesmo antes do advento das leis regulamentadoras, é preciso lembrar que tais direitos se encontravam previstos em normas constitucionais altamente precisas (regras), de maneira que o STF fez valer a valoração do legislador constituinte em face da renitente inércia do legislador ordinário. Diante da supremacia da Constituição sobre as leis e de não ter haver dúvidas sobre o embasamento da decisão do STF nas respectivas regras constitucionais, parece claro ter ocorrido efetiva aplicação ao caso concreto da valoração feita pelo constituinte. Porém, quando o STF se vale de princípio constitucional controvertido para inserir regra na Constituição ou para alterar sensivelmente o sentido literal de dispositivo constitucional, coloca-se em questão a própria fidelidade do STF às valorações formuladas pelo constituinte. Ainda que tal decisão possa se afigurar legítima caso o STF se desincumba do ônus argumentativo de demonstrar que se trata da melhor forma de concretizar o respectivo princípio constitucional, a distância entre a interpretação do STF e a literalidade da Constituição evidencia o seu sensível aspecto criativo.

Portanto, é premente que se perca o medo de admitir-se que o STF, em um número razoável de casos, atua como legislador positivo, e mesmo

que ele pode fazê-lo em determinadas situações sem que haja necessária afronta ao princípio da separação dos poderes. Somente desta maneira será superada a situação constrangedora em que o dogma do legislador negativo é solenemente proclamado em determinados casos, e em outros esquecido de maneira não menos eloquente, sem que se faça a mínima ideia do porquê das orientações díspares. Além disso, o grau de distanciamento da interpretação judicial do sentido literal do dispositivo constitucional consiste em critério minimamente objetivo para aferir o nível de criatividade judicial na aplicação direta de princípios, exigindo-se maior ônus argumentativo do STF nas hipóteses em que a sua decisão somente de maneira tênue se reconduza ao texto constitucional.

Referências Bibliográficas

- ABELLÁN, Marina Gascón. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 71-92, jan./mar./2009.
- ÁVILA, Humberto Bergman. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 3 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.
- _____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 10/11. Disponível em http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciae-supremaciajudicial.pdf. Acesso em 01.03.2013.
- _____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875/905.
- BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone Editora, 1995.
- BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial *versus* Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre a Constituição? Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.
- DIAS, Gabriel Nogueira. “Legislador negativo” na obra de Hans Kelsen:

- origem, fundamento e limitações à luz da própria *Reine Rechtslehre*". Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 91-116, jul./set. 2010.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. "O "legislador negativo" no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica de uma construção." Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2010.
- LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. University of Colorado Law Review, v. 73, p. 101/102, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MELLO, Cláudio Ari. Democracia constitucional e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- PRIETO SANCHÍS, Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- PULIDO, Carlos Bernal. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: Teoría del neoconstitucionalismo – Ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional, Belo Horizonte: Del Rey.
- SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direitos sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553/587.
- SCHAUER, Frederick. Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catoni e LIMA, Mar-
tônio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal
Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da
legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <[http://www.
mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)>. Acesso em: 04/04/2008.
- STRUCHINER, Noel. Para falar de regras – o positivismo conceitual como
cenário para uma investigação dos casos difíceis do direito. Tese de
Doutorado. Faculdade de Filosofia da PUC-Rio, 2005.
- SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality, balancing and glo-
bal constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 47
(2008), p. 74/75.
- TAVARES, André Ramos. “A inconsistência do Tribunal Constitucional
como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão
da Justiça Constitucional.” *Revista Brasileira de Estudos Constitucio-
nais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2010, p. 121 e ss;
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia
e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris,
2009.

Recebido em janeiro de 2014

Aprovado em março de 2014