

## LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E MODELOS DECISÓRIOS: REFLEXÕES SOBRE UMA PROPOSTA DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL

### DEMOCRATIC LEGITIMACY AND DECISION-MAKING MODELS: REFLECTIONS ON A PROPOSAL FOR A PRELIMINARY DRAFT CODE OF CONSTITUTIONAL PROCESS



**Carolina Fontes Vieira <sup>1</sup>**

O anteprojeto do código de processo constitucional prevê a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, proferir decisões construtivas, declarações de inconstitucionalidade por arrastamento, modular efeitos da declaração de constitucionalidade, bem como realizar apelos ao legislador, tal como já incorporado em sua praxis jurisprudencial. Ainda assim, suscitam controvérsias, em especial, as decisões aditivas e substitutivas, eis que nesses casos o STF atua como produtor de conteúdos normativos. Nesses casos pode haver impacto à legitimidade democrática da Suprema Corte, contribuindo para seu descrédito, eis que a produção de conteúdos normativos pode se sobrepor à atividade típica do poder legislativo.

<sup>1</sup> Juíza de Direito. Membro do Comitê de Saúde (COPAS), NUPEMEC e da Comissão de Igualdade e Gênero do TJPR. Diretora do Núcleo Curitiba da EMAP. Coordenadora de Direitos Humanos da EJUD. Professora da Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: cfvi@tjpr.jus.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9688701242513086>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9816-6732>.

Há situações, entretanto, que sem a produção de um certo conteúdo normativo restaria inviabilizada a missão de fazer valer o programa normativo constitucional. Propõe-se que as decisões construtivas não são necessariamente antidemocráticas, desde utilizadas de forma contida, no limite da imprescindibilidade à preservação da Constituição.

**Palavras-Chaves:** Jurisdição constitucional; Modelos de tomada de decisão; Legitimidade democrática.



**Ricardo Rachid de Oliveira**<sup>2</sup>

The draft of the constitutional procedure code provides for the possibility for the Federal Supreme Court, in the exercise of concentrated control of constitutionality, to issue constructive decisions, declarations of unconstitutionality by dragging, modulate the effects of the declaration of constitutionality, as well as make appeals to the legislator, such as already incorporated into its jurisprudential praxis. Even so, they raise controversies, in particular, the additive and substitutive decisions, since in these cases the STF acts as a producer of normative content. In these cases, there may be an impact on the democratic legitimacy of the Supreme Court, contributing to its disrepute, since the production of normative content can overlap with the typical activity of the legislative power. There are situations, however, in which without the production of a certain normative content, the mission of enforcing the constitutional normative program would remain unfeasible. It is proposed that constructive decisions are not necessarily anti-democratic, provided they are used in a contained manner, within the limits of indispensability for the preservation of the Constitution.

**Keywords:** Constitutional jurisdiction; Decision-making model; Democratic legitimacy.

<sup>2</sup> Juiz Federal. Juiz Auxiliar no Supremo Tribunal Federal (2013/2014 e 2015/2019). Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Universidade Federal do Paraná, das Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil) e da Escola da Magistratura do Estado do Paraná. E-mail: ricardo.rachid@uol.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9688701242513086>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2638-3041>.

## INTRODUÇÃO

O anteprojeto do código de processo constitucional, em seu artigo 40<sup>1</sup>, inova ao dispor sobre outras modalidades de decisões, além das daquelas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade expressamente indicadas no texto constitucional. Segundo o referido, artigo incumbe ao Supremo Tribunal Federal realizar a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, bem como, em sede de recurso extraordinário<sup>2</sup>,

[...] (i) proferir decisões redutivas, aditivas e substantivas, [...] (iii) apelar ao legislador, quando a decisão de inconstitucionalidade, diante do vazio legislativo, puder trazer prejuízo à segurança jurídica; (iv) decidir por arrastamento, quando o dispositivo, não expressamente impugnado, depender do declarado inconstitucional; e (v) modular os efeitos temporais da sua decisão em nome da segurança jurídica ou de excepcional interesse social<sup>3</sup>.

A partir da leitura do enunciado acima é necessário pontuar alguns esclarecimentos preliminares. Em primeiro lugar, é preciso elucidar que as modalidades de decisões de inconstitucionalidade, ao contrário do que prevê o texto, podem (e já são) aplicáveis às hipóteses de inconstitucionalidade abstrata e não apenas na modalidade de inconstitucionalidade detectada no controle concreto<sup>4</sup>.

Isso significa que a inconstitucionalidade por arrastamento, prevista no inciso IV, por exemplo,

embora seja uma construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – diante da ausência de positivação constitucional ou legal –, é uma modalidade hermenêutica que já vem sendo aplicada há décadas pela Corte. A teoria da inconstitucionalidade por arrastamento, também denominada de inconstitucionalidade consequencial, por atração, derivação ou reverberação normativa, constitui-se em técnica utilizada quando as normas apresentam conexão e interdependência entre si, de tal forma que a declaração de inconstitucionalidade de uma afetará o sistema normativo dependente dela.

Assim, como forma de viabilizar segurança jurídica e a integridade do ordenamento jurídico, o intérprete precisa analisar não apenas a compatibilidade da norma acoimada de inconstitucional como também daqueles dela dependentes – ainda que se possa argumentar eventual contradição com os princípios processuais da inércia e da congruência.

Em segundo lugar, quando o texto fala em “parlamento”, tem-se a utilização de um termo genérico – considerando a ausência de um sistema parlamentarista no Brasil – para se referir à atuação normativa tanto do poder legislativo quanto do poder executivo. Isto é, em que pese se atribua ao poder legislativo a missão constitucional de criar atos normativos que inovem a ordem jurídica, o texto constitucional brasileiro, além de ter atribuído um poder de agenda e de iniciativa legislativa consideravelmente abrangente ao poder executivo

<sup>1</sup> Em 23 de setembro de 2015 foi apresentado ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o anteprojeto do Código de Processo Constitucional brasileiro. No entanto, apenas no ano de 2020, mais especificamente no dia 24 de novembro, o presidente da Câmara dos Deputados instituiu uma comissão de juristas para elaborar um anteprojeto de lei que sistematize as normas de processo constitucional brasileiro. Importante consignar, desde já, que o presente trabalho não tem a pretensão de tratar sobre as vantagens e desvantagens de um código de processo constitucional.

<sup>2</sup> Embora não seja o tema da presente pesquisa, a análise de compatibilidade de lei ou ato normativo frente a Constituição, na maneira incidental ou concreta, ocorrerá por intermédio do recurso extraordinário, sobre esse tema e o impacto de análise dos filtros recursais, conferir: BARROSO, Luís Roberto; MONTEDÔNIO, Frederico. Como salvar a repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. //: BARROSO, Luís Roberto. Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

<sup>3</sup> Texto indicado no anteprojeto em caráter provisório com a seguinte redação: “40 – Além das decisões de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, assim como da interpretação conforme e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, poderá o Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário: I – proferir decisões redutivas, aditivas e substitutivas; II – suspender o julgamento e dar prazo para o Parlamento se pronunciar, fixando, desde logo, a data da sua retomada para a hipótese de inércia; III – apelar ao legislador, quando a decisão de inconstitucionalidade, diante do vazio legislativo, puder trazer prejuízo à segurança jurídica; IV – decidir por arrastamento, quando dispositivo, não expressamente impugnado, depender do declarado inconstitucional. V – modular os efeitos temporais da sua decisão em nome da segurança jurídica ou de excepcional interesse social”.

<sup>4</sup> O controle de constitucionalidade no sistema brasileiro é usualmente definido como misto, na medida em que congrega um sistema de controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato – modelo austríaco – e um sistema de controle de constitucionalidade difuso ou concreto – modelo americano. Além das nuances peculiares ao sistema brasileiro, ambos os modelos tratam, em apertada síntese, de uma análise de compatibilidade da lei ou do ato normativo frente à Constituição. A diferença entre os modelos diz respeito, dentre outras, a quem ou qual Órgão terá a competência para realizar essa atividade de verificação. No sistema difuso a apreciação de adequação entre a lei ou o ato normativo e a Constituição poderá ser realizada por todo e qualquer magistrado, independentemente da sua competência ou do seu rol de atribuições constitucionais. Já o controle de constitucionalidade abstrato poderá ser realizado com exclusividade pelos Tribunais de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, a depender de qual espécie de ato normativo se pretenda questionar, bem como a partir de qual parâmetro de constitucionalidade se discuta. Sendo assim, tem-se que a análise de compatibilidade entre a lei ou o ato normativo federal e estadual em relação à Constituição Federal incumbirá com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal. Já o exame de lei ou ato normativo estadual e municipal, tendo como parâmetro de constitucionalidade a Constituição Estadual, será de competência exclusiva do Plenário do Tribunal de Justiça, nos termos do art. 125 da CRFB. Dentro desse cenário, tem-se que o Supremo Tribunal Federal pode realizar ambas as formas de controle de constitucionalidade, na medida em que a Constituição viabilizou o exame de compatibilidade de forma exclusiva, em alguns casos, aos Ministros da Corte, bem como permitiu que chegassem a eles, por meio do recurso extraordinário, a compatibilidade de lei ou ato normativo que se revela imprescindível ao julgamento do caso concreto. Para repensar a existência de um sistema misto, conferir: JOBIM, Marco Félix. Controle difuso de constitucionalidade das leis: rumo cada vez mais ao sistema abstrato. (MARINONI; SARLET, 2019, p. 831 – 846).

(ABRANCHES, 2018), viabilizou ao Presidente da República também inovar a ordem jurídica.

Sendo assim, em alguns casos, poderá o Supremo Tribunal Federal suspender o julgamento fixando prazo para que o legislativo ou mesmo o executivo se manifestem. Ademais, quando o dispositivo em epígrafe fala que a Corte poderá apelar ao legislativo “quando a decisão de inconstitucionalidade, diante do vazio legislativo”, puder trazer prejuízo à segurança jurídica, deve-se compreender ambos os poderes, ou seja, incumbirá tanto ao executivo quanto ao legislativo a atuação normativa em prol da segurança jurídica, sem efetiva distinção, nesse ponto, entre eles. Tenha-se em conta, por exemplo, matérias cuja iniciativa legislativa seja privativa do Presidente da República (art. 61, §1º, CR/88).

Ainda nessa toada, o enunciado em questão traz importante contribuição ao diálogo entre os poderes, na medida em que propõe, conforme acima delineado, uma série de mecanismos para viabilizar a construção dialogada, ou mesmo para tentar extirpar a noção de que se possa outorgar a um único poder a palavra final sobre assuntos nucleares ou sensíveis a todos (MENDES, 2011). São as hipóteses previstas nos incisos II e III do enunciado acima transcrito, nos quais se reflete a preocupação em viabilizar não apenas uma construção democrática, mas também refletir se as decisões centrais sobre políticas públicas não deveriam ser verdadeiramente tomadas em fóruns mais responsivos perante o povo, como o parlamento e outros espaços mais amplos onde a opinião se forma (SCHAUER, 2004, p. 1.064 - 1.066).

Por fim, em relação às decisões de caráter interpretativo e, portanto, com um viés técnico-jurídico efetivo, a discussão que se propõe diz respeito à atuação do legislador, isto é, se a previsão na legislação de algumas modalidades decisórias contribui para afastar o voluntarismo decisional. Em outras palavras, será que a indicação de modelos ou tipos de decisão efetivamente contribui para se garantir uma atuação mais técnica à Corte e, dessa forma, afastar os eventuais déficits de legitimidade democrática da sua atuação? Ou se trata de mera indicação de um rol exemplificativo de decisões que podem ser tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade? É o que se propõe colocar à discussão, tendo como pilar a necessidade de construção e reforço à legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal (GLEZER, 2020).

## 1 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL OU À MODA BRASILEIRA: LIMITES

Em que pese a presente análise não ingresse na seara interpretativa<sup>5</sup>, ela parte do pressuposto de que uma Corte Constitucional realiza uma interpretação dos enunciados linguísticos presentes no texto de forma peculiar, seja porque as regras hermenêuticas aplicáveis no âmbito constitucional são distintas, seja porque os princípios aplicáveis à Constituição são diferentes daqueles hodiernamente conferidos aos magistrados na interpretação e aplicação da lei ao caso concreto<sup>6</sup>.

Tomando como pressuposto os limites acima, põe-se em debate a forma pela qual o Supremo Tribunal Federal, em especial nos últimos cinco anos, utiliza a interpretação constitucional não apenas como um caminho para extrair uma norma do texto/enunciado constitucional, mas, em grande parte, como um “jogo político” e, em que medida, esse embate político leva ao descrédito da própria instituição. Nessa linha, pôr os olhos em alguns julgados da Corte pode indicar um caminho elucidativo.

A primeira delas, e talvez a mais representativa, diz respeito à discussão sobre a possibilidade de executar-se a sentença penal condenatória assim que esgotada a jurisdição em segunda instância. Segundo o artigo 5º, inciso LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Os conceitos relacionados ao tema têm gerado profícuos debates e discussões nos últimos trinta anos. Aliás, o STF pronunciou-se mais de uma vez em direções opostas até mesmo com uma composição idêntica de ministros.

Durante o período de 1988 a 2009 vigorava a posição de que era constitucional a prisão após o julgamento em segunda instância até que uma decisão do plenário, no *Habeas Corpus* 84.078/MG, por sete votos a quatro, mudou o entendimento e passou a declarar a inconstitucionalidade dessa prática. No entanto, após mudanças legislativas operadas pelo Congresso Nacional em relação ao artigo 283, do Código de Processo Penal, o entendimento do Supremo Tribunal Federal foi alterado novamente para considerar essa prática constitucional quando se julgou o HC 126.292/SP no ano de 2016.

Novamente em abril de 2018 quando foi pautado o *habeas corpus* do (na época) ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, ocasião em que os ministros

<sup>5</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. *AJURIS*. Porto Alegre, v. 46, n. 146, jun., 2019; BLANCO MORAIS, Carlos. As sentenças com efeitos aditivos. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo; MONTEBOLLO, Sofia et al. As sentenças intermediárias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, p. 15-115, 2009; MEYER, Emílio Peluso Neder Meyer. *Decisão e jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São

Paulo: Saraiva, 2015; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte, 2014; STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

<sup>6</sup> Cf. GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácida, 2019.



reafirmaram a possibilidade de manutenção da prisão após o esgotamento da jurisdição em segunda instância, embora a Min. Rosa Weber tenha manifestado de forma expressa que, em sede de controle abstrato, poderia compreender a questão de forma diversa<sup>7</sup>. Na sequência, após ser pautado o caso e retirado de pauta na véspera do julgamento,

[...] em outubro de 2019, o caso foi novamente posto em pauta e julgado após quatro sessões de julgamento. Por seis votos a cinco, o tribunal reverteu sua Jurisprudência, declarando a inconstitucionalidade da prática da prisão em segunda instância (ASSIS, 2018).

Alguns temas ligados ao direito tributário também sofrem com a frequente oscilação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Veja-se, por exemplo, que em setembro do ano passado o Supremo assentou a constitucionalidade das contribuições ao Sebrae, à Apex e à ABDI ao fundamento de que o elenco da atual redação do artigo 149, §2º, III, deve ser lido com a tônica exemplificativa e não exaustiva, em contrariedade aos fundamentos jurídicos fixados pelo Tribunal, em 2013 (RE 559.937) sobre o mesmo tema de fundo (taxatividade do rol do art. 149 da Constituição<sup>8</sup>).

Esses exemplos, longe de pretender engessar a jurisprudência da Corte ou não admitir a mudança de entendimento ao longo do tempo, trazem uma importante reflexão. A alteração da posição firmada pelo tribunal ou mesmo a superação de um precedente<sup>9</sup> exige uma análise pontual e justificada com base em uma efetiva mudança fática e não como forma de adequar os interesses majoritários – políticos, sociais ou midiáticos – de alguns grupos ou de um paciente ou parte específica.

Essa mudança precisa refletir coerência e integridade com as decisões anteriores da Corte e com os elementos factuais e jurídicos que deram base à decisão anterior de tal forma a permitir que não apenas as partes, mas essencialmente todos possam compreender as razões pelas quais o tribunal alterou o seu posicionamento.

Afinal, é justamente essa atuação clara, transparente e coerente que permite aumentar o grau de confiabilidade do cidadão no poder judiciário, em especial em matérias sensíveis à grande parte da população. Vale dizer, diante da dificuldade atual de formação de coalizões entre o poder legislativo e executivo, do aumento da fragmentação partidária e da baixa governabilidade, grandes temas políticos deságuam no poder judiciário, o qual, diante dos princípios que o regem, tais como da inafastabilidade jurisdicional e segurança jurídica, não dispõe de alternativa senão a tomada de decisão.

Nessa linha, mesmo que se opte pelo uso das virtudes passivas de Bickel (1986) ou mesmo nas decisões minimalistas de Sunstein (1999; 2007, p. 15), ainda assim determinadas matérias continuam a ser levadas ao Supremo. Essa força, a qual vem sendo paulatinamente atribuída a quase todas as Cortes Constitucionais nas últimas décadas, se por um lado trouxe, em um primeiro momento, uma expansão na atuação e nos poderes da Corte<sup>10</sup>, por outro lado, pode vir a ter como externalidade negativa a sua possível fragilização e desmonte (GLEZER, 2020).

Logo, se levar decisões de cunho político ao poder judiciário, por intermédio de suas Cortes Constitucionais, é um fenômeno intrínseco ao desenho constitucional brasileiro, ou mesmo uma forma de garantir a hegemonia das elites políticas, econômicas e sociais (HIRSCHL, 2020), o que importa, na afirmação de Ran Hirshel, uma suposta adoção de uma juristocracia, deve-se ter a devida cautela para que as referidas decisões sejam fruto de uma efetiva ponderação técnica, jurídica e adequadamente fundamentada com os “capítulos anteriores do romance”<sup>11</sup> ao invés de um solipsismo voluntarista (SCHLANSKI; SITO, 2017).

Assim, retomando a discussão proposta, na qual se pondera quais são os limites para as decisões construtivas indicadas no primeiro item do artigo em debate e como viabilizar que a sua utilização deixe de ser compreendida como um instrumento de atuação meramente política da Corte, para ser visualizada como um efetivo mecanismo de interpretação, passa-se a pensar sobre essas modalidades decisórias.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152752/PR. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso em: 22 de mai.2022. Conferir, ainda: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministra-rosa-weber.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2022.

<sup>8</sup> Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3774549>. Acesso em: 22 de maio de 2022.

<sup>9</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>10</sup> Para uma análise da expansão do poder judiciário com viés sociológico, conferir: “quanto às razões sociológicas para a ampliação da importância do poder judiciário, encontram-se a nova sociedade pluralista, o novo perfil do julgador e a juridicização da sociedade”. – (LAZZARIN, 2020, p. 200). Para uma análise normativa sobre o poder judiciário, conferir:

BARBOSA, Leon Victor Q.; CARVALHO, Ernani. O Supremo Tribunal Federal como a rainha do jogo de xadrez: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil. Revista de Sociologia e Política, v. 28, 2020; MAGALHÃES, Rebecca; CARVALHO, Ernani. Há um desenho institucional favorável à independência judiciária? Um panorama das constituições vigentes na América Latina. Revista Debates, v. 8, n. 3, 2014.

<sup>11</sup> “Defende-se aqui a utilização da ideia do “romance em cadeia” e do “direito como integridade” de Dworkin, para que o Supremo Tribunal Federal passe a proferir suas decisões como se estivesse a escrever capítulos de um romance, com coerência em relação ao capítulo anterior e permitindo que o romance ainda continue a ser escrito por outras decisões (capítulos) no futuro, de modo que haja não só uma continuidade do processo decisório no tempo, devendo ser coerente não apenas às decisões do passado, mas também às normas e principalmente aos princípios erigidos pela comunidade política”. – (BARBOZA, 2014).

## 2 DECISÕES CONSTRUTIVAS: MÉTODO INTERPRETATIVO OU MANIPULAÇÃO?

O conceito de decisões manipulativas, também denominadas de normativas, tem sua origem na doutrina e jurisprudência italiana, em especial na doutrina de Riccardo Guastini (2019). Segundo o autor, as decisões manipulativas são aquelas perpetradas pela jurisdição constitucional com vistas a modificar ou aditar as normas submetidas à sua apreciação de forma a adequar o seu conteúdo ao texto constitucional<sup>12</sup>.

Elas normalmente se diferenciam, como bem pontua o anteprojeto, em decisões redutivas, aditivas e substitutivas, embora não haja uniformidade na classificação (BARROSO; MELLO, 2019). As decisões redutivas são aquelas que, segundo parte da doutrina, mais se aproximariam à declaração de inconstitucionalidade parcial com ou sem redução de texto e dizem respeito às decisões que reconhecem um excesso legislativo e, por isso, promovem a supressão de algum elemento na norma. Já as aditivas têm cabimento quando textos normativos são considerados inconstitucionais diante do que deixaram de incluir em seu programa, razão pela qual se adiciona ou se acrescenta o conteúdo que faltava à norma para que ela, então, passe a ser considerada constitucional.

É o caso, por exemplo, da decisão levada ao plenário virtual que referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Edson Fachin na ADI 6327 "a fim de conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 392, § 1º, da CLT, assim como ao artigo 71 da Lei nº 8.213/91 e, por arrastamento, ao artigo 93 do seu Regulamento (Decreto nº 3.048/99), e assim assentar (com fundamento no bloco constitucional e convencional de normas protetivas constante das razões sistemáticas antes explicitadas) a necessidade de prorrogar o benefício, bem como considerar como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, quando o período de internação exceder as duas semanas previstas no art. 392, § 2º, da CLT, e no art. 93, § 3º, do Decreto nº 3.048/99" (ADI 6327-MC-Ref, Rel. Min. Edson Fachin)<sup>13</sup>.

Da mesma forma, na ADI relativa à possibilidade de interrupção da gestação do feto anencefálico colocou-se em debate se eventual interrupção configuraria ou não crime, uma vez que o artigo 128 do Código Penal não abrangia essa hipótese como uma das excludentes de ilicitude. A Corte acabou

por ampliar ou aditar a interpretação dada ao dispositivo legal como forma de adequá-lo à Constituição, abarcando também a possibilidade de interrupção da gestação em caso de anencefalia<sup>14</sup>.

Já as decisões substitutivas são aquelas em que a Corte declara a inconstitucionalidade "de um preceito na parte em que expressa certa norma em lugar de outra, substancialmente distinta, que dele deveria constar para que fosse compatível com a Constituição. Atuando dessa forma, a Corte não apenas anula a norma impugnada, como também a substitui por outra, essencialmente diferente, criada pelo próprio tribunal, o que implica a produção heterônoma de atos legislativos ou de um direito judicial." (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 148).

É o caso da decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADI 4.424/DF, sobre a incidência dos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006 ao assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de lesão corporal, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, ao contrário do que expressamente afirmava o dispositivo. Segundo a referida decisão:

Consigno, mais uma vez, que o Tribunal, no julgamento do Habeas Corpus nº106.212/MS, declarou a constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 no que afasta a aplicação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 – Lei dos Juizados Especiais –, relativamente aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista para o tipo. E, no tocante aos crimes de lesão leve e de lesão culposa, a natureza condicionada da ação penal foi introduzida pelo artigo 88 da Lei nº 9.099/95. Logo, a declaração, como já ocorreu, da constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a estampar a não incidência da citada lei, afasta a previsão de que a ação relativa ao crime do artigo 129 do Código Penal é pública condicionada, mas, já agora em processo objetivo – cuja decisão irradia-se extramuros processuais –, para expungir quaisquer dúvidas, resta emprestar interpretação conforme à Carta da República aos artigos 12, inciso I, e 16 da Lei nº 11.340/2006, para assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão dessa última.<sup>15</sup>

Em que pese o largo uso dessas modalidades decisórias, elas não estão isentas de problemas ou mesmo do debate sobre a sua viabilidade democrática (SAGUÉS, 2019, p. 1273 – 1289). No caso das decisões aditivas, o grande problema diz respeito ao limite de

<sup>12</sup> Na definição de Luís Roberto Barroso e Patrícia Mello: "Trata-se de técnica de decisão por meio da qual o intérprete introduz novos conteúdos na norma, que não poderiam ser extraídos diretamente do seu programa normativo, a fim de compatibilizá-la com a Constituição". – (BARROSO; MELLO, 2019).

<sup>13</sup> Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classe=NumeroIncidente=%22ADI%206327%22&base=acordaos&sinonimo=true>

&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\_score&sortBy=desc&isAdvanc ed=true. Acesso em: 30 de maio de 2022.

<sup>14</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

<sup>15</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em: 22 de maio de 2022.

atuação da jurisdição, ou seja, quando a Corte passa a atuar como legislador positivo, substituindo-se aos poderes políticos e quando atua nos limites atribuídos à jurisdição. Segundo Luís Roberto Barroso e Patrícia Mello:

Embora haja importantes controvérsias quanto à utilização de decisões aditivas em sentido estrito, pode-se afirmar que elas têm melhor aceitação quando é possível demonstrar argumentativamente que a superação da omissão relativa só poderia ocorrer de uma única forma obrigatória à luz da Constituição (soluzione a rime obbligate) ou, ainda, quando, mesmo que possível, em tese, a solução por mais de uma forma, as alternativas não eleitas pela Corte Constitucional seriam: (i) inverossímeis, (ii) incompatíveis com o próprio regime estabelecido pelo legislador, (iii) menos compatíveis com princípios constitucionais sob uma perspectiva sistêmica ou (iv) desproporcionais (inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito) (BARROSO; MELLO, 2019, p. 19).

Tal como as decisões aditivas, as substitutivas estão ainda mais sujeitas à crítica doutrinária, na medida em que supostamente ofenderiam o princípio democrático, a separação dos poderes, o equilíbrio orçamentário e, ainda segundo alguns, argumentos consequencialistas, ao conferir ao judiciário o poder de manipular o conteúdo das leis submetidas ao controle de constitucionalidade.

Trata-se de uma crítica que se baseia, em grande parte, na ideia de que os Tribunais Constitucionais devem se portar como legisladores negativos, diante do fato de que os seus membros não foram eleitos pelo povo por meio do voto periódico e responsivo<sup>16</sup>. Essa crítica, embora seja desenvolvida por grande parte da doutrina como um dos possíveis efeitos adversos do controle de constitucionalidade (BINEMBOJM, 2004), não impedem, ao menos num primeiro olhar, a realização de decisões construtivas.

Devidamente demonstrado, conforme alhures indicado, que o preenchimento da omissão parcial seria a única interpretação constitucional possível, bem como que a interpretação aditiva permite uma maior unidade da legislação perante a Constituição, não há como se afirmar – de forma peremptória – que há uma quebra dos valores democráticos. Da mesma forma, não há uma necessária violação da separação de poderes sempre que a Corte profere uma decisão normativa, eis que, embora não caiba ao Judiciário a elaboração de um

ato normativo geral e abstrato – como é típico ao poder legislativo – incumbe ao poder judiciário explicitar o conteúdo dos enunciados linguísticos, seja para aclarar o seu conteúdo seja para extrair do texto a norma aplicável ao caso. Assim, dentro dessa medida, e respeitando o programa normativo proposto, há sim a criação e edificação de um direito pelo judiciário.

Trata-se, portanto, de uma tensão entre a legislatura e as Cortes que deve ser vista com a devida acuidade e ponderação, na medida em que negar por completo a admissibilidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos ou substitutivos seria conceder uma supremacia à legislação (WALDRON, 2004), sem se preocupar com a necessidade de adequação do sistema normativo à lei fundamental. Por outro lado, o uso desmedido das decisões manipulativas, sem a observância à técnica hermenêutica e à devida justificação argumentativa parece contribuir não apenas para a crise de legitimidade<sup>17</sup> da Corte Constitucional como, adversariamente, ao seu possível desmonte.

## CONCLUSÃO

No fim, mais do que métodos interpretativos previstos no inciso 40, a possibilidade de decisões construtivas deve vir acompanhada da necessária justificação, coerência e respeito à integridade do Direito, na medida em que as decisões construtivas ou normativas devem servir para viabilizar a adequação da norma sub judice ao sistema jurídico-constitucional. Eventuais decisões que não venham permeadas com esse intuito, mas que sejam apenas um mecanismo para encobrir o arbítrio do intérprete ou a propulsão de interesses particulares ou escusos não se coadunam com os princípios e fundamentos do atual Estado Democrático de Direito.

Nessa ótica, retomando a reflexão inicial proposta, no artigo 40, ao explicitar algumas modalidades ou caminhos ao hermeneuta, ainda que de cunho meramente exemplificativo, permite adequar os termos da lei ou ato normativo à Constituição. Para tanto, deve-se ter em mente alguns pressupostos. O primeiro deles é que as decisões construtivas de caráter aditivo devem ser utilizadas "quando for possível demonstrar, argumentativamente, a existência de uma única solução constitucional para o preenchimento da omissão parcial" (BARROS; MELLO, 2019, p. 25).

<sup>16</sup> Em crítica a essa afirmação está a posição delineada pelo Prof. J.J. Gomes Canotilho (2003).

<sup>17</sup> Não é possível desconhecer o argumento desenvolvido por Vanberg, quando afirma que a legitimidade judicial também depende do poder atribuído aos demais agentes políticos a ele, bem como do apoio popular efetivamente recebido em temas polêmicos. Vale dizer, quando Vanberg afirma que existem dois pontos de edificação da autoridade judicial, conforme alhures indicado, ele assevera que (i) o apoio à autoridade judiciária ocorre "quando executivos e legisladores obtêm benefícios

diretos ou indiretos da presença de um judiciário influente (explicações endógenas)"; da mesma forma "(ii) o amplo apoio dos cidadãos à independência judicial pode tornar os ataques à autonomia judicial onerosos para outros formuladores de políticas e fornecer um escudo para o judiciário (explicações exógenas)". O autor ainda afirma que ambos os mecanismos podem ser "complementados pelo comportamento estratégico dos juízes, que exercem seu poder de forma a construir e manter sua autoridade. – (VANBERG, 2015, p. 182).

Nas decisões substitutivas, quando o vácuo normativo gravíssimo é produzido pela declaração de inconstitucionalidade da norma, pode ser justificável que o próprio tribunal supra a norma faltante, ainda que haja mais de uma alternativa constitucionalmente válida, desde que respeitado o seguinte exame tripartido:

[...] i) a não intervenção criativa da Corte agravaria a inconstitucionalidade; ii) inexistência de movimentação congressual consistente de adotar nova normativa sobre a matéria; iii) as normas produzidas correspondem ao mínimo de criatividade possível (GONÇALVES, 2016, p. 317).

Em ambas as formas de decisão deve-se ter em mente que ainda que as decisões de cunho minimalista possam ter efeitos negativos no sistema jurídico, como indica Rodrigo Brandão, elas ainda podem ser uma boa alternativa quando o Supremo Tribunal Federal se depara com questões políticas importantes ou mesmo diante dos chamados "desacordos morais razoáveis" como forma de alcançar ou reforçar a noção de diálogo constitucional. Nessa lógica, as decisões construtivas podem ser um mecanismo de manutenção da integridade e coerência do sistema, mas não podem ultrapassar os limites do respeito aos contornos institucionais específicos de cada um dos poderes.

Em outras palavras, o emprego dessas modalidades ou técnicas decisórias parece ser inevitável na medida em que durante o processo de interpretação sempre há alguma forma de construção da norma pelo intérprete, em especial nos juízos de controle de constitucionalidade, nos quais as questões não se centram na existência ou não de um juízo de atuação criativa (legislativa), mas nos limites dessa atuação no exercício de compatibilidade da norma à Constituição. Os limites, conforme repisado alhures, dizem respeito mais a uma atuação de um intérprete comprometido com as balizas democráticas e com o compromisso normativo constitucional do que a denominação que se atribua à atividade em si de extração das normas dos enunciados linguísticos.

Como bem ressalta José Joaquim Gomes Canotilho:

[...] uma constituição pode ser flexível sem deixar de ser firme. A necessidade de uma permanente adequação dialéctica entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição (CANOTILHO, 2003, p. 1229).

É o que se pretende ver, como diria Rubens Glezer, dentro das quatro linhas do campo (GLEZER, 2020).

## REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalização: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência: entre a autovinculação e a revogação de precedentes. *Revista de informação legislativa*, v. 55, n. 217, p. 135 – 156, jan./mar. 2018.

BARBOSA, Leon Victor Q.; CARVALHO, Ernani. O Supremo Tribunal Federal como a rainha do jogo de xadrez: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, v. 28, 2020.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177 – 207, abr./jun. 2014.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, jun./ 2019.

BARROSO, Luís Roberto; MONTEÔNIO, Frederico. Como salvar a repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. *In*: BARROSO, Luís Roberto. *Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BICKEL, Alexander. *The Last Dangerous Branch*, *New Haven and London: Yale University Press*, 1986.

BINEMBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BLANCO MORAIS, Carlos. As sentenças com efeitos aditivos. *In*: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, p. 15 – 115, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.



FALLON JR., Richard H. *The Core Of An Uneasy Case For Judicial Review*. Disponível em: [https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/11222677/fallon\\_judicialreview.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/11222677/fallon_judicialreview.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 20 abr. 2022.

GLEZER, Rubens. *Catimba constitucional. O STF, do antijogo à crise constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácida, 2019.

HIRSCHL, Han. *Rumo à juristocracia. As origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: Editora E.D.A., 2020.

JOBIM, Marco Félix. *Controle difuso de constitucionalidade das leis: rumo cada vez mais ao sistema abstrato*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Processo Constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 831 - 846.

LAZZARIN, Sonilde Kugel. *As razões sociológicas da expansão do poder judiciário no mundo contemporâneo. Espaço jurídico*. Joaçaba, v. 10, n. 2, p. 191 - 212, jul./dez., 2009.

MAGALHÃES, Rebecca; CARVALHO, Ernani. *Há um desenho institucional favorável à independência judiciária? Um panorama das constituições vigentes na América Latina*. *Revista Debates*, v. 8, n. 3, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEYER, Emílio Peluso Neder Meyer. *Decisão e jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Judicialização da política? Sobre a naturalização da separação dos poderes*. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SAGUÉS, Néstor Pedro. *Control de constitucionalidade, controle de convencionalidad y la problemática de sus topes*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Processo Constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1273 - 1289.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHAUER, Frederick. *Judicial supremacy and the modest Constitution*. *California Law Review*, 2004, v. 93, p. 1.064/1.066.

SCHLANSKI, Mariana; SITO, Santiago Artur Berger. *O solipsismo das decisões judiciais produzidas no paradigma da filosofia da consciência e a exigência democrática da hermenêutica*. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, v. 3, n. 1, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/HermenêuticaJuridica/article/view/2171>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Forum, 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass. *Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law*. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, n. 147, 2007.

VANBERG, Georg. *Constitutional Courts in comparative perspective: a theoretical assessment. Annual Review of Political Science*, v. 18, p. 167 - 185, 2015.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement. Oxford: Oxford University Press, 2004.*