

AS SENTENÇAS ADITIVAS COMO PARTICULAR (E CONTROVERSA) EXPRESSÃO DE ATIVISMO JUDICIAL

Vitória Izabel S.S. Castro

Sumário: Introdução. 1 A inconstitucionalidade por omissão. 1.1 As omissões absolutas e as omissões relativas. 1.2 A omissão relativa e implícita violação ao princípio da igualdade. 1.3 O Controle da inconstitucionalidade por omissão. 2. Das sentenças aditivas. 2.1 Conceito. 2.2 Função e utilidade. 2.3 Conformidade ao ordenamento jurídico. 2.4 Sentenças aditivas como solução controversa. 3 Sentenças aditivas e o ativismo judicial. 3.1 O ativismo judicial: Evolução Teórica e conceito. 3.2 Críticas ao ativismo judicial. 3.3 Elementos favoráveis ao ativismo judicial. 3.4 Limites à criatividade jurisprudencial e Ativismo judicial. Considerações Finais. Bibliografia

INTRODUÇÃO



função do Poder Judiciário é de aplicar as leis aos casos concretos, a fim de dar solução aos conflitos, eis que, essa competência, nos dias atuais, não é mais preponderante. A visão restritiva da atuação judicial, expressa por Montesquieu, que entendia que os juízes eram “seres inanimados”, restou definitivamente superada com o advento do fenômeno denominada por Manuel Gonçalves Ferreira Filho, de “politização do Judiciário” e “judicialização da política” .

Quanto às decisões de inconstitucionalidade, quando possuem um efeito aditivo ou substitutivo, somadas a uma norma devido a uma lei julgada parcialmente inconstitucional. Permitindo, em alguns casos, afetar do princípio da separação

dos poderes.

Conforme entendimento de NUNO PIÇARRA, a separação de poderes é um pressuposto institucional para a garantia dos direitos fundamentais, sem a qual estes mais não são do que meras declarações de intenção. Só perante tribunais independentes o indivíduo pode resistir às violações dos seus direitos por parte dos outros poderes do Estado. Pode, por isso, dizer-se que a decisão constitucional de garantia dos direitos fundamentais é, simultaneamente, uma decisão fundamental sobre a organização do poder político-estadual¹.

O Tribunal, dentro de sua competência, efetua a interpretação das normas, compreendida, muitas das vezes, como atividade criadora. Eis que, a grande questão suscitada é os limites desta atividade criadora, na “Era do ativismo judicial”².

A sua integral independência dos outros poderes, sendo essencial, não bastara, em qualquer caso, para obter o efeito equilibrante desejado. Se o campo de ação próprio e peculiar dos tribunais se resume na interpretação das leis, os juízes deverão considerar sempre a constituição como lei básica que, de fato é³.

Contudo, a doutrina não consente o isolamento das normas constitucionais em compartimentos fechados, destituídos de qualquer influência recíproca. Fosse assim, não se poderia falar em unidade ou mesmo em ordem constitucional. O que se afirma, em verdade é a interpretação da norma constitucional exigem devidamente sopesados os influxos ideológicos nela diretamente refletidos e, somente num segundo momento, deve ser a norma compatibilizada com os demais influxos re-

¹ PIÇARRA, Nuno, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra, 1989, p. 191.

² Expressão usada pelo jurista Paulo Adib Casseb. Cfr. CASSEB, Paulo Adib *O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal Brasileiro- casos concretos*, In: *As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes (coord.)*, Lisboa, AAFDL, 2009, p.119.

³ PIÇARRA, Nuno, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra, 1989, p. 203.

cepcionados pela Constituição. Com isto, preserva-se a essência da Constituição compromissória, evitando que o pluralismo de forças termine por ser desvirtuado e anulado, bem como assegura-se a manutenção da harmonia entre elas, prestigiando as opções fundamentais do Constituinte e o princípio da unidade constitucional⁴.

Cumpra observar que o Poder Judiciário, em sua atividade de realização do Direito, a partir da valoração da situação fática e do regramento posto pelo Legislativo, será responsável pela confecção da regra que rege o caso concreto. Nesse particular, é visível o aperfeiçoamento da doutrina positiva clássica, na qual o comando normativo era exaurido pelo legislador, após sopesar a realidade fenomênica, cabendo ao interprete, unicamente, a realização de uma operação de subsunção, sendo ínfima a liberdade de conformação, ainda que diretamente ao caso concreto. Atualmente, raras vozes que se insurgem contra a imprescindibilidade da atividade do interprete no papel de agente densificador do conteúdo normativo editado pelo legislador, máxime com a intensificação do uso de princípios jurídicos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que somente serão passíveis de individualização com a identificação dos valores que leis são subjacentes⁵.

Diante disso, pode-se constatar a que, cada vez mais, o Judiciário tem decidido questões políticas e invariavelmente, tem invadido o âmbito dos poderes executivo e legislativo. Tudo isso, como uma forma de combater a ineficiência dos demais poderes.

Logo, no presente trabalho, procuramos analisar a utilização das sentenças aditivas, não só como forma de superação

⁴ GARCIA, Emerson, *Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v.46 n.2, 2005, p.968.

⁵ GARCIA, Emerson, *Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v.46 n.2, 2005, p.980.

das omissões relativas, mas também como expressão de ativismo judicial.

Partindo dos conceitos básicos e conexos ao tema, buscamos responder aos diversos questionamentos acerca das sentenças com efeitos aditivos e por óbvio do ativismo judicial, tudo, sempre que possível, em um paralelo dos ordenamentos brasileiros e portugueses.

1. A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

1.1 AS OMISSÕES ABSOLUTAS E AS OMISSÕES RELATIVAS

Como o objeto de estudo é as omissões relativas, vamos apenas conceituar, sinteticamente e diferenciar as omissões absolutas, afim de não prejudicar o liame de conceitual do presente trabalho.

Blanco de Moraes entende que as omissões absolutas são aquelas que o legislador não produz, na totalidade ou em parte, um ato legislativo a cuja emissão se encontra obrigado para dar concretude a uma norma constitucional não exequível por si própria⁶.

As omissões absolutas podem ser classificadas em total e parcial, distinguindo-se por apenas um critério quantitativo. Tem-se uma omissão absoluta total sempre que o órgão legislativo se abster integralmente ao cumprimento do seu dever de legislar imposto pela Constituição, não produzindo nenhum ato legislativo. Já a omissão absoluta parcial, o legislador se abstém de apenas uma parcela do ato, sendo que, cumpre seu dever, só que não de maneira integral.

As omissões absolutas e omissões relativas não se confundem, Segundo definição de Blanco de Moraes, maior expoente do assunto, as omissões relativas ocorrem sempre que o

⁶ Blanco de Moraes, Carlos, *Justiça Constitucional*, T. II, 2005, p.457.

Legislador, ao aprovar uma disposição legal que regula uma dada “*facti-species*”, estabelece direitos, benefícios, deveres ou obrigações, para uma dada categoria ou grupo de pessoas, abstendo-se, todavia, de aplicar o mesmo regime a outra categoria ou grupo de destinatários que se posicione numa situação igual ou dotada de uma identidade juridicamente relevante. Logo, o silêncio normativo, é violador do princípio da igualdade, na medida em que cria discriminações injustificadas entre pessoas colocadas numa situação homóloga. Ainda acrescenta o autor, que podemos identificar a presença de omissões relativas sempre que o legislador exclua de um regime, que determine sacrifícios ou conceda benefícios, certa categoria de pessoas posicionada numa situação igual ou idêntica. Tal exclusão opera-se através de um silêncio omissivo e pode resultar tanto de uma não inclusão como de uma exclusão implícita⁷.

Quatro elementos caracterizadores das omissões relativas⁸, vejamos:

- 1) A violação do princípio da igualdade;
- 2) A existência de uma intervenção legislativa positiva, sendo a ofensa ao princípio comissiva e não omissiva;
- 3) A não inclusão ou exclusão implícita de certa categoria de pessoas do regime constante da lei em causa, o qual criando benefícios ou impondo sacrifícios os veda a certa categoria de pessoas colocada numa situação igual ou idêntica;
- 4) A presença de uma lacuna axiológica, resultante da discriminação infundada de um conjunto de indivíduos que informa a violação do princípio da igualdade e da Constituição.

Uma lei que concede um abono de família aos filhos

⁷ Blanco de Morais, Carlos, *Justiça Constitucional*, T. II, 2005, p.839-840.

⁸ MONTELOBO, Sofia, *A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle por ação, no sistema jurídico brasileiro, As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Morais (coord.)*, Lisboa, AAFDL, 2009, p.195.

dos casais constituídos em regime matrimonial, mas não prevê a extensão do regime aos filhos dos casais em regime de união de fato, seria um exemplo clássico de omissão relativa⁹.

Portanto, podemos concluir que, as omissões relativas podem ocorrer na concretização de qualquer norma constitucional, seja ela programática não exequível ou exequível por si mesma. No que tange as omissões absolutas, estas ocorrem somente nos casos de concretização de mandatos constitucionais- no caso de normas exequíveis- e bastará uma concretização incompleta da norma em causa. A Constituição é contrariada na medida em que a norma específica que institui o dever de legislar é desrespeitada, não sendo executada na sua totalidade e não por violação do princípio da igualdade.

1.2 A OMISSÃO RELATIVA E IMPLÍCITA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A omissão legislativa inconstitucional verifica-se sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade nas condições que estabelece o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem consequências mais ou menos adequadas¹⁰.

Em outras palavras, a omissão inconstitucional ocorre sempre que o legislador não cumpra ou cumpra defeitosamente imposições constitucionais. A omissão legislativa deve diferenciar-se da mera inércia do Legislador pela presença de um dever jurídico inerente à função legislativa¹¹.

⁹ MONTELOBO, Sofia, *A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle por ação, no sistema jurídico brasileiro, As sentenças intermédias da justiça constitucional* / Carlos Blanco de Moraes (coord.), Lisboa, AAFDL, 2009, p.195

¹⁰ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, T. VI 2001, p.272.

¹¹ MONTELOBO, Sofia, *A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle por ação, no sistema jurídico brasileiro, As sentenças intermédias da justiça constitucional* / Carlos Blanco de Moraes (co-

Para Blanco de Moraes¹², a omissão inconstitucional é uma abstenção de um órgão do Estado Coletividade em cumprir com deveres ou obrigações ativas que lhe sejam imperativamente determinados pela Constituição, sendo assim, ao abster-se de produzir o ato jurídico ao qual se encontre vinculado, o órgão viola um dever de atuação que o faz incorrer em inconstitucionalidade material por omissão¹³.

Não há divergência na doutrina sobre o sentido jurídico de omissão legislativa inconstitucional, logo, reproduz-se a concepção de que a omissão legislativa se distingue da mera inércia do legislador, que poderá ser ou não inconstitucional, pela presença de um efetivo dever de legislar. Nas situações de omissão legislativa, a decisão de emitir a norma em falta não se encontra na disponibilidade do legislador, pelo que, a sua inatividade resultará no incumprimento e violação da Lei Fundamental, numa violação do princípio da constitucionalidade.

Portanto, a título de exemplificação de omissões legislativas podemos referir as situações, hipotéticas, de não execução legislativa do estabelecimento e atualização do salário mínimo nacional (art. 59.º/2ª CRP); a não criação de um serviço nacional de saúde (art. 64.º/2ª CRP); ou o incumprimento da garantia de um ensino básico universal, obrigatório e gratuito (art. 74.º/2ª CRP)¹⁴.

As omissões relativas são determinadas pela violação implícita ao princípio da igualdade, sendo de suma importância a compreensão dos termos em que ocorre tal violação. Sendo

ord.), Lisboa, AAFDL, 2009, p.187.

¹² Blanco de Moraes, Carlos, *Justiça Constitucional*, T. II, 2005, p.456.

¹³ MONTELOBO, Sofia, A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle por ação, no sistema jurídico brasileiro, *As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes (coord.)*, Lisboa, AAFDL, 2009, p.187.

¹⁴ GOMES, Canotilho, apud MONTELOBO, Sofia, A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle por ação, no sistema jurídico brasileiro, *As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes (coord.)*, Lisboa, AAFDL, 2009, p.190.

assim, faremos uma análise do princípio da igualdade, de modo que possamos perceber e identificar as discriminações constantes das normas que contenham omissões relativas.

Iremos nos abster de uma investigação histórica, tendo em vista que, nosso objetivo é a compreensão das omissões relativas e da atribuição de sua retificação das sentenças aditivas.

A igualdade em sentido jurídico –formal surge e caracteriza o Estado liberal oitocentista e traduz-se, em sentido lato, na igualdade de todos os cidadãos perante a Lei. O art. 13.º/1 da CRP e o art. 5º da CRFB, mantêm esta amplitude do princípio da igualdade, afirmando que “todos são iguais perante a lei”. A igualdade funciona, nessa acepção, como igualdade na aplicação da Lei ou do Direito.

O conceito de igualdade perante a Lei, ainda presente nas Constituições portuguesa e brasileira, continua a ter o mesmo significado, continua a ser um mínimo que se impõe à observância de qualquer Estado de Direito enquanto exigência decorrente da igual dignidade de todos¹⁵, conforme é expresso no texto constitucional.

Todavia, é insuficiente, ao teor formal do princípio da igualdade. Uma aplicação cega da lei desconsidera que, mesmo que os direitos sejam os mesmos para todos, nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, pelo que, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas de movem¹⁶.

Assim sendo, à igualdade perante a Lei deverá associar-se a igualdade através da lei, devendo tratar-se por “igual o que é igual e desigual o que é desigual”.

Essa concepção de igualdade material sintetiza o Estado

¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, p.103.

¹⁶ Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, T. IV, 3.ª ed., 2000, p. 225.

Social e é imperativo para afastar as desigualdades de fato.

Eis que, a Constituição, portuguesa e brasileira, não se limita a declarar o princípio da igualdade, genericamente. Aplica-se, desde logo, a zonas mais sensíveis ou mais importantes, na perspectiva da sua ideia de Direito¹⁷. Uma dessas áreas é a dos direitos fundamentais, sejam eles direitos liberdades e garantias ou direitos econômicos, sociais e culturais.

Isto posto, conclui-se que, o princípio da igualdade não é capaz de, por si só, limitar a atuação do Legislador ou admitir, isoladamente, verificar o teor da norma que esta sendo criada. Não obstante, o mesmo não ocorre com as omissões relativas.

Neste caso, o Legislador, já atuou e há uma situação que exterioriza as suas opções e regula determinada matéria, ainda que padeça de uma inconstitucionalidade. Nestas situações, o número de soluções legislativas possíveis reduz-se, sobretudo quando se tratam de matérias em que operem imposições constitucionais. Por conseguinte, ao mesmo tempo nasce um dever de legislação, os parâmetros materiais em que este se move apertam-se, podendo chegar-se à situação extrema de haver uma única solução constitucionalmente possível¹⁸.

1.3 O CONTROLE DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Em se tratando de omissões inconstitucionais absolutas, as Constituições de Portugal e Brasil, estabelecem o mecanismo do controle direto da inconstitucionalidade por omissão. Nestes ordenamentos, o controle da constitucionalidade omissiva é abstrato, processado em ação específica, com eficácia

¹⁷ MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, T. IV, 2000, p.121.

¹⁸ MONTELOBO, Sofia, A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle por ação, no sistema jurídico brasileiro, As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes (coord.), Lisboa, AAFDL, 2009, p.203.

erga omnes e concentrado em um único órgão jurisdicional- no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal e no caso português, o Tribunal Constitucional.

A finalidade do processo de fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão é a censura a omissões legislativas inconstitucionais de normas constitucionais não exequíveis por si próprias. E, assim sendo, adverte Blanco de Moraes¹⁹, que o sistema não abrange as omissões relativas originadas das insuficiências de uma legislação incompleta violadora de direitos fundamentais instituídos ou assegurados por princípios e normas constitucionais exequíveis por si próprias ou com alcance autoaplicativo e que deverão ser reparadas em sede de controle de constitucionalidade por ação. Nessa fiscalização, após ser declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao órgão competente, para que adote as medidas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, sem, contudo estabelecer qualquer tipo de sanção. Verifica-se, assim, que a decisão de inconstitucionalidade por omissão é meramente declaratória, sem qualquer efeito vinculante, tendo em vista que o Tribunal não pode criar as normas em falta e nem se manifestar sobre a maneira em que a omissão legislativa pode ser superada. Como bem asseverou Revorio²⁰ ao analisar o instituto, se o legislador se vê obrigado a legislar, tal obrigação decorre diretamente do imperativo constitucional, e não da sentença, uma vez que essa pode provocar *ipso facto* o procedimento legislativo correspondente. Desta feita, podemos concluir que, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão constitui só um dos instrumentos, muita das vezes consideradas insatisfatório, a ser utilizado como meio de controle da omissão legislativa.

Deste modo, entendemos ser as sentenças aditivas solu-

¹⁹ BLANCO DE MORAIS, Carlos, *Justiça Constitucional*, T. II, 2011, p.496.

²⁰ Apud SÁ, Fátima, *Omissões Inconstitucionais e sentenças aditivas, As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes (coord.)*, Lisboa, AAFDL, 2009, p.426-427.

ção plausível ao problema das omissões relativas inconstitucionais.

2. DAS SENTENÇAS ADITIVAS

No que se refere às chamadas sentenças aditivas, de acordo com a doutrina de Carlos Blanco de Moraes²¹, estas surgem de modo a estabelecer ao Tribunal Constitucional um meio juridicamente eficaz no combate de possíveis omissões legislativas inconstitucionais.

Neste sentido, explica o professor supracitado que, de acordo com imposição jurídica de respeito aos princípios de aproveitamento dos atos, e principalmente, amparo aos princípios da segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade levaram a uns procedimentos de interpretação e arranjo da justiça Constitucional, designados tanto a declarar uma inconstitucionalidade, como também a corrigi-la na estrutura normativa. Sendo isso possível através da prolação de uma decisão aditiva²².

Ressalta, ainda, o autor, que em regra, o que dá ensejo à decisão aditiva, quando se objetiva impugnar omissões inconstitucionais do legislador, criadoras de desigualdades inadmissíveis ou quando se tenciona extinguir certas obrigações inaceitáveis e desproporcionais, a direitos e garantias fundamentais.

Desta feita, conclui-se que, quando for viável e que ocorra concomitantemente, seja julgada a inconstitucionalidade parcial de uma norma e reparado o vício por intermédio de uma espécie de fusão de elementos normativos, em regra, já devem estar presentes no ordenamento²³. *DE SENTENÇA DIT*

²¹ Blanco, As sentenças intermédias da Justiça constitucional p25-26.

²² Neste ponto o tribunal Constitucional afirmou-se como titular de um poder “corretivo” ou “reparador” “ad futurum” de deformidades e insuficiências das normas jurídicas afetadas pela inconstitucionalidade.

²³ *BLANCO DE MORAIS, As sentenças com efeitos aditivos, In As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes (co-*

2.1 CONCEITO

A sentença aditiva, em termos gerais, vem a ser uma decisão que, além de reconhecer a inconstitucionalidade de uma determinada norma, completa e ajusta-a conforme a interpretação da constituição. A partir deste conceito, podemos concluir que a sentença aditiva manipula a norma que reputa inconstitucional, por ser o seu teor insuficiente, expandindo o seu alcance. Em outras palavras, a sentença com efeitos aditivos amplia o seu âmbito de incidência da norma, com o escopo de torná-la constitucional.

Para prolatar a decisão aditiva o órgão fiscalizador da constitucionalidade age ativamente, visando, mormente, garantir a eficácia do princípio da igualdade.

Neste sentido, entendimento do professor JORGE MIRANDA²⁴:

I - Nas decisões aditivas (também ditas modificativas ou manipulativas) a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que a norma preceitua quanto naquilo que ela não preceitua; ou, por outras palavras, a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando, modifica) esse elemento que falta.

Uma lei, ao atribuir um direito ou uma vantagem (v. g., uma pensão) ou ao adstringir a um dever ou ônus (v. g. uma incompatibilidade), contempla certa categoria de pessoas e não preveem todas as que se encontrem na mesma situação, ou acolhe diferenciações infundadas. Que fazer: eliminar os preceitos que, qualitativa ou quantitativamente, violem o princípio da igualdade? Ou, pelo contrário, invocando os valores e interes-

ord.), AAFDL, Lisboa, 2009, p. 25-26.

²⁴ MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, 2008, T. VI. p. 88-89.

ses constitucionais que se projetam nessas situações, restabelecer a igualdade? Decisões aditivas são, em especial, as que adotam o segundo termo da alternativa.

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO²⁵, acerca do significado dessa espécie de decisão, leciona: Denominam-se sentenças aditivas aquelas em que a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade de uma disposição, na parte que não expressa determinada norma, que deveria conter para ser compatível com a Constituição.

Por via de regra, esse tipo de sentença decorre da aplicação do princípio da igualdade, naquelas situações em que alguma lei concede um benefício a certo grupo de pessoas, deixando de contemplar outros indivíduos que se encontram em igualdade de condições com os beneficiados. Nesses casos, a Corte declara inconstitucional a norma na parte que não confere o mesmo tratamento ao grupo por ela excluído. Como, por outro lado, essa parte da norma não existe, até porque não integra formalmente o texto – e o texto é o portador do significado, como adverte Ricoeur –, o que a Corte faz, em tese, é criar uma norma autônoma, que estende aos excluídos o benefício antes concedido apenas aos indivíduos expressamente contemplados no texto/norma objeto de julgamento.

Daí se dizer, continua Guastini, que nesses casos, em rigor, a Corte não declara a inconstitucionalidade do texto/norma que delimita o universo dos seus beneficiários – o que lhes cancelaria o benefício sem concedê-lo aos demais –, mas sim a de outra norma, implícita, extraída do texto com o argumento a contrario, ou seja, daquela norma que nega o mesmo direito a indivíduos merecedores de idêntico tratamento. Isso só é possível – arremata esse mestre italiano –, porque se entende que a anulação de uma norma que nega determinado direito implica a concessão do direito por ela negado.

²⁵ COELHO, Inocêncio Mártires, *Interpretação Constitucional*, 3.^a ed., Saraiva, São Paulo, 2007.

CARLOS BLANCO DE MORAIS²⁶ adverte que a expressão sentenças com efeitos aditivos é polissêmica, conceituando as sentenças aditivas em sentido estrito, nos seguintes termos:

Em regra, as sentenças em epígrafe consistem nas decisões de acolhimento que não só julgam a inconstitucionalidade parcial de uma disposição normativa, mas que também reparam imediatamente o silêncio gerador desse quadro de invalidez ou a lacuna criada pela própria componente restritiva da sentença, através da identificação de uma norma aplicável.

A ideia-força que emerge destas sentenças é a de que se trata de decisões que censuram normas parcialmente inconstitucionais, mas que têm a preocupação simultânea de reconstruir, de forma direta, o sentido da “*pars sana*” da disposição sindicada, orientando-a em conformidade com a Constituição²⁷. Ademais, pode-se dizer que a sentença aditiva é consequência do agir ativo do órgão que está a realizar a fiscalização da constitucionalidade²⁸ e é subespécie de decisão manipuladora, que, por sua vez, é espécie de interpretação conforme ou de adequação das leis à Constituição²⁹.

2.2 FUNÇÃO E UTILIDADE

Das definições já apresentadas compreende a função da sentença aditiva, qual seja adequar norma inconstitucional à interpretação da constituição, tornando-a compatível com esta, com o escopo de, assim, garantir a eficácia do princípio da igualdade.

²⁶ BLANCO DE MORAIS, Carlos, As sentenças com efeitos aditivos, In As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Morais (coord.), AAFDL, Lisboa, 2009, p. 33.

²⁷ BLANCO DE MORAIS, Carlos, Justiça Constitucional, 2005, T. II. p. 380-381.

²⁸ MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, 2008, T. VI. p. 89-90.

²⁹ COELHO, Inocêncio Mártires, Interpretação Constitucional, 3.^a ed., Saraiva, São Paulo, 2007.

Por sua vez, CARLOS BLANCO DE MORAIS³⁰ assinala que não apenas o princípio da igualdade é fundamento da utilização da sentença aditiva, senão vejamos:

Sem prejuízo dos valores protegidos que, de forma dominante, têm justificado a emissão desse tipo de sentenças, existem exemplos de sentenças aditivas de garantia e em menor grau de sentenças aditivas de prestação, que não se encontram fundadas apenas na salvaguarda do princípio da igualdade. Trata-se, contudo, de uma situação que surge mais frequentemente em fiscalização concreta.

Veja-se o já aqui citado Ac. n.º 251/95, o qual o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de uma norma, não só porque vedava o apoio judiciário aos estrangeiros e apátridas antes da concessão de asilo (princípio da igualdade), mas também porque violava, sem fundamento, a garantia do recurso contencioso contra o ato administrativo de recusa do pedido de asilo.

E, segundo esse doutrinador, a utilização das sentenças aditivas pode fundar-se em três ordens justificantes, a saber:

i) A necessidade de preencher a omissão relativa censurada pela componente ablativa da decisão de inconstitucionalidade, mediante a identificação da norma ou do segmento normativo em falta;

ii) A necessidade de integrar uma lacuna técnica gerada pelos próprios efeitos ablativos da decisão de inconstitucionalidade, atenta a impossibilidade ou inadequação de uma operação repristinatória e a necessidade de se evitarem prejuízos de ordem mais grave, resultantes da subsistência da mesma lacuna;

iii) A necessidade de reconstruir o sentido de um preceito afectado por uma decisão inconstitucionalidade parcial

³⁰ BLANCO DE MORAIS, Carlos, As sentenças com efeitos aditivos, In As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Morais (coord.), AAFDL, Lisboa, 2009, P.50.

que reprimiu uma norma inconstitucional compressiva de direitos ou de garantias fundamentais³¹.

Adiante CARLOS BLANCO DE MORAIS³² arremata, elencando outras quatro ordens justificantes:

1º Necessidade de concretizar a Constituição tendo em vista a reparação imediata de omissões e de lacunas cuja subsistência se revele ofensiva para a esfera dos direitos e garantias fundamentais [...]

2º Conservação relativa dos actos [...]

3º Preenchimento de vazios e lacunas técnicas e axiológicas mediante soluções integrativas lógicas ou critérios obrigatoriamente determinados pela Constituição [...]

4º Consolidação pela prática jurisprudencial [...]

Assim sendo, podemos concluir que, de acordo com as considerações acima,

a sentença aditiva é bastante eficiente ao ordenamento jurídico, eis que, declara uma norma inconstitucional ao mesmo tempo em que a retifica e adéqua-a minando possíveis lacunas e, por conseguinte evitando a perda de direitos.

2.3 CONFORMIDADE AO ORDENAMENTO JURÍDICO

No Direito brasileiro, conforme a Lei Federal 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, admite expressamente que tal órgão interprete consoante a Constituição.

O parágrafo único do artigo 28 da Lei declara que A

³¹ BLANCO DE MORAIS, Carlos, As sentenças com efeitos aditivos, In As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Morais (coord.), AAFDL, Lisboa, 2009, P.47.

³² BLANCO DE MORAIS, Carlos, As sentenças com efeitos aditivos, In As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Morais (coord.), AAFDL, Lisboa, 2009, P.61.

declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a 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 municipal³³.

Logo, pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que a referida Lei, autoriza que o Supremo Tribunal Federal utilize das decisões com efeitos aditivos.

O Tribunal Constitucional Português, também tem proferido decisões aditivas de relevante interesse, nascidas da própria dinâmica da sua atividade³⁴.

JORGE MIRANDA³⁵ entende que a referida espécie de decisão é absolutamente legítima: Embora reconhecendo a necessidade de divisas estreitas e de se não menosprezarem os condicionalismos financeiros à luz do postulado da reserva econômica do possível, não vemos como recusar esse tipo de decisões perante discriminações ou diferenciações infundadas, frente às quais a extensão do regime mais favorável se oferece, simultaneamente, como a decisão mais imediata para a sensibilidade coletiva e a mais próxima dos valores constitucionais. Há imperativos materiais que se sobrepõem a considerações orgânico-funcionais.

ELIVAL RAMOS³⁶, afirma que o uso de sentença ma-

33

<http://www.stf.jus.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=259>.

³⁴ MIRANDA, 2001, T. VI. p. 81.

³⁵ MIRANDA, 2001, T. VI. p. 81.

³⁶ (...) mediante operação concretizadora que pode ser assim descrita: (A) primeiro, se concentra o interprete-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 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 prescritivo que se harmoniza com a Constituição de-

nipulativo com efeitos aditivo pelo órgão de controle não extrapola suas funções jurisdicionais. Na verdade, se examina atentamente essa modalidade decisória, nela nada mais se faz do que adotar interpretação extensiva para o dispositivo impugnado, a partir de uma perspectiva sistêmica. CARLOS BLANCO DE MORAIS³⁷ adota uma posição de utilização contida das sentenças com efeitos aditivos, argumentando que estas podem suprir lacunas deixadas pelo legislador, tudo dentro dos limites constitucionais, vejamos: (...) Conceder ao juiz um livre e irrefreado poder interpretativo da Constituição objetivamente não diz, e ser, não a boca do “espírito da lei”, mas sim da sua própria ideologia e das suas convicções subjetivas erigidas a parâmetros constitucionais, constituiria um livre trânsito para a violação do princípio da separação de poderes e do princípio democrático-representativo.

E completa o autor³⁸, (...) “mesmo assim, existem margens de atuação da Justiça Constitucional que lhe permitem reparar a título imediato certo tipo de omissões lacunares que se revelem, instantaneamente, lesivas dos direitos dos cidadãos, bem como suprir determinado tipo de vazios criados pelas suas próprias decisões, podendo fazê-lo sempre que a perceptividade da Constituição o permitir”.

Já RUI MEDEIROS³⁹, defende a tese da admissibilidade

manda complementação, que não advém desse primeiro significado que lhe foi atribuído pelo interprete-aplicador; (C) na sequência, recorre-se ao pressuposto teórico da unidade do ordenamento e 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 ilegalmente retritivo ou o regime jurídico-legal a que se reporta esse regramento discriminatório, o que acaba redundando na preservação da lei controlada. Cfr. RAMOS, *Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos*, 2010, p.219-220.

³⁷ Blanco, *Justiça Constitucional, O direito do contencioso constitucional*, T. II, 2.^a ed., Coimbra, 2011, p.458-459.

³⁸ Blanco, *Justiça Constitucional, O direito do contencioso constitucional*, T. II, 2.^a ed., Coimbra, 2011, p.458-459.

³⁹ MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade*, 1999. p.511.

de excepcional das decisões modificativas, por entender que elas violentam o princípio da separação dos poderes: o recurso á decisão modificativa pode ser aplaudido por quem vê nela a única via razoavelmente rápida para adaptar aos valores constitucionais ordenamentos jurídicos inspirados em princípios distintos, mas violenta ao máximo o sistema de separação dos poderes, que é o próprio fundamento de toda a arquitetura constitucional. As decisões modificativas, pelo simples fato de permitirem através de diversos artifícios substituir a vontade do legislador por outra vontade, são suspeitas e perigosas e, embora não sejam sempre inconstitucionais, devem pelo menos ser limitadas na medida do possível.

Partilhamos do entendimento de JORGE MIRANDA⁴⁰, que ensina que as sentenças com efeitos aditivos não invadem a competência do legislativo, assim sendo, o órgão de fiscalização não se comporta aqui como legislador, pois que instaurado por outrem e vinculado aos critérios de interpretação e construção jurídica inerente à hermenêutica constitucional. E nem se invoque a contrário o art. 283^{o41} como sinal de preferência pelo legislador, portanto este preceito se reporta a normas constitucionais não exequíveis por si mesmas ou programáticas e as decisões aditivas (ou modificativas) pressupõem normas exequíveis e a eficácia destas depende do processo em que são emitidas.

O próprio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL brasileiro reconhece a legitimidade da sentença aditiva. Essa posição depreende-se, por exemplo, do julgamento do Mandado de Injunção 708 (Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008

⁴⁰ MIRANDA, 2001, T. VI. p. 82.

⁴¹ Cfr. art. 283: A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207), onde constou no Voto do Eminent Relator, o Ministro Gilmar Mendes:

As decisões referidas indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano⁴².

O eminente Ministro, Gilmar Ferreira Mendes⁴³, também é defensor da utilização das sentenças com efeitos aditivos pelo Supremo Tribunal Federal, que entende que, a eliminação ou fixação, pela Corte, de certos sentidos normativos do texto quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode se transformar numa decisão modificativa do sentido original do texto. Daí falar-se, muitas vezes, em decisões manipulativas de perfil aditivo.

Diante disso, o Ministro, negou provimento ao Recurso Extraordinário 405.579, por entender que a extensão do benefício fiscal à recorrida, por meio da interpretação conforme a constituição, em decisão de efeitos aditivos, seria a solução mais adequada, no ordenamento constitucional pátrio, para dirimir a controvérsia⁴⁴.

Tratava-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do TRF da 4ª Região que, com base no princípio da isonomia, estendera à empresa que trabalha com mercado de reposição de pneumáticos os efeitos do inc. X do § 1º do art. 5º da Lei n. 10.182/2001⁴⁵.

⁴² (Grifou-se), cfr. MENDES, *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional*, São Paulo, 2012, p. 119.

⁴³ MENDES, *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional*, São Paulo, 2012, p. 119.

⁴⁴ (Plenário, 17.10.2007, Informativo 484).

⁴⁵ Cfr. *Art. 5º O Imposto de Importação incidente na importação de partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos, acabados e semiacabados, e pneumáticos fica reduzido em (...) § 1º O disposto no caput aplica-se exclusivamente às importa-*

À primeira vista, explica GILMAR MENDES⁴⁶, a complexa questão seria facilmente resolvida com a declaração de inconstitucionalidade da expressão “incluídos os destinados ao mercado de reposição”, de modo que nem as montadoras e fabricantes, nem as demais importadoras, teriam direito ao benefício fiscal. No entanto, tal conclusão parece tão simples quanto equivocada.

É que tal solução acabava por retirar completamente o benefício do imposto de importação no mercado de reposição de peças e de pneus, a influir substancialmente no mercado originário de produção de veículos.

A declaração de inconstitucionalidade total da expressão, com eficácia *ex tunc*, resultaria, invariavelmente, em distorção na aplicação do sistema do imposto de importação concebido para a produção de veículos, visando a fortalecer a indústria automobilística. Ademais, tal distorção repercutiria na oferta dos produtos no mercado de reposição, como impacto relevante no equilíbrio do mercado, no consumo interno e na inflação.

Cabe destacar que, na espécie, a inconstitucionalidade não reside na outorga do benefício em si, mas na exclusão dos demais contribuintes não contemplados no dispositivo, a despeito de realizarem as mesmas atividades dos expressamente beneficiados.

Por isso, em voto-vista, sugeri que o Tribunal, ao enfrentar a inconstitucionalidade da regra do art. 5º, § 1º, inc. X, da Lei n. 10.182/2001 e do sistema normativo dele decorrente, encontrasse solução que preservasse os estímulos aos investi-

ções destinadas aos processos produtivos das empresas montadoras e dos fabricantes de (...)

X - autopeças, componentes, conjuntos e subconjuntos necessários à produção dos veículos listados nos incisos I a IX, incluídos os destinados ao mercado de reposição.

⁴⁶ MENDES, *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional*, São Paulo, 2012, p. 120.

mentos e à produção, pelo menos até a elaboração de novas regras para disciplinar a matéria⁴⁷. Diante do exposto, concluímos ser totalmente legítimo o uso das decisões com efeitos aditivos, nos ordenamento jurídico brasileiro e português.

2.4 SENTENÇAS ADITIVAS COMO SOLUÇÃO CONTROVERSA

As sentenças aditivas como meio de superação de omissões relativas ainda tem causado diversas polêmicas doutrinárias. Se um lado, a doutrina tem vindo a combatê-las ou a declará-las indispensáveis, por outro tem se gerado inúmeros conflitos entre diversos órgãos constitucionais⁴⁸.

Diversos doutrinadores constitucionalistas defendem um posicionamento favorável à emissão de sentenças aditivas como meio de impedir a omissão relativa definida, constitucionalmente inadmissível.

RUI MEDEIROS⁴⁹, afirma que as decisões modificativas trazem consigo o problema da admissibilidade de uma função jurisdicional paralela e substitutiva, que cabe constitucionalmente ao legislador. Para este autor, somente o Tribunal Constitucional desempenha a função de jurisdição: não é um legislador ou mesmo um superlegislador apócrifo. Considera, ainda, que independentemente do significado que a tese do legislador negativo assume no modelo de justiça constitucional de Kelsen e das objeções que podem ser dirigidas à sua visão da Constituição e do controle da constitucionalidade, a conten-

⁴⁷ MENDES, *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional*, São Paulo, 2012, p. 121.

⁴⁸ MONTELOBO, Sofia, *A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle por ação, no sistema jurídico brasileiro*, In: *As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes (coord.)*, Lisboa, AAFDL, 2009, p.249.

⁴⁹ MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica, Lisboa, 1999, p. 476-484.

ção do controle da constitucionalidade dentro dos limites do controle negativo é justificada pelo princípio democrático e pelo princípio da separação e interdependência de poderes.

JORGE PEREIRA DA SILVA⁵⁰, que não concorda com a possibilidade das sentenças aditivas no controle abstrato das normas. Argumenta pela admissibilidade das decisões aditivas, mas apenas enquanto instrumento utilizado pelos tribunais comuns para preencher as lacunas decorrentes do julgamento da inconstitucionalidade das normas implícitas denegatórias. Sendo assim, ao Tribunal Constitucional competiria apenas verificar, em concreto, a existência de omissões legislativas, julgando definitivamente a inconstitucionalidade das normas implícitas decorrentes.

O referido autor, ainda ressalva que, o postulante, em juízo, ataca a norma discriminatória e questiona a omissão legislativa resultante da não correção da igualdade violada e não a norma que favorece, servindo de fundamento para à sua pretensão. Sendo assim, os casos de omissão relativa deveriam ser, em tese, fiscalizados por vi de omissão, pois seria a pretensão formulada pelo particular que determinaria o caminho a ser percorrido.

A fiscalização concreta difusa da constitucionalidade entraria, de acordo com esse conceito, através da integração de lacunas resultantes das situações de omissão relativa, no campo das chamadas decisões aditivas⁵¹.

Não concordamos com estes posicionamentos no que se refere à lei que encerra uma omissão relativa definida, violando o princípio da isonomia.

Ressaltando que as omissões legislativas, inexistindo

⁵⁰ SILVA, Jorge Pereira, *Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas*, Universidade Católica, Lisboa, 2003, p. 210-224.

⁵¹ XAVIER, Tatiana, *A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro*, In: *As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes (coord.)*, Lisboa, AAFDL, 2009, p.383.

obrigação prévia de atuação normativa para tomar exequível alguma norma constitucional, o parâmetro para sustentar a inconstitucionalidade é composto pelos preceitos autoaplicáveis que determinam, ao legislador, a observância compulsória do princípio da isonomia⁵².

Concordamos com CARLOS BLANCO DE MORAIS⁵³, que defende o uso das sentenças aditivas como meio hábil a resolver a problemática da insegurança jurídica e morosidade no controle de constitucionalidade, desde que se defina o que é uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória.

3 SENTENÇAS ADITIVAS E O ATIVISMO JUDICIAL

A linha tênue entre uma sentença manipulativa aditiva, respeitosa do ordenamento positivo, e o ativismo judiciário pode ser dividida em dois aspectos fundamentais: o princípio ou a norma constitucional especificamente justificante deve gozar de plenitude de eficácia, 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 interpretação⁵⁴.

O ativismo judicial é alvo de muitas críticas pela doutrina, haja vista que, pode ser meio de subjugar o Poder Legis-

⁵² XAVIER, Tatiana, *A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro*, In: *As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes (coord.)*, Lisboa, AAFDL, 2009, p.383.

⁵³ BLANCO DE MORAIS, Carlos. RAMOS /Elival da Silva, *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional no Brasil e em Portugal- Insuficiência dos efeitos inter partes das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídica portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2012, P. 60.

⁵⁴ Ramos, Elival da Silva, *Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos*, São Paulo, 2010, p.219-220.

lativo e o Poder Executivo, “criando por liminar” políticas públicas sem a menor legitimidade política e institucional, que por si só é um risco incomensurável à democracia brasileira (exemplo de um juiz que determina um tratamento médico de alto custo no exterior a um único cidadão que recorre ao Poder judiciário., retirando verbas de outros setores da saúde (direito a saúde) no Brasil em qualquer instancia ocorre o ativismo⁵⁵ .

Enfim, a questão teórica dos limites de atuação dos tribunais em matérias políticas ainda não encontrou uma resposta totalmente satisfatória. A ausência de um paradigma teórico norteador empurra a questão, nos tribunais, para soluções pragmáticas; os tribunais avaliam, caso a caso, se devem ou não intervir, valendo-se de diversos artificios, como a distinção entre questões procedimentais (matters of procedure) e questões substanciais (matters of substance). Quando ostentam tendência interventora são acusados de ativismo judicial; quando preferencialmente tímidos, de autocontenção (self restraint).⁵⁶

3.1 O ATIVISMO JUDICIAL: EVOLUÇÃO TEÓRICA E CONCEITO

O surgimento do ativismo judicial deu-se no Direito norte americano, sendo que em um primeiro momento considerado de natureza conservadora e devido à atuação proativa da Suprema Corte acabou por justificar, tornando legítimos em termos jurídicos, a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v.*

⁵⁵ NETO, José Francisco Siqueira, *Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial: Desafios à Democracia Brasileira*, Direito Constitucional Contemporâneo, homenagem ao professor Michel Temer, Quatier latin, São Paulo, 2012, p. 202.

⁵⁶ SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de, *O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas*, Síntese, Porto alegre, 2004, p. 85.

Parrish, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontier*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973)⁵⁷.

Devemos ressaltar, no entanto, que especificamente no o caso *Marbury VS. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 1803, sendo este, historicamente, considerado precursor da noção de supremacia da Constituição sobre as leis e o primeiro a embasar a viabilidade de controle judicial a fim de resguardar a Lei Maior de normas desconformes. Sendo assim, um antecedente histórico dos sistemas de controle de constitucionalidade das leis construídos pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (e mais recente, pelos Tribunais Constitucionais Europeus (Alemanha e Itália)⁵⁸.

Logo, ainda que não exista vinculação determinada de causa e efeito entre o controle de constitucionalidade e o ativismo judicial, é indubitável que o desregramento ocasional praticado pelos magistrados na aplicação daquela doutrina foi precedente desta expressão, utilizada pela primeira vez em 1947, por Arthur M. Schlesinger Jr., na revista *fortune*⁵⁹. Con-

⁵⁷ BARROSO, Luiz Roberto, *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, Revista nº 04 da *Ordem dos Advogados do Brasil*, disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

⁵⁸ PEREIRA, Marcelo Caon, *O Ativismo Judicial e a Democracia*, Revista da FDUL, v. LII, n.º 1 e 2, Coimbra, 2001, p 305-352.

⁵⁹ *O artigo publicado por Arthur M. Schlesinger Jr em janeiro de 1947 fazia referência a Supreme Court Norte Americana (Presidida por Earl Warren entre 1954 e 1969. Cfr. ASCENSÃO RAMOS, Ativismo Judicial, 2008. Disponível em: http://www.verbojuridico.com/doutrina/2012/antonioramos_ativismojudicial.pdf.*

trapondo essa expressão ao termo *self restraint* (autoconção), o jornalista pretendia identificar um grupo de membros da Suprema Corte dos Estados Unidos da América que entendia que as suas decisões deveriam desempenhar um papel mais ativo no fomento do bem estar social, mesmo que elas eventualmente se separassem dos precedentes até então praticados e resultassem em certa restrição no âmbito de atuação dos poderes Executivo e Legislativo⁶⁰.

Na época, o teor progressista e avesso à ordem jurídica, econômica e jurídica, dessas decisões fez com que a expressão *ativismo judicial* fosse concebida com uma conotação negativa, assemelhada a um propósito inadequado do poder judicial, muito embora isso não impedisse que, nos quase vinte anos seguintes, sob a presidência de Earl Warren, a Suprema Corte prolatasse diversas sentenças dessa natureza, notadamente na área dos direitos fundamentais. A título de exemplo, podemos citar o caso da separação de crianças brancas e negras nas escolas americanas que foi declarado inconstitucional, assim como se entendeu que os direitos de intimidade do cidadão mereciam uma maior proteção contra os abusos de Estado. A esse período, contudo, seguiu-se um interregno de maior autoconção judicial, no qual as decisões da Suprema Corte voltaram a ser pautadas por certo conservadorismo e respeito às decisões políticas do Congresso e da Presidência, o que é normalmente notado até os dias atuais⁶¹.

No contexto europeu, o Tribunal Constitucional Alemão, embora tenha sido autor de diversas decisões inovadoras a partir da segunda metade do século passado, notadamente na área dos direitos fundamentais, poucas vezes foi considerado como *ativista*, ao menos no entendimento dos doutrinadores brasileiros. Visto que, mesmo sem restringir demasiadamente a

⁶⁰ PEREIRA, Marcelo Caon, *O Ativismo Judicial e a Democracia*, Revista da FDUL, v. LII, n.º 1 e 2, Coimbra, 2001, p 305-352..

⁶¹ PEREIRA, Marcelo Caon, *O Ativismo Judicial e a Democracia*, Revista da FDUL, v. LII, n.º 1 e 2, Coimbra, 2001, p 305-352.

sua atuação ou apresentar características bem fortes de conservadorismo, esse Tribunal quase sempre apresentou uma postura de não interferência na atuação do legislador, preocupando-se em mitigar o impacto político de suas decisões. Portanto, podemos perceber que o Tribunal Constitucional alemão ao longo da história é uma sutil conciliação entre certos níveis ativismo judicial e o respeito às demais estruturas de poder, sempre que a questão revelar-se demasiadamente política⁶²

O Tribunal Constitucional português se enquadra muito bem no contexto do Tribunal Alemão, incluindo o fato de que aquele é mais conhecido por se pautar quase sempre pela autocontenção judicial, sendo, em regra, raras as decisões que excedem os limites ordinários do controle de constitucionalidade. Ressaltando que, a nosso ver, apesar de certa timidez, vem mostrando uma tendência mais ativista. Notamos essa postura inovadora no contexto das decisões relativas ao bem estar social diante da crise econômica⁶³.

No tocante ao cenário jurisdicional brasileiro, o ativismo recentemente começou a angariar uma ampla dimensão. O Supremo Tribunal Federal, que há uns anos, praticava uma jurisprudência defensiva, baseada no *self restraint*, a partir de meados dos anos noventa do século passado, instituiu à uma sequência de decisões que, por apresentarem características adversas em competências originárias dos poderes legislativo e executivo, têm provocado polêmica. Seja dispensando a atuação do legislador ordinário e aplicando diretamente princípios e normas programáticas da Constituição, como nos casos da vedação do nepotismo (Ação declaratória de inconstitucionalidade n 12, j. 20 de agosto de 2008), na equiparação das uniões homoafetivas à união estável (Arguição de descumprimento de preceito fundamental n 132 j. 13 de maio de 2011) e nas deci-

⁶² LÍRIO DO VALLE, Vanise Regina, *Ativismo jurisdicional e o STF laboratório de análise jurisprudencial do STF*, p.28.

⁶³ Por ser um fato extremamente recente não há quase nenhuma bibliografia lusitana sobre o tema do ativismo.

sões sobre direito à saúde (exempl. Suspensão de tutela antecipada n 175 j 18 de setembro de 2009), seja declarando a inconstitucionalidade de normas com fundamento em critérios não muito rígidos, como no caso das cláusulas de barreira (Ação direta de inconstitucionalidade n 1351 e n 1354 j 07 de dezembro de 2006), os ministros desse tribunal vêm ocupando um espaço político cada vez maior e gerando uma expansão da jurisdição constitucional jamais vista antes no direito brasileiro⁶⁴.

Contudo, essa prática, que não é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, mas partilhada com um número significativo de juízes das instâncias inferiores que detêm o poder do controle difuso incidental de constitucionalidade, vem causando boa discussão na doutrina brasileira. Por ser fenômeno extremamente novo por aqui, não se sabe bem ao certo se o ativismo judicial será ou não proveitoso para a nossa recém-consolidada democracia, posto que, embora os resultados conseguidos até agora tenham sido, na generalidade, bons, sempre há o risco de enfraquecimento institucional dos poderes executivo e legislativo, para não falar nas possibilidades de decisionismo e na arbitrariedade judicial⁶⁵, nós seguimos o mesmo entendimento.

Posteriormente a análise das bases teóricas, poderemos decifrar o que vem a ser o ativismo judicial, ainda que, nunca tenha existido um significado único, tendo alguns autores proposto que atualmente o ativismo judicial é um conceito vazio.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 2009, p. 825.

⁶⁵ Quanto a isso, as lições históricas não dão resposta unívoca. Se os fatos mostram que, nos Estados Unidos da América, o ativismo judicial foi responsável, em certas épocas, por significativas evoluções sociais, também atestam que, na Alemanha e em boa parte da Europa, mudanças similares não dependem de atuações tão incisivas dos seus juízes, mas sim dos seus governantes. Por ora, talvez a única resposta conclusiva a respeito do tema é que ele possui momentos históricos de maior expansão e outros de retração, conforme a presença ou não de certos fatores que o catalisam. Cfr. PEREIRA, Marcelo Caon, *O Ativismo Judicial e a Democracia*, Revista da FDUL, v. LII, n.º 1 e 2, Coimbra, 2001, p 305-352.

Luiz Flávio Gomes⁶⁶ entende que, o ativismo judicial retrataria uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz "cria" uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem dos tratados, nem na Constituição.

Segundo Luís Roberto Barroso⁶⁷, a concepção de ativismo judicial está agregada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Todavia, vale ressaltar que ativismo judicial e judicialização da política são institutos distintos.

A judicialização tem relação com o direito de acesso a justiça concedido a todos, sem discriminação, em face de qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. Conforme explica

⁶⁶ É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa). Neste último caso o juiz chega a inovar ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa. Cfr. GOMES, Luiz Flávio, *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?* Revista online Jus Navigandi, acessível em <http://jus.com.br/revista/texto/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>.

⁶⁷ BARROSO, Luiz Roberto, *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil, disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

Luís Flávio Gomes, se a Constituição prevê um determinado direito e ela é interpretada no sentido de que esse direito seja garantido, para nós, isso não é ativismo judicial, sim, judicialização do direito, sendo o ativismo judicial muito mais amplo. Este ocorre quando o juiz inventa uma norma, quando cria um direito não contemplado de modo explícito em qualquer lugar, quando inova o ordenamento jurídico.

Luís Roberto Barroso⁶⁸ nos esclarece que, judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

O crescimento das decisões ativistas tem sido uma enorme transformação no mundo jurídico, nos particularmente, consideramos um avanço também, tudo, com algumas ressalvas, é claro.

Tudo isso, consequência da conjunção de vários fatores, esse chamado de “fenômeno mundial”⁶⁹ tem alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de *Westminster* –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a linha tênue que divide a política e justiça no mundo contemporâneo, o que evidencia que a criação e a interpretação são práticas conexas⁷⁰. Segundo Elival da Silva Ramos⁷¹, por ati-

⁶⁸ Cfr. BARROSO, Luiz Roberto, Revista Jurídica da Presidência, nº 96, Brasília, Vol. 12, Fev/Mai 2010 ISSN 1808-2807, p.7.

⁶⁹ Cfr. BARROSO, Luiz Roberto, Revista Jurídica da Presidência, nº 96, Brasília, Vol. 12, Fev/Mai 2010 ISSN 1808-2807, p.7.

⁷⁰ Os precedentes podem ser encontrados em países diversos e distantes entre si, como Canadá, Estados Unidos, Israel, Turquia, Hungria e Coreia, dentre muitos outros. Cfr. BARROSO, Luiz Roberto, Revista Jurídica da Presidência, nº 96, Brasília, Vol. 12, Fev/Mai 2010 ISSN 1808-2807, p.7.

⁷¹ RAMOS, Elival da Silva, Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos, S. Pau-

vismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade atípica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativo invadido por decisões excessivamente criativas. Para o renomado autor, a expressão “ativismo judicial” apresenta conotação tanto positiva como negativa, tudo a depender da perspectiva teórica de quem realiza a avaliação das decisões judiciais. Para os adeptos do literalismo e do originalismo toda a prática judiciária que não se filie ao interpretativismo é ativista, emprestando ao termo conotação negativa, que o contrapõe à democracia, ao Estado de Direito, à objetividade e segurança jurídica, ao pluralismo ideológico, dentre outros. Em sentido oposto, os defensores da *construction* (não interpretativismo) não veem o ativismo de forma negativa, na medida em que incorporam a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade ao conjunto das instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da criatividade jurisprudencial, como demonstrado pela Hermenêutica contemporânea.

Em sentido inverso ao ativismo, encontra-se outro instituto chamado de a autocontenção judicial (*judicial self restraint*), conforme já citado anteriormente, trata-se de uma conduta adotada pelo Judiciário a fim de restringir a sua interfe-

rência nas competências dos outros Poderes. Assim sendo, os magistrados de todas e quaisquer instâncias, abstêm em aplicar diretamente a Constituição em circunstâncias que não estejam na esfera de sua função. Para tanto, utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e evitam interferir no âmbito das políticas públicas.

Nas palavras de Stone⁷², “o poder dos tribunais de declarar uma lei inconstitucional está subordinado a dois princípios decisórios básicos, que nunca devem estar ausentes da consciência judicial. Um deles é o de que os tribunais apenas estão comprometidos com a aplicação das leis, não com a sua sabedoria. O outro é o de que, enquanto que a atuação inconstitucional dos outros poderes está sujeita ao controle judicial, o único controle que existe sobre o nosso próprio poder é o nosso sentido pessoal de autocontenção”.

À semelhança do que sucede com o conceito de “ativismo judicial”, o conceito (inverso) de “autocontenção judicial” também acolhe vários sentidos possíveis. Não obstante, no que se refere a este último, a diversidade de sentidos é bem mais limitada. Apesar disso, é porventura mais útil tecer algumas considerações sobre este fenômeno do que procurar uma definição do mesmo⁷³.

Neste sentido, LUÍS PEREIRA COUTINHO afirma: “(...) na verdade, tem sido por vezes preconizada uma contenção judicial nos casos em que um meio demonstradamente não necessário é, ainda assim, adequado à realização de um bem fundamental prevalecente. Sustenta-se com, efeito, que, neste último caso, “o juiz constitucional terá, pelo menos, de ponderar o que é preferível do ponto de vista da garantia de valores constitucionais: invalidar a medida excessiva, mesmo sabendo,

⁷² apud URBANO, Maria Benedita, *Curso de Justiça Constitucional: Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade*, Coimbra, 2012, p.23.

⁷³ Cfr. URBANO, Maria Benedita, *Curso de Justiça Constitucional: Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade*, Coimbra, 2012, p.25.

que dessa forma se anula, por um tempo, toda e qualquer possibilidade de prossecução necessária de um fim legítimo, ou, considerando a eficácia na realização de um fim que, apesar do seu caráter excessivo e, logo, da sua inconstitucionalidade, a medida em apreço de alguma forma garante, optar pela sua manutenção em vigor”⁷⁴.

Assim sendo, e antes de mais, diga-se que a autocontenção ou deferência judicial (*judicial self-restraint*) não significa, de modo algum, a defesa da tese dos juízes como meros autômatos que aplicam a lei de forma mecânica e neutral – concepção totalmente ultrapassada. Não significa, entretanto, a denúncia e recriminação em relação a uma aplicação mais criativa do direito por parte dos juízes. Significa sim, em termos gerais, que essa aplicação mais criativa se deve manter nos limites do razoável e aceitável, ou seja, ela não pode implicar uma usurpação de poder por parte dos juízes, uma invasão das funções e competências de outros poderes e correspondentes órgãos (basicamente, dos poderes legislativo e executivo, que cabem, respectivamente, ao parlamento e ao governo)⁷⁵.

De acordo com os defensores da autocontenção judicial, a atividade interpretativa, em particular no terreno constitucional, não deve servir para a criação de novo direito. Mais concretamente, a decisão judicial não deve substituir-se à decisão política legislativa adotada pela maioria democrática. Em suma, *a rule of Law* não pode nem deve ser substituída pela *Law of judges*. Conforme entendimento de Maria Benedita Urbano⁷⁶, o controle judicial das normas tem limitações definidas, que são a própria constituição escrita e a vontade do poder po-

⁷⁴ Cfr. COUTINHO, Luís Pereira *Sobre a Justificação das restrições aos direitos Fundamentais*, In *Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia*, v.1, Coimbra, Almedina, 2010, p. 557-574.

⁷⁵ Cfr. URBANO, Maria Benedita, *Curso de Justiça Constitucional: Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade*, Coimbra, 2012.

⁷⁶ Cfr. URBANO, Maria Benedita, *Curso de Justiça Constitucional: Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade*, Coimbra, 2012.

lítico democrático manifestado pelos órgãos de governo.

Assim sendo, compartilhamos da mesma crítica feita por Antonio Cortes⁷⁷, que os tribunais decidem com alguma frequência *para além da lei*, e, algumas vezes, *contra o teor expresso da norma legal*, criando, assim Direito.

É indubitável que o ativismo e conseqüentemente a autocontenção judicial estão permanentemente conexos ao princípio democrático e ao da separação dos poderes.

Conforme, argumenta Castanheira Neves⁷⁸, tanto as leis, como as sentenças devem ser resultado de procedimentos integrantes e imparciais que amplie a sua justiça e correção. O poder judicial, no âmbito da intervenção na esfera dos outros dois poderes do Estado, é por tendência um poder de *controlo crítico negativo, um poder de impedir*. Mais do que um poder em si, os tribunais devem ser, em face dos outros poderes, um contrapoder.

3.2 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

Argumentos contrários ao ativismo, conforme síntese de Maria Benedita Urbano⁷⁹,

- 1) A função dos juízes é a de interpretar e aplicar as normas existentes, cabendo ao executivo e ao legislativo as funções de fiscalização e criação de leis. Verificando assim, um desrespeito ao princípio da separação de poderes.
- 2) Os juízes devem efetivar as disposições normativas do legislador, nomeadamente dos parlamentos democraticamente eleitos, enquanto representantes do povo.

⁷⁷ Antonio Cortes apud BARROSO, Luís Roberto, obra citada, p. 10.

⁷⁸ NEVES, Castanheira, Da Jurisdição no atual Estado de Direito, Ab uno ad omnes – 75 Anos da Coimbra Editora, p. 225.

⁷⁹ Cfr. URBANO, Maria Benedita, *Curso de Justiça Constitucional: Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade*, Coimbra, Almedina, 2012, p.110.

- 3) A acumulação de todas as funções (legislativa, executiva e judicial) nas mãos dos juízes pode resultar no arbítrio.
- 4) As decisões judiciais não podem ser movidas por considerações de natureza política.
- 5) Os juízes não podem promover e impor as suas agendas política ou expressar as suas opiniões, crenças ou concepções de justiça (necessariamente pessoais e parciais).
- 6) Quando atuam como legisladores positivos, os juízes constitucionais forçam uma transferência de poder, dos parlamentos eleitos para os juízes não eleitos, que é claramente inconstitucional. Deste modo, trata-se de uma criação de direito não democrática.
- 7) Os juízes constitucionais não têm que prestar contas aos eleitores num ato eleitoral (como sucede com os representantes eleitos) e as normas por eles criadas não passam por um controle predeterminado.
- 8) Os juízes constitucionais, com o seu ativismo, geram incerteza no direito; ao criarem normas para o caso concreto tornam imprevisível o direito a aplicar. Pela mesma razão, não podem criar normas gerais que abranjam todas as situações que se venham a apresentar perante os tribunais.
- 9) As normas criadas pelos juízes constitucionais são normalmente retroativas, sendo elaboradas para resolver disputas jurídicas que ocorreram no passado. Deste modo, ao legislarem eles estão a desrespeitar o princípio do Estado de Direito.
- 10) Nem sempre é fácil aos juízes ter um juízo de valor exato das condições políticas, económicas e sociais de um país. Em consequência disso, também não estão em condições de avaliar o impacto social e económico das suas decisões.

- 11) A *Policymaking* judicial pode comprometer seriamente ou prejudicar de forma irremediável a independência, o prestígio e a neutralidade do poder judicial.
- 12) Ao criarem direito a partir de princípios gerais, ainda para mais nem sempre expressos no texto constitucional, os juízes não estão a atuar apenas como legisladores ordinários, mas, de igual forma, como constituintes. Eles acabam por modificar a constituição sem respeitar o respectivo processo de revisão.

Assim sendo, entendemos, de acordo com LUÍS ROBERTO BARROSO⁸⁰, que é dever de uma Constituição proteger valores e direitos fundamentais, e assim sendo, o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um *forum* de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas, acrescentamos aqui ter total cabimento no caso do Tribunal Constitucional português.

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo.

A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente⁸¹.

⁸⁰Cfr. BARROSO, Luiz Roberto, *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil, disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

⁸¹ Cfr. BARROSO, Luiz Roberto, *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade*

3.3 ELEMENTOS FAVORÁVEIS AO ATIVISMO JUDICIAL

A autora MARIA BENEDITA URBANO⁸², também enumera os argumentos favoráveis ao ativismo judicial, vejamos:

- 1) A passividade e a letargia dos outros poderes, em especial do legislador, que comprometem o governo. Não se pode invocar uma usurpação de funções por parte do poder judicial, haja em vista que este se limita a corrigir o fracasso do legislador em disciplinar determinadas matérias ou questões.
- 2) A necessidade de dar efetividade aos direitos fundamentais, em particular aos direitos sociais. Com isto, os juízes contribuem para a realização dos objetivos e valores constitucionais (como seja o da justiça social). O poder judicial encontra-se num ponto de igualdade com os outros poderes quando se trata de concretizar a constituição.
- 3) A assunção de um papel mais ativo por parte dos juízes constitucionais não tem como finalidade impor os seus próprios desejos e pontos de vista, antes visa dar eficácia à constituição e garantir a sua supremacia.
- 4) Os juízes, designadamente os juízes constitucionais, apenas procuram fazer aquilo que é certo.
- 5) A maior flexibilidade _ e, por conseguinte, a melhor adequação à realidade _ da legislação judicial por comparação com a legislação parlamentar.
- 6) A falta de legitimidade democrática dos juízes é compensada por outros valores e considerações, como seja a

Democrática, Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil, disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

⁸² Cfr. URBANO, Maria Benedita, *Curso de Justiça Constitucional: Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade*, Coimbra, Almedina, 2012.

sua autonomia profissional. Esta última – fomentadora da independência judicial – pode ser privilegiada em detrimento da *accountability* dos membros do poder judicial.

- 7) O fortalecimento do poder judicial deve ser visto como uma tentativa de libertar o governo das vicissitudes do processo democrático, mais especificamente das vontades do governo em funções ou do favoritismo dos grupos de interesse.

3.4 LIMITES À CRIATIVIDADE JURISPRUDENCIAL E ATIVISMO JUDICIAL

Entendemos que, diante das omissões do legislador, ou mesmo diante do vazio que produz a declaração de inconstitucionalidade, os instrumentos para solucioná-los podem ser variados, e a adoção das sentenças aditivas, embora não seja a única hipótese aplicável, constitui-se um dos mecanismos mais de acordo como os princípios da supremacia constitucional, controlando as omissões legislativas inconstitucionais, mediante decisões que permitem uma reparação imediata da constitucionalidade vulnerada. Neste passo, elas conservam o preceito legal cujo conteúdo é parcialmente inconstitucional, encontrando sua razão no princípio da conservação da lei e na interpretação da mesma conforme a Constituição.

Assim sendo, há de se levar em consideração a função que a Constituição desempenha no ordenamento, especificamente de seu caráter de supremacia e de sua função normativa, que se projeta sobre todo o ordenamento, subordinando a validade de todas as normas. Por outro lado, a interpretação conforme à Constituição, como instrumento situado no âmbito do controle de constitucionalidade decorre de ordem instituída aos juízes e que se refere à eficiência da atividade estatal⁸³.

⁸³ SÁ, Fátima, *Omissões Inconstitucionais e sentenças aditivas*, In:

Portanto, tem-se que a objeção feita à utilização das sentenças aditivas como uma indevida ingerência da função legislativa por parte do Poder Judiciário não tem razão de existir. E isso porque, ao contrário do legislativo, quando o Tribunal Constitucional profere uma sentença aditiva, ele não elabora uma norma jurídica, na acepção própria de seu conceito, mas apenas enuncia um segmento positivo da sentença que deriva, diretamente da lei, reconhecendo apenas uma solução constitucionalmente obrigatória, ou, não se trata de uma criação e sim de uma criatividade condicionada pelo fim de adequação da lei à Constituição⁸⁴.

Ressalta-se que não há que se falar, ainda, que, em ordenamentos como o brasileiro e o português, por exemplo, há uma preferência pelo legislador, quando as suas constituições instituíram expressamente a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. Uma vez que, em se tratando de omissão relativa, que não pode ser comparada com aquela chamada absoluta, está-se diante de uma lacuna dita axiológica presente em uma norma positiva e, por esse motivo, integrada pelo Tribunal, através de um juízo de inconstitucionalidade por ação. A fiscalização da constitucionalidade por ação tem a vantagem de, nem mesmo momento, tanto reconhecer a inadequação constitucional “daquilo que foi feito” como “daquilo que faltou fazer” “no ato normativo incompleto, violador do princípio da igualdade, enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão objetiva, basicamente, impugnar as omissões absolutas do legislador, que não podem ser integradas pelo Poder Judiciário e que, por isso mesmo, tem um valor meramente declarativo⁸⁵.

As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes (coord.), Lisboa, AAFDL, 2009, p.454.

⁸⁴ SÁ, Fátima, *Omissões Inconstitucionais e sentenças aditivas*, In: *As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes (coord.), Lisboa, AAFDL, 2009, p.455.*

⁸⁵ SÁ, Fátima, *Omissões Inconstitucionais e sentenças aditivas*, In: *As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes (co-*

É imprescindível, determinar os critérios e os indicadores em que se poderá apoiar o julgador e que se permitem determinar, com segurança, a existência de uma única solução possível constitucionalmente admissível.

Ademais, o juiz deve atender à normação expressa existente, isto é, à concretização Legislativa Já operada e ao método, forma e conteúdo que o Legislador escolheu para conformar determinada questão de Direito. Mais do que a lei em si, o juiz deverá atender aos textos introdutórios do diploma em causa, aos trabalhos preparatórios e às declarações de intenções que existam. Assim poderá tornar mais clara a vontade do Legislador e compreender as suas motivações e propósito político e, eventualmente, as razões da violação do princípio da igualdade⁸⁶.

Os mais determinantes critérios serão, todavia, os princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade, da segurança jurídica e proteção da confiança e do não retrocesso. Eis que, que a utilização concomitante destes princípios pelo magistrado, admite estabelecer limites quanto às alternativas legais que advém da interpretação da norma constitucional.

Quanto ao princípio da igualdade, como se sabe, não autoriza um controle de atuação do Legislador, de modo a efetivar e limitar a criatividade e a deliberação legislativa, ou seja, nas situações de dever de reposição da igualdade, poderão consubstanciar-se deveres de atuação legislativa relativos. Nestes casos, o número de soluções normativas possíveis reduz-se e, no caso das omissões relativas, poderá tornar-se possível aferir o sentido do segmento normativo em falta⁸⁷.

ord.), Lisboa, AAFDL, 2009, p.447.

⁸⁶ MONTELOBO, Sofia, *A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle por ação, no sistema jurídico brasileiro*, In: *As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes (coord.)*, Lisboa, AAFDL, 2009, p.303.

⁸⁷ MONTELOBO, Sofia, *A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle por ação, no sistema jurídico brasileiro*, In: *As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes*

O princípio da proporcionalidade é transversal a toda a atividade de juízo e a todo o exercício de controle. Permite valorar a relação de igualdade ou desigualdade, determinar as situações. Ao mesmo tempo, impede, na maioria das vezes, a restrição da efetivação normativa expressa já alcançada, uma vez que serão de tal forma devastadora os danos e as lesões dos particulares ou do próprio Estado, que se impõe a preservação de uma situação de vazio jurídico. Aqui intervém diretamente o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, que poderá, de igual modo, obstar à eliminação da regulação existente. A supressão de um direito ou prestação concebido não pode ser levada a cabo sem mais, serão alias raros os casos em que a vantagem atribuída pode ser anulada pelo Tribunal ou pelo Legislador. O fato de os cidadãos terem conformado a sua vida de acordo com a norma existente e de confiarem na sua legalidade e constitucionalidade e conseqüentemente manutenção na ordem jurídica, leva à formação de um direito de não retrocesso _ um direito adquirido_ que deverá ser tutelado. Logo, quando e sempre que as lesões causadas pela invalidação total da norma sejam mais gravosas que a manutenção de uma norma inconstitucional (por não ter sido ainda ou não poder ser reconstruída ou sanada a omissão relativa), o Tribunal Constitucional deverá limitar-se a impugnar o segmento normativo ideal contrário ao princípio da igualdade⁸⁸.

No tocante ao princípio do não retrocesso, este poderá obstar a que see reduza o nível de proteção existente, salvo a exceção de insuficiência econômica absoluta, em outras palavras, salvo no caso que ocorra a reserva do possível.

De acordo com CANOTILHO, o princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial

(coord.), Lisboa, AAFDL, 2009, p.304.

⁸⁸ MONTELOBO, Sofia, *A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle por ação, no sistema jurídico brasileiro*, In: *As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes* (coord.), Lisboa, AAFDL, 2009, p.304.

dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social capitado em termos ideológicos (...), mas de proteger direitos fundamentais sociais, sobretudo no seu núcleo essencial⁸⁹. Portanto, no caso de omissão relativa, o regime mais favorável consagrado poderá ter de ser estendido necessariamente aos sujeitos excluídos do âmbito de aplicação da norma.

Quando este critério valorativos e indicadores jurídicos não permitirem concluir pela existência de uma única solução constitucionalmente admissível, então o Tribunal deverá abster-se de emitir uma sentença aditiva em sentido estrito. Aí poderão conformar-se duas situações: O magistrado poderá prolatar uma sentença com efeitos aditivos ou optar pela invalidação total da norma.

No caso da sentença aditiva, quando um ou mais princípios constitucionais devam ser observados pelo Legislador, o Tribunal deverá, após impugnar a norma implícita, enunciá-los e concretizá-los, concebendo parâmetros de decisão. Assim se assegurarão as situações em que não seja possível proceder diretamente à sanação da omissão relativa, mantendo a tutela dos interesses e direitos dos particulares ao mesmo tempo que a liberdade de conformação ou decisão dos diversos operadores políticos e jurídicos.

Contudo, existem situações em que é torna-se inviável a uma decisão aditiva de princípio. Nestes casos poderá tornar-se possível, perante os princípios supracitados, ou mesmo neces-

⁸⁹ Apud MONTELOBO, Sofia, *A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle por ação, no sistema jurídico brasileiro*, In: *As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes (coord.)*, Lisboa, AAFDL, 2009, p.305.

sária a invalidação total da norma. Certos casos haverá em que, não estando em causa a execução de direitos sociais ou direitos liberdades e garantias poderá ser mais conforme aos princípios da igualdade e da proporcionalidade a invalidação total da norma e a criação de uma situação de maior pressão para agir sobre o legislador. De fato, a privação em causa para certos grupos de situações ou pessoas pode ser de tal modo grave, que não seja de tolerar a manutenção da norma existente ou a possibilidade de decurso de um largo hiato temporal até a intervenção corretiva do legislador⁹⁰.

Desta maneira, entendemos que pode ser atribuída aos Tribunais superiores, a competência de, diante de uma omissão relativa, anular a norma implícita e, concomitantemente, ser possível a imposição de atuação do legislador. Tudo, é claro, respeitando os princípios de justiça constitucional e dentro das devidas cautelas e critérios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência de omissões legislativas inconstitucionais e seus efeitos sobre os direitos constitucionalmente estabelecidos é uma das maiores preocupações do direito constitucional.

Isto posto, é necessário de se desenvolver vias que restringem a dimensão dos efeitos negativos dessas omissões aos cidadãos titulares de direitos estabelecidos na Lei Maior, através de técnicas de decisão que permitam suprir do ordenamento jurídico essa omissão, sem que com isso importe em distorcer a própria sistemática constitucional consagrada na Constituição, mas antes, como defesa de sua supremacia e do caráter normativo de todas as suas disposições.

Na aplicação dos mecanismos determinados a combater

⁹⁰ MONTELOBO, Sofia, *A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle por ação, no sistema jurídico brasileiro*, In: *As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes (coord.)*, Lisboa, AAFDL, 2009, p.306.

as omissões legislativas inconstitucionais deve, contudo, se perceber a natureza do vazio legislativo, ou seja, se trata de omissão absoluta ou relativa. Isso porque, o tratamento destas lacunas será de acordo com a sua particularidade. As omissões relativas contam com um número razoável de opções capazes de reduzir seus efeitos, como por exemplo, a utilização de sentenças aditivas, onde os Tribunais Constitucionais podem entender os efeitos da norma a situações e casos não previstos.

A causa deste tipo de decisão é estabelecida na necessidade de proteger o princípio da igualdade frente às omissões legislativas, nas hipóteses de diferenciação injustificada, onde dois objetos essencialmente iguais recebem do legislador um tratamento desigual.

O Tribunal Constitucional estendendo aos não favorecidos a vantagem concebida pela lei não realiza uma atividade discricionária ou invade a esfera legislativa, mas, ao contrário, dentro de seu âmbito funcional, torna efetiva a capacidade autoaplicativa das normas constitucionais, uma vez que, como órgão máximo de garantia da Constituição, compete-lhe complementar o processo de atuação dos princípios e fundamentos constitucionais para que a Constituição alcance de modo total o caráter normativo que lhe outorga efetividade.

Conclui-se que as sentenças aditivas já são uma realidade nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, o problema não se converge mais sobre a sua admissibilidade, e sim, sobre os limites analisados e não desconsiderar as consequências financeiras dessas decisões.

Entendemos serem as sentenças aditivas um meio legítimo para impedir as omissões legislativas contrárias à Constituição, pois, ao suprirem as lacunas axiológicas suscetíveis de lesar direitos e garantias fundamentais, principalmente os princípios da igualdade e da segurança jurídica, garantem a supremacia da Constituição.

Quanto ao ativismo judicial, entendemos que, este se

revela em método de dinâmico e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Contudo, acaba por ser uma atividade arriscada, uma vez que envolve a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.

É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas – como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental –, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la⁹¹.

A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa *jurídica*. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes. Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico⁹².

⁹¹ BARROSO, Luiz Roberto, *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil, disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

⁹² BARROSO, Luiz Roberto, *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil, disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.



BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO RAMOS, *Ativismo Judicial*, 2008, Disponível em:

http://www.verbojuridico.com/doutrina/2012/antonioramos_ativismojudicial.pdf.

BARROSO, Luiz Roberto, *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil, disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. RAMOS /Elival da Silva, *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional no Brasil e em Portugal- Insuficiência dos efeitos inter partes das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídica portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2012, P. 53-60.

_____, *Justiça Constitucional*, T. II, 2ª ed., Coimbra, 2011.

_____, *As sentenças com efeitos aditivos*, In *As sentenças intermédias da justiça constitucional* / Carlos Blanco de Moraes (coord.), AAFDL, Lisboa, 2009, p. 13-115.

CASSEB, Paulo Adib, *O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal Brasileiro- casos concretos*, In: *As sentenças intermédias da justiça constitucional* / Carlos Blanco de Moraes (coord.), Lisboa, AAFDL, 2009, p.117-163.

- COELHO, Inocêncio Mártires, *Interpretação Constitucional*, 3.^a ed., Saraiva, São Paulo 2007.
- COUTINHO, Luís Pereira, *Os Direitos sociais e a crise: algumas notas. Revista Direito e Política nº01. Outubro-Dezembro de 2012, p.74-81.*
- _____, *Sobre a Justificação das restrições aos direitos Fundamentais, In Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia*, v.1, Coimbra, Almedina, 2010, p. 557-574.
- _____, *A autoridade Moral da Constituição- Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional*, Coimbra, 2009.
- GARCIA, Emerson, *Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v.46 n.2, 2005, p.955-1003.
- GOMES, Luiz Flávio, *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?* Revista Jus Navigandi, 2009, disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>.
- LÍRIO DO VALLE, Vanise Regina, *Ativismo jurisdicional e o STF laboratório de análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal*, Curitiba, Juruá, 2009.
- LÍRIO DO VALE, Vanice Regina/TAVARES, Rodrigo de Souza/VIEIRA, José Ribas, *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*, 2008, Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/ia/15_639.pdf.
- MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica, Lisboa, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira, *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional*. 1.^a ed., Saraiva, São Paulo, 2012.

- MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*. 7.^a ed., Saraiva, São Paulo, 2009.
- MIRANDA Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra, 2001.
- _____, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.^a ed., Coimbra, 2001.
- MONTELOBO, Sofia, *A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle por ação, no sistema jurídico brasileiro*, In: *As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes (coord.)*, Lisboa, AAFDL, 2009, p.325-408.
- NETO, José Francisco Siqueira, *Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial: Desafios à Democracia Brasileira*, Direito Constitucional Contemporâneo, homenagem ao professor Michel Temer, Quatier latin, São Paulo, 2012, p. 202-225.
- NEVES, A. Castanheira, *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004.
- PEREIRA, Marcelo Caon, *O Ativismo Judicial e a Democracia*, Revista da FDUL, v. LII, n 1 e 2, Coimbra, 2001, p 305-352.
- PIÇARRA, Nuno, *O Princípio da Separação de Poderes e os Limites da competência do Parlamento face ao Governo na Jurisprudência Constitucional Portuguesa*- Estudos em homenagem ao professor Jorge Miranda, V. III,FDUL, Coimbra, 2012, p. 33-60.
- _____, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra, 1989.
- RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos*, 1.^a ed., Saraiva, São Paulo, 2010.

- SÁ, Fátima, *Omissões Inconstitucionais e sentenças aditivas*, In: *As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes (coord.)*, Lisboa, AAFDL, 2009, p.409-472.
- SILVA, Jorge Pereira, *Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas*, Universidade Católica, Lisboa, 2003.
- SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de, *O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas*, Síntese, Porto alegre, 2004.
- TAVARES, André Ramos, *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva. 7.^aed.,2009.
- URBANO, Maria Benedita, *Curso de Justiça Constitucional: Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade*, Coimbra, Almedina, 2012.
- XAVIER, Tatiana, *A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro*, In: *As sentenças intermédias da justiça constitucional / Carlos Blanco de Moraes (coord.)*, Lisboa, AAFDL, 2009, p.325-408.