

Cristiano Soares Barroso Maia

**A SENTENÇA ADITIVA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE O
ESTADO DE DIREITO E SOBERANIA POPULAR**

Brasília

2013



Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito – FD

**A SENTENÇA ADITIVA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE O
ESTADO DE DIREITO E SOBERANIA POPULAR**

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de mestre, no Programa de
Pós-Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília, área de concentração
“Direito, Estado e Constituição”.

Orientador: Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo

Orientando: Cristiano Soares Barroso Maia

Brasília, 2013.

Cristiano Soares Barroso Maia

A Sentença Aditiva e o Supremo Tribunal Federal: entre o Estado de Direito e Soberania
Popular.

O candidato foi considerado aprovado pela banca examinadora.

Professor Doutor Juliano Zaiden Benvindo
Orientador

Professor Doutor Conrado Hübner Mendes
Membro (USP)

Professor Doutor Marcelo da Costa Pinto Neves
Membro (UnB)

Brasília, 11 de setembro de 2013.

Para Flávia.

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho e do curso de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília foi possível pelo apoio permanente e orientação segura do Professor Juliano Zaiden Benvindo. A sua prontidão e o constante estímulo à pesquisa foram indispensáveis para o processo de amadurecimento do meu tema e das minhas leituras.

Agradeço, ainda, aos professores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, em especial, Alexandre Araújo Costa, Cláudia Roesler, e Marcelo Neves, pela generosidade e auxílio constantes em todo o período do curso de mestrado.

Agradeço aos amigos Zé Maurício, Marcelo Casseb, Marcelo do Val, Guilherme Cintra, Marco Túlio Magalhães, Bruno Carvalho, Gustavo Catisane, Raphael Ramos, Lucas Montenegro, Hayleno Hossoé, e ao meu primo, André Rufino, pela constante troca de ideias e pelo auxílio em todas as etapas desse proveitoso período.

Agradeço, por fim, aos meus familiares: Barroso, Antonia, Flávia, Natália, avó Terezinha, Tia Fátima, Conceição e Antonio, pois estiveram presentes, cada um a sua maneira, na minha vida acadêmica.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar o que se convencionou chamar de sentenças aditivas a partir da complexa relação entre direito e política, que é constitutiva das democracias surgidas depois da Segunda Guerra Mundial. Parte-se de uma compreensão de democracia como articulação entre autonomia pública e privada, tal qual proposta pelo filósofo Jürgen Habermas, explorando os pressupostos filosóficos de Kant e Rousseau em sua obra. A partir daí, busca-se reconstruir a sentença aditiva na prática constitucional da Corte Constitucional italiana, apontando os problemas que essa postura produziu nas relações entre os poderes. A influência da sentença aditiva na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal é objeto de análise no contexto mais amplo da redemocratização e da expansão desse órgão de cúpula do Poder Judiciário. Busca-se apontar as inconsistências e contradições da aplicação da sentença aditiva no Brasil, ressaltando os riscos que ela pode produzir para uma compreensão normativa de democracia, que exige uma articulação, ainda que complexa, entre constitucionalismo e democracia.

Palavras-chave: democracia – constitucionalismo – separação de poderes – sentença aditiva – controle de constitucionalidade.

ABSTRACT

This thesis aims at analyzing the so-called “additive judgments” (sentenze additive di principio) from the perspective of the relationship between Law and Politics on which post World War II democracies were built. Democracy here is understood as the interrelationship between public and private autonomy, as proposed by philosopher Jürgen Habermas in his review of the philosophers Kant and Rousseau. Under this theoretical assumption, this research assesses the additive judgments within the constitutional praxis of the Italian Constitutional Court pointing out the problems caused by such approach to the relationships among constituted powers. Furthermore, this thesis examines the influence of the additive judgments over the recent jurisprudence of the Supreme Court within the broader process of re-democratization, as well as within the context of the expansion of the Supreme Court as an elite judiciary organization. Aim is set at identifying the inconsistencies and contradictions that arise from applying such sentences in Brazil. The risks brought by such practice are emphasized, as they can result in jeopardizing a normative understanding of democracy which, in its turn, demands a correlation, complex as it may be, between constitutionalism and democracy.

Key Words: democracy – constitutionalism – separation of powers – additive judgments – constitutional adjudication.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia-Geral da União
CR/88	Constituição Republicana de 1988
EC	Emenda Constitucional
Gemeinspruch	Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht in der Praxis
GMS	Grundlegung zur Metaphysik der Sitten
MI	Mandado de Injunção
MS	Die Metaphysik der Sitten
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
ZeF	Zum ewigen Frieden

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A RELAÇÃO ENTRE <i>RECHTSTAAT</i> E SOBERANIA POPULAR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	15
1.1. A perspectiva histórica do poder constituinte e a relação entre direito e política	15
1.2. A implicação recíproca entre autonomia privada (<i>Rechtstaat</i>) e autonomia pública (democracia)	18
1.2.1. A circularidade na relação entre autonomia pública e privada	21
1.2.2. O “risco” de infinito regresso.....	24
1.3. A fundamentação filosófica da relação entre autonomia pública e autonomia privada.....	27
1.4. Autonomia privada, autonomia pública e controle de constitucionalidade.....	35
2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ITÁLIA E AS SENTENÇAS MANIPULATIVAS.....	38
2.1 A institucionalização jurídica do fascismo.....	38
2.2 A Constituição italiana de 1947.....	41
2.3 A Corte Constitucional italiana	47
2.3.1 Competência e controle de constitucionalidade	50
2.3.2 Início do funcionamento e dos conflitos com outros órgãos estatais.....	54
2.4 Das sentenças interpretativas às sentenças manipulativas.....	57
2.4.1 Sentenças interpretativas	57
2.4.2 Sentenças manipulativas	64
3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SENTENÇA ADITIVA.....	79
3.1 Breve perfil do controle de constitucionalidade sob a égide da Constituição de 1988.....	79
3.2 Alguns aspectos da virada do STF em direção ao ativismo e as sentenças aditivas	81
3.3 O percurso argumentativo da sentença aditiva na jurisprudência do STF.....	87
3.3.1 O abandono da ideia de “legislador negativo”?	87
3.3.2 Semelhanças entre o contexto jurídico-constitucional brasileiro e o italiano	93
3.4 A sentença aditiva na jurisprudência do STF	96
3.4.1 Sistematização dos pressupostos da sentença aditiva na prática constitucional italiana	96
3.4.2 Análise de casos envolvendo a aplicação da sentença aditiva na jurisprudência do STF	98
3.5 A sentença aditiva entre Estado de direito e soberania popular.....	105
4. CONCLUSÃO	115
BIBLIOGRAFIA.....	119

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem ocupado uma posição de destaque no cenário institucional, que pode ser associada a vários fatores, tais como o processo de constitucionalização recente do Brasil, a autonomia do Poder Judiciário e o estímulo de outros atores políticos. Muitos compreendem esse contexto como uma oportunidade para a realização de amplas reformas que o Poder Legislativo ou o Executivo, por sua responsabilidade político-eleitoral, não teriam condições de implementar. Outros, contudo, temem pela invasão da esfera de atribuições de outros Poderes, capaz de provocar instabilidades e conflitos.

Do ponto de vista da argumentação desenvolvida pelo STF para justificar essas novas atribuições, há referência a inúmeras teorias produzidas em outras realidades constitucionais (*Drittwirkung* dos direitos fundamentais, princípio do *due process of law* substantivo, princípio da proporcionalidade, etc.). Recentemente, a sentença aditiva, modalidade decisória desenvolvida na década de 60 do século passado na Itália, tem sido objeto de grande prestígio e atenção, porque utilizada como fundamentação no julgamento de vários casos polêmicos.

Aponta-se¹, geralmente, a ADI 3105-8/DF, Rel. Min. Cezar Peluso², DJ 18/02/2005, como um dos primeiros exemplos de referência expressa à sentença aditiva, por meio de uma citação a Rui Medeiros no voto do relator. Nela, o constitucionalista lusitano aborda a competência do tribunal constitucional para editar pronunciamentos aditivos, objetivando sanar violações ao princípio da isonomia. A ação fora proposta contra alguns dispositivos da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, conhecida como Reforma da

¹ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 257; e MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008, p. 73.

² A Min. Ellen Gracie era a relatora originária da ação.

Previdência. O STF julgou o pedido parcialmente procedente, declarando a inconstitucionalidade de expressões do parágrafo único do art. 4º, introduzido pela EC nº 41, de 2003, em virtude do tratamento discriminatório quanto à base de cálculo sobre a qual incidiria a contribuição previdenciária dos servidores inativos e pensionistas. Com efeito, o dispositivo estabelecia que, para os servidores e pensionistas das esferas estadual, distrital e municipal, a contribuição recairia sobre o valor que excedesse 50% (cinquenta por cento) do teto do regime geral de previdência social. Na esfera federal, por sua vez, sobre o valor que excedesse 60% (sessenta por cento) do mesmo teto. Para corrigir o tratamento discriminatório, a Corte não proferiu uma sentença aditiva, mas apenas declarou a inconstitucionalidade das expressões que criavam o *discrímen* considerado indevido.

Seguindo essa perspectiva da restauração da isonomia, Morais³ afirma que uma das primeiras decisões aditivas foi a proferida no RMS 22.307-7/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13/06/1997, que estendeu o percentual de 28,86%, concedido apenas aos militares (Leis nºs 8.622, de 19 de janeiro de 1993; e 8.627, de 19 de fevereiro de 1993), aos servidores públicos federais. Embora não mencionada a “técnica aditiva” na fundamentação, por meio dessa decisão estendeu-se o alcance de uma vantagem a uma categoria não contemplada inicialmente, sob o argumento de afronta à isonomia.

Caso se considere a sentença aditiva nessa vertente, ver-se-á que não foram poucas as decisões⁴ proferidas pelo Supremo Tribunal Federal adotando esse parâmetro. Bastaria, assim, para sua caracterização, um pronunciamento corretivo de uma situação de desigualdade violadora da Constituição. Em outras palavras, todas as vezes em que o STF estendeu uma determinada solução (consequência) jurídica a uma situação ou categoria não expressamente alcançada pelo descritor (hipótese normativa), editou uma sentença aditiva.

Contudo, em recentes decisões, a “técnica aditiva” tem sido invocada de maneira mais sistemática e contínua, independentemente da caracterização de uma situação de violação ao princípio da igualdade, como no julgamento conjunto de três mandados de injunção sobre o direito de greve dos servidores públicos (MI 670-9/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 31/10/2008; MI 708-0/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 31/10/2008; e MI 712-8/PA, Rel. Min. Eros Grau, DJe 31/10/2008).

³ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 257.

⁴ Streck aponta que as sentenças aditivas não são novidade no cenário brasileiro, pois, para identificá-las, basta analisar o conteúdo de várias decisões e súmulas que “*claramente estabelecem novos textos, até mesmo à revelia da Constituição*”. STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 474.

Mas não é só. Nas decisões atuais, em que se menciona expressamente a sentença aditiva como parâmetro, indica-se que a descrição *kelseniana* do tribunal constitucional como “legislador negativo” já não se adapta mais às novas modalidades de decisão do controle de constitucionalidade. Portanto, afasta-se uma construção teórica que tinha forte presença na história institucional do STF, com o objetivo de aproximar sua atuação daquela desenvolvida pelos tribunais constitucionais europeus.

Por trás desse quadro pode estar um dilema mais profundo, característico das democracias contemporâneas. Como articular duas tradições do pensamento político que se apresentam como antagonicas, com pretensão de precedência uma sobre outra? É possível conciliar Soberania Popular e Estado de Direito?

No primeiro capítulo, objetiva-se analisar essa relação sob o enfoque da teoria *habermasiana*, colocando em evidência o resgate de Kant e Rousseau, como forma de pensar a implicação recíproca entre autonomia pública e privada. Essa relação, também pode ser compreendida, segundo Cristoph Möllers, como a relação entre política e direito, respectivamente. Além disso, as contribuições de Ingeborg Maus serão relevantes para uma devida compreensão da constituição civil *kantiana* e de seu papel na teoria desenvolvida por Jürgen Habermas. Ressalta-se, contudo, que essa releitura é mediada pelos pressupostos do pensamento pós-metafísico e pela recusa de uma perspectiva ética que suplante o indivíduo em nome de um bem coletivo.

No presente trabalho, são utilizados os termos *Rechtstaat*, Estado de Direito e *rule of law* como sinônimos. Não obstante as diferenças históricas na consolidação do *Rechtstaat* alemão, da *rule of law* inglesa e da estadunidense, são acentuados os pontos semelhantes entre essas experiências, que são caracterizados pela atribuição ao “ordenamento jurídico [d]a função de tutelar os direitos subjetivos, contrastando a tendência do poder político de dilatar-se, de operar de modo arbitrário e prevaricar”⁵.

No segundo capítulo, recorre-se à experiência constitucional italiana para uma adequada compreensão das condições de surgimento da sentença aditiva, fortemente atrelada ao contexto de instauração do regime democrático depois da queda do fascismo. Analisa-se, assim, o início do funcionamento da Corte Constitucional italiana e o papel desempenhado por ela na atualização da ordem jurídica, marcada, nos primeiros anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1947, pela presença de muitos dispositivos legais oriundos do período totalitário. O percurso seguido associará elementos históricos e teóricos,

⁵ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria e crítica**. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 3-94, p. 30-31.

colocando em evidência como doutrina e Corte Constitucional interagiram na construção de uma justificativa para as sentenças interpretativas, que serviu de base para, posteriormente, articular as sentenças manipulativas.

A atuação da *Corte Costituzionale* não foi, porém, imune a críticas e confrontações. Esses aspectos também serão evidenciados, para que se possa entender o impacto do controle de constitucionalidade na dinâmica entre o Poder Judiciário, a Corte Constitucional e o Poder Legislativo, inclusive indicando as alternativas buscadas em prol do diálogo institucional.

No último capítulo, enfoca-se a sentença aditiva na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A análise toma como ponto de partida o papel reforçado de garantia da Constituição que lhe foi deferido pelo texto constitucional de 1988, passando pelas várias reformas constitucionais e legais que concentraram poderes de interpretação constitucional naquele órgão.

Por fim, a partir da exposição pormenorizada da estrutura argumentativa da sentença aditiva na jurisprudência do STF, bem como de três casos nos quais se invocou a aplicação dessa “técnica” como razão de decidir, revelam-se algumas contradições e perigos para a democracia contemporânea, principalmente para a subsistência de uma possível articulação entre autonomia pública e privada.

1. A RELAÇÃO ENTRE *RECHTSTAAT* E SOBERANIA POPULAR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1. A perspectiva histórica do poder constituinte e a relação entre direito e política

Embora a expressão “poder constituinte” tenha uma carga ideológica que torna complexa qualquer tentativa de esquadrihar seus contornos, podem-se traçar duas perspectivas, uma jurídica e outra política, com o auxílio das quais serão melhor esclarecidos alguns elementos problemáticos do constitucionalismo contemporâneo.

Segundo Fioravanti⁶, o sentido desta expressão oscila, dependendo da tradição sob análise, entre uma concepção de poder constituinte como uma subjetividade já *formada* e outra como uma subjetividade *originária*. O problema da primeira consiste na possibilidade de se pensar numa atuação “[...] autenticamente ‘constituente’, já que uma verdadeira e própria função constituinte não pode não pressupor a plena ruptura do precedente ordenamento [...]”⁷, se a subjetividade do órgão soberano já estiver previamente constituída. Por sua vez, a segunda implica o questionamento quanto à necessária consciência de uma subjetividade que ainda não está formada quanto ao objetivo de constituir uma nova ordem.

Em seguida, Fioravanti esclarece que as vertentes acima apontam para uma distinção entre um viés *político* e outro *jurídico* do poder constituinte. No primeiro sentido, estaria em evidência o caráter de pura decisão política, livre de confusão “[...] com qualquer dos poderes autorizados pelo ordenamento [...]”⁸, apta para o estabelecimento de uma nova configuração da ordem social. No segundo, por sua vez, estaria acentuado o aspecto de poder constituinte de uma ordem que, estável no tempo, conformará o funcionamento dos poderes constituídos.

⁶ Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e costituzione*: materiali per una storia delle dottrine costituzionali. Torino: Giappichelli, 1993, p. 217.

⁷ “[...] autenticamente ‘costituente’, posto che una vera e propria funzione costituyente non può non pressuporre la rottura piena del precedente ordinamento [...]” (tradução livre). Id, ibidem.

⁸ “[...] con uno qualsiasi dei poteri autorizzati dall’ordinamento [...]” (tradução livre). Id, ibid., p. 218.

No âmbito das revoluções que marcaram o constitucionalismo, a perspectiva *jurídica* do poder constituinte encontraria sua expressão histórica na Revolução Americana (1776-1787). A busca dos *framers* em estabelecer uma diferenciação entre a Constituição ratificada pelos Estados nas Convenções e os poderes instituídos permitiu imunizá-la quanto a alterações por meio do ordinário exercício da atividade legislativa⁹, bem como produzido o que se pode chamar de “*supreme law of the land*”.

A perspectiva política, de outra parte, estaria associada à Revolução Francesa (1789), uma vez que foi marcante o elemento de contínuo exercício do poder constituinte por “[...] *uma originária unidade política soberana capaz de querer, denominada povo ou nação* [...]”¹⁰.

Como adverte Fioravanti¹¹, não se deve reduzir, contudo, o alcance da Revolução Americana a uma simples subjetividade já formada (jurídica), pois, desse modo, não teriam sido verificadas as condições para uma verdadeira cisão com a ordem colonial britânica. Todavia, o mais saliente aspecto da tradição estadunidense de poder constituinte parece ser o da fixação de balizas para o exercício dos poderes constituídos, inclusive, para o legislador. Não é outro o motivo que justifica o aparecimento do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos da América, antes mesmo da aprovação da Constituição de 1787, realizado pelos juízes tomando como parâmetro as constituições estaduais, o que pavimentou o caminho para que a Suprema Corte julgasse, em 1803, o célebre *Marbury v. Madison*¹².

Na tradição francesa, há também um aspecto de limitação dos poderes constituídos, como se pode observar na leitura do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “*Toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem a separação de poderes não tem uma Constituição*”.

Contudo, o aspecto do exercício contínuo de uma vontade política pura, que não pode sofrer restrições, visto que representava a vontade de um sujeito constituinte soberano (povo ou nação) foi mais emblemático, como se depreende do art. 28 da Declaração Jacobina dos Direitos de 1793: “*Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar sua*

⁹ Gordon Wood destaca que, diferentemente da tradição constitucional britânica, a desenvolvida pelos Estados Unidos da América possui como elementos centrais: i) elevação da Constituição acima dos poderes instituídos e da legislação ordinária; ii) controle judicial de constitucionalidade; iii) ideia de separação de poderes; e, iv) representação real. Cf. WOOD, Gordon S.. **The idea of america: reflections on the birth of the United States**. New York: Penguin Books, 2011, pp. 171-187.

¹⁰ “[...] *una originaria unità politica sovrana capace di volere, denominata popolo, o nazione* [...]” (tradução livre). FIORAVANTI, Maurizio. Op. cit., p. 220.

¹¹ Cf. Id, ibid., p. 221.

¹² Cf. WOOD, Gordon S.. Op. cit., pp. 178-179. Apesar de não ter sido o primeiro caso em que a Suprema Corte estadunidense recusou aplicação a uma lei por inconstitucionalidade, foi o primeiro em que se afirmou tal poder àquele órgão.

constituição. Uma geração não pode sujeitar as gerações futuras às suas leis". Não é por outra razão que o controle de constitucionalidade por órgão distinto do poder responsável pela produção legislativa foi algo estranho à realidade constitucional francesa até a promulgação da Constituição de 1958, que instituiu o *Conseil Constitutionnel*¹³.

Já se observou que essas tradições não se desenvolveram de forma estanque, mas estiveram em permanente relação, ou melhor, algo da perspectiva *jurídica* do poder constituinte deixou traços na Revolução Francesa, assim como aspectos da inspiração *política* estiveram presentes na Revolução Americana.

Observa-se uma intensificação desse processo, todavia, no contexto histórico posterior à Segunda Grande Guerra. Nos países em que foram erigidos sistemas constitucionais após um período totalitário (tais como Itália e Alemanha) ou naqueles em que foi superado o momento ditatorial no fim das décadas de 70 e 80 (Brasil, Portugal e Espanha), configurou-se uma forte imbricação entre as duas vertentes do poder constituinte, um entrecruzamento inédito, que engendrou uma dinâmica fluida entre os polos jurídico e político,

[...] pressupondo para sua existência mesma um direito disponível a reconhecer a sua origem numa explícita vontade inicial de tipo constituinte, mas também, inseparavelmente, uma política disponível a reconhecer a necessidade de uma forte disciplina normativa de forma constitucional¹⁴.

Essa relação entre direito e política parece ser constitutiva das democracias constitucionais contemporâneas, uma condição de possibilidade de sua própria existência, mas que, a todo instante, está sujeita a desvios, suspensões e recuos. A completa predeterminação da esfera da política pelo direito ou a plena disponibilidade deste por aquela tem o potencial de desequilibrar essa tênue estabilidade.

A relação de fluidez e abertura entre direito e política revela-se, provavelmente, como a condição de possibilidade da própria democracia, que permaneceria numa espécie de “*indecidibilidade*” entre os dois campos¹⁵, impedindo qualquer primazia ou precedência de um sobre o outro.

¹³ Cf. TURPIN, Dominique. **Droit constitutionnel**. Paris: Quadrige/PUF, 2003, p. 148.

¹⁴ [...] pressupondo per la sua stessa esistenza un ‘diritto’ disponibile a riconoscere la sua origine in una esplicita volontà iniziale di tipo costituente, ma anche, inescidibilmente, una ‘politica’ disponibile a riconoscere la necessità di un forte disciplinamento normativo di stampo costituzionale (tradução livre). FIORAVANTI, Maurizio. Op. cit., p. 218.

¹⁵ Nesse sentido, Derrida afirma que “[o] político, nesse momento, para mim, é o lugar de uma negociação ou de um compromisso entre, digamos, o campo das forças tal qual ele existe e se apresenta atualmente (a democracia insuficiente, a democracia europeia, a democracia americana e a francesa, por exemplo) e esta democracia do porvir”. Eis a versão original: “[l]e politique, pour l’instant, pour moi, c’est le lieu d’une négociation ou d’un compromis entre, disons, le champ des forces tel qu’il se présente actuellement (la démocratie insuffisante, la démocratie européenne, la démocratie à l’américaine et à la française, par exemple)

Nos tópicos seguintes, será exposto um modelo normativo de democracia capaz de mediar essa relação tensa e multifacetada entre direito (constitucionalismo) e política (democracia) no âmbito das sociedades contemporâneas, marcadas por grande complexidade e desacordo contitudístico¹⁶. Uma vez que a democracia não pode ser reduzida à vontade da maioria, nem o direito somente à garantia da liberdade contra o arbítrio (garantia de direitos e separação dos poderes), trilha-se um caminho de reconciliação que impeça os processos de diluição da política no direito ou de instrumentalização deste pela política.

1.2. A implicação recíproca entre autonomia privada (*Rechtstaat*) e autonomia pública (democracia)

A partir do debate estadunidense sobre a democracia, que opõe as concepções normativas liberal e republicana, Habermas constrói o modelo normativo de democracia deliberativa, que representaria uma superação dessas duas concepções, embora isso não seja expressamente afirmado por ele. A intuição seguida consiste, como será demonstrado abaixo, na articulação de elementos das duas tradições, a fim de erigir um tipo ideal distinto.

Inicialmente, Habermas aponta que o aspecto decisivo para a distinção entre os modelos normativos mencionados reside na compreensão do papel do processo democrático¹⁷.

Na concepção liberal, a função da política estaria adstrita a programar o aparelho estatal (Administração Pública), adaptado ao atendimento de fins coletivos, para a não interferência no livre trânsito das pessoas privadas na esfera econômica¹⁸, assegurando que cada indivíduo possa buscar seus próprios interesses.

Na concepção republicana, por outro lado, a política representaria o momento essencial da prática de integração social, na qual os membros de uma comunidade solidária podem se reconhecer como participantes de uma associação de pessoas livres e iguais à medida que, participando coletivamente de processos de autodeterminação, desenvolvem suas potencialidades. Assim, ao lado das instâncias de regulação do poder estatal (hierárquica) e do

et cette 'démocratie à venir'" (tradução livre). DERRIDA, Jacques. **Politiques et amitié**: entretiens avec Michael Sprinkler sur Marx et Althusser. Paris: Galilée, 2011, p. 87.

¹⁶ Cf. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 124.

¹⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. Drei normative Modelle der Demokratie. In: HABERMAS, Jürgen. **Philosophische Texte**. Volume IV. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009a, pp. 70-86, p. 70.

¹⁸ Cf. Id. *ibidem*.

mercado (descentralizada), “[...] *entra a solidariedade como uma terceira fonte de integração social*”¹⁹.

Quanto à concepção do cidadão, pode-se observar também um *discrímen* entre as duas tradições. Na perspectiva liberal, o cidadão é visto como portador de direitos subjetivos que constituem uma esfera de ação livre de interferências e restrições, na qual ele pode desenvolver sua personalidade e interesses, sendo oponível contra o Estado, mas, simultaneamente, garantida por este contra indevidas agressões de outros cidadãos portadores de igual esfera de liberdade. Na perspectiva republicana, por sua vez, os direitos acentuados são os de participação política e comunicação no espaço público, de modo que a “[...] *cidadania – participação em igualdade nos assuntos públicos, em busca de um bem comum – aparece como interesse primário da pessoa, verdadeiramente constitutivo*”²⁰. Ou melhor, em vez de direitos negativos, ao cidadão são deferidos direitos positivos para participar da tomada de decisões que vincularão a comunidade à qual pertence.

Em relação ao conceito de direito, a perspectiva liberal compreende a ordem jurídica como definidora de direitos subjetivos a indivíduos isoladamente considerados, ao passo que a republicana, como uma ordem objetiva de valores compartilhados pela comunidade.

Por fim, na construção *habermasiana*, o último elemento diferenciador entre as referidas tradições refere-se ao processo político. Admitido o pluralismo de interesses e visões de mundo, há profunda desconfiança, no viés liberal, quanto ao entendimento persuasivo entre os cidadãos, já que o processo de formação da opinião e da vontade estaria determinado pela atuação concorrente de atores agindo estrategicamente (racionalidade dos fins) para a conquista de posições de poder²¹. Por outro lado, para o republicanismo, os processos de formação da vontade no Parlamento e no espaço público são compreendidos como o momento essencial de realização ética do cidadão, que toma parte das decisões de interesse da comunidade.

A teoria do discurso propõe, então, um modelo normativo de democracia capaz de agregar elementos das duas tradições acima descritas, integrando-os num procedimento ideal para deliberação e tomada de decisões²². Nesse sentido, ocupa-se da fixação de condições para a comunicação realizada no processo político, aptas a produzir resultados racionalmente

¹⁹ “[...] tritt *Solidarität* als eine dritte *Quelle* der gesellschaftlichen Integration” (grifos do original) (tradução livre). Id., *ibid.*, p. 71.

²⁰ “[...] *citizenship – participation as equal in public affairs, in pursuit of a common good – appears as primary, indeed constitutive, interest of the person*” (tradução livre). MICHELMAN, Frank. **Law’s republic**. In: *The Yale Law Journal*, vol. 97, n. 8, jul. 1988, 1493-1537, p. 1503.

²¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, 2009a, p. 75.

²² Cf. Id., *ibid.*, p. 79.

aceitáveis, gerando a suposição de que aquilo que foi decidido de acordo com o procedimento é legítimo²³.

Ao contrário das duas tradições já expostas, que compreendem o processo político centrado no Estado, a perspectiva procedimental abre novas sendas com o reconhecimento de uma esfera pública informal, tão relevante quanto os processos institucionalizados juridicamente para a formação da vontade e da opinião públicas. Assim, Habermas recusa os pressupostos da filosofia do sujeito implícitos no Liberalismo e no Republicanismo, que permitem a identificação da soberania no indivíduo ou no povo; ao invés disso, aponta para as comunicações não definidas a partir de um sujeito específico, mas que ocorrem nas arenas informalmente constituídas, e que discutem temas relevantes e matérias que necessitam de regulamentação²⁴. Assim, na clássica controvérsia do constitucionalismo estadunidense entre *government of the people by the people* e *government of the people by the laws*²⁵, a soberania é deslocada para outra esfera, ou seja, para os processos comunicativos que se desenvolvem a partir de exigentes pressupostos normativos de validação de seus resultados.

Em vez de dar relevância apenas aos direitos individuais (Liberalismo) ou aos direitos de participação política (Republicanismo), Habermas defende que os direitos individuais são indispensáveis para o exercício da autodeterminação coletiva, ao passo que esta é primordial para o reconhecimento daqueles. Portanto, autonomia privada e autonomia pública estariam numa relação material de implicação recíproca²⁶. A intuição da co-originalidade (*Gleichursprünglichkeit*) indica que não há um limite externo, que seria constituído pelos direitos humanos, ao exercício da soberania popular, já que se reconhece o valor intrínseco dos primeiros e a impossibilidade de sua instrumentalização pelo exercício da última²⁷.

No Republicanismo, parece haver uma limitação aos assuntos que se referem ao *ethos* da comunidade, ou seja, aos valores asseguradores de uma existência autêntica para uma determinada coletividade, enquanto que, no Liberalismo, a formação da vontade política encerra-se nos compromissos firmados entre propostas que manifestam interesses particularistas. Na teoria do discurso, porém, a política deliberativa

[...] estabelece uma relação interna entre reflexões pragmáticas, comprometimentos, discursos de autocompreensão e de justiça, e fundamenta a suposição de que resultados justos e racionais podem ser alcançados, sob condições de uma afluência

²³ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, p. 161.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 2009a, p. 82.

²⁵ MICHELMAN, Frank. Op. cit., 1988, p. 1500-1501.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. Der demokratische Rechtsstaat – eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien. In: HABERMAS, Jürgen. **Philosophische Texte**. Volume IV. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009b, pp. 154-175, p. 173.

²⁷ Cf. Id., *ibid.*, p. 155.

de informação relacionada ao problema e de uma assimilação adequada da informação²⁸.

A leitura procedimentalista permite uma mediação entre duas tradições da filosofia política que se apresentavam como irreconciliáveis, uma vez que sempre se articulavam com pretensão de primazia uma sobre a outra. A perspicácia da construção *habermasiana* reside em reinterpretá-las no sentido de uma relação interna, na qual *rule of law* e soberania popular se apresentam como aspectos inseparáveis e complementares. Assim, a autonomia moral do cidadão privado que pretende buscar seus próprios interesses só pode ser plenamente desenvolvida no contexto de uma participação política, em iguais condições, nos processos institucionalizados ou não (autonomia pública), capazes de transformar o poder comunicativo que se forma nesses espaços em poder administrativo aplicável por meio da legislação²⁹.

O que a teoria do discurso pretende enfatizar é o exercício da autonomia, a fim de garantir que os destinatários da norma sejam considerados, simultaneamente, como seus autores. Todavia, a autonomia, que na esfera moral³⁰ possui apenas uma dimensão, ingressa no direito com um duplo caráter: pública e privada³¹. Somente assim seria possível garantir legitimidade às decisões coletivamente vinculantes. Nesse sentido, a teoria *habermasiana* ocupa-se da tensão entre legitimidade e positividade, ou entre facticidade e validade, que se dá no campo da validade do direito, mas que se apresenta, no interior do sistema dos direitos, como tensão entre autonomia pública e privada³².

1.2.1. A circularidade na relação entre autonomia pública e privada

A autonomia, portanto, explica (legítima) o processo de gênese dos direitos na democracia. Mas o que isso significa exatamente? Habermas utiliza-se, nesse ponto, da imagem de um processo circular, no qual o princípio do discurso associado à forma jurídica

²⁸ [...] stellt einen internen Zusammenhang zwischen pragmatischen Überlegungen, Kompromissen, Selbstverständigungs- und Gerechtigkeitsdiskursen her und begründet die Vermutung, daß unter Bedingungen eines problembezogenen Informationszuflusses und sachgerechter Informationsverarbeitung vernünftige bzw. Faire Ergebnisse erzielt werden (tradução livre). HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 1992, p. 359-360.

²⁹ Id., ibid., p. 362-363.

³⁰ Nesse ponto, há uma forte influência de Kant, que articulou a autonomia em contraposição à heteronomia no campo da moral. Na construção kantiana, o ser humano autônomo age impulsionado pela observância à lei que ele próprio, por meio de um raciocínio de universalização, considerando todos os outros seres humanos como fins em si mesmos (reino dos fins), deu a si próprio (autolegislação). Nesse sentido, a autonomia significa agir por dever à lei, independente de qualquer fim específico da ação, ao passo que a heteronomia corresponde ao agir impulsionado por um fim específico, dependente das circunstâncias. Cf. KANT, I. GMS, p. 72 e ss.

³¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 2009b, p. 174.

³² Cf. Id., ibid., p. 171.

(princípio democrático) articula-se com o código do direito de forma co-originária. Maus³³ ressalta que parte das críticas dirigidas à teoria procedimentalista deve-se à falta de compreensão das relações entre o código do direito (*Rechtskode*) e a forma do direito (*Rechtsform*) nesse processo, razão pela qual se empreenderá abaixo uma tentativa de esclarecimento desses pontos.

Para melhor explicitação da gênese lógica dos direitos na teoria do discurso, começa-se pelo código do direito, cujas categorias são introduzidas *a priori* e abstratamente, antes de qualquer institucionalização de um poder estatal, já que são responsáveis por conferir aos indivíduos o *status* de pessoas jurídicas. As categorias dos direitos seriam as seguintes:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da conformação politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades de ação subjetivas. Estes direitos exigem como necessários correlatos:
- (2) Direitos fundamentais que resultam da conformação politicamente autônoma do Estado, de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito;
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da exigibilidade judicial dos direitos e da conformação politicamente autônoma da proteção jurídica individual³⁴.

Com efeito, não se trata de uma lista de direitos que deve ser implantada pelo legislador político sob a orientação de *experts*, pois sua concreção dependerá das circunstâncias históricas e do processo de *conformação política* decorrente do exercício da quarta categoria de direitos.

Não obstante haja uma similitude com os clássicos direitos liberais de defesa, cuida-se tão somente de princípios capazes de direcionar a prática do legislador soberano na sua tarefa de regular a convivência social por meio do direito³⁵, não se confundindo com os direitos que serão desenvolvidos posteriormente nas constituições dos Estados (direito de ir e vir, direito de acesso à justiça, direito à vida, à integridade física, etc.).

Ao lado das categorias acima (1 a 3), que se referem ao cidadão na condição de destinatário das normas jurídicas, a quarta categoria de direitos evidencia o cidadão como autor do direito que o vincula (autolegislação), sendo constituída pelos “*direitos fundamentais de participação, com iguais oportunidades, em processos de formação de*

³³ Cf. MAUS, Ingeborg. **Über Volkssouveränität**: Elemente einer Demokratietheorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2011, p. 225 e ss.

³⁴ (1) Grundrechte, die sich aus der politisch autonomen Ausgestaltung des Rechts auf das größtmögliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten ergeben.

Diese Rechte fordern als notwendige Korrelate:

(2) Grundrechte, die sich aus der politisch autonomen Ausgestaltung des Staates eines Mitgliedes in einer freiwilligen Assoziation von Rechtsgenossen ergeben;

(3) Grundrechte, die sich unmittelbar aus der Einklagbarkeit von Rechten und der politisch autonomen Ausgestaltung des individuellen Rechtsschutzes ergeben (tradução livre). HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 1992, p. 155-156.

³⁵ Cf. Id., *ibid.*, p. 160.

opinião e de vontade, nos quais os cidadãos exercem sua autonomia política e, através dos quais, eles estabelecem direito legítimo”³⁶.

Antes do necessário aprofundamento quanto à quarta categoria e sua relação com as que lhe são anteriores, tarefa que se mostra essencial para a adequada compreensão da teoria procedimentalista, convém mencionar a última categoria (quinta), qual seja:

direitos fundamentais à garantia de condições de vida, que são, de tal forma, asseguradas social, técnica e ecologicamente, na medida que isso é necessário para um aproveitamento, com igualdade de oportunidades, dos direitos do cidadão, mencionados de (1) a (4)³⁷.

A apresentação abstrata das categorias de direitos (1) a (3) é fruto do olhar de um teórico observador, que “[...] diz aos cidadãos quais direitos eles deveriam reconhecer reciprocamente, caso queiram regular, de forma legítima, sua vida em comum, por meio do direito positivo”³⁸.

Quando se retira do cenário o teórico, restam apenas os sujeitos de direito, que, com o exercício dos direitos de igual participação nos processos de formação da opinião e da vontade política, serão autores do direito ao qual se submeterão como destinatários. O alcance desse processo de conformação política deve ser amplo a ponto de alcançar a própria estruturação e delimitação dos direitos de participação política, ou seja, a soberania do povo será especificada pelo legislador histórico de uma dada realidade concreta, dependendo das vicissitudes históricas, por meio da previsão do direito de participação em eleições, liberdade de reunião, constituição de partidos políticos, entre outros³⁹.

Uma vez que o princípio democrático é resultado da aplicação do princípio do discurso à forma do direito (*Rechtsform*), há um conjunto de requisitos normativos que devem ser preenchidos⁴⁰, a fim de que o resultado das deliberações fruto do exercício da autonomia

³⁶ “Grundrechte auf die chancengleiche Teilnahme an Prozessen der Meinungs- und Willensbildung, worin Bürger ihre politische Autonomie ausüben und wodurch sie legitimes Recht setzen” (tradução livre). HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 1992, p. 156.

³⁷ “Grundrechte auf die Gewährung von Lebensbedingungen, die in dem Maße sozial, technisch, ökologisch gesichert sind, wie dies für eine chancengleiche Nutzung der (1) bis (4) genannten bürgerlichen Rechte unter gegebenen Verhältnissen jeweils notwendig ist” (tradução livre). Id., ibid., p. 156-157.

³⁸ “[...] sagt den Bürgern, welche Rechte sie, wenn sie ihr Zusammenleben mit Mitteln des positiven Rechts legitim regeln wollen, gegenseitig zuerkennen müssen” (tradução livre). Id., ibid., p. 160.

³⁹ Cf. Id., ibid., p. 162.

⁴⁰ Esses requisitos para a comunicação integram a chamada pragmática universal, desenvolvida por Habermas, como o conjunto de pressupostos do processo de socialização por meio da linguagem em busca do entendimento. Trata-se, entretanto, de um ideal regulativo, razão pela qual tais pressupostos serão preenchidos de maneira aproximada. Cf. Id., ibid., p. 219. Segundo Habermas, “as quatro mais importantes pressuposições são: (a) esfera pública e inclusão: ninguém, que pode prestar uma contribuição relevante em relação a uma pretensão de validade controversa, pode ser excluído; (b) igual direito comunicativo: seja dada igual chance a todos de se manifestar sobre algo; (c) exclusão de engano e ilusão: os participantes devem querer manifestar o que eles falam; (d) Ausência de coerção: a comunicação deve ser livre de restrições que impedem que o melhor

pública seja aceitável racionalmente. É preciso considerar, também, que ninguém pode ser constrangido a participar dos processos de tomada de decisões coletivas, pois o direito confere ao cidadão a escolha se fará uso ou não de suas liberdades comunicativas. Nesse sentido, o que se torna determinante é a institucionalização dessas liberdades de forma simétrica, de modo que o cidadão, mesmo que não tenha participado de uma decisão, possa considerá-la como resultado de um processo racional, em que são observadas as condições comunicativas. Em relação ao exercício da autonomia política institucionalizada por meio da forma do direito, pode-se, sinteticamente, enunciar que os cidadãos não podem sofrer qualquer tipo de coerção no processo argumentativo, salvo a coerção do melhor argumento; todos devem ter acesso às mesmas liberdades comunicativas; todas as pretensões de validade estão submetidas à prova⁴¹; entre outras. É preciso advertir, todavia, que tais requisitos gerais da comunicação somente serão preenchidos de modo aproximado, pois configuram um ideal regulativo⁴².

É importante destacar, ainda, que o exercício da autonomia política levará à conformação/alteração do conteúdo dos próprios direitos à liberdade de ação (categorias 1 a 3), visto que estes constituem condições possibilitadoras (*Rechtskode*) para o exercício dos direitos de participação política, mas não limitadoras. Assim, ao legislador soberano caberá sua devida configuração, dependendo das circunstâncias históricas; contudo, deve-se ressaltar o caráter apriorístico do código do direito em relação ao princípio democrático, já que só pode ser exercitada a autonomia política por cidadãos iguais e livres. Não é casual que Habermas, num artigo escrito depois de *Faktizität und Geltung*, tenha afirmado que essa construção ocuparia lugar semelhante àquela desenvolvida pelos precedentes teóricos do contratualismo a respeito do pacto social⁴³.

1.2.2. O “risco” de infinito regresso

Neste tópico, pretende-se analisar a tese da co-originalidade entre autonomia pública e autonomia privada, entre democracia e constitucionalismo, sob o viés histórico, ou melhor,

argumento se desenvolva e determine a saída da discussão”. Eis a versão original: “Die vier wichtigsten Präsuppositionen sind: (a) Öffentlichkeit und Inklusion: niemand, der im Hinblick auf einen kontroversen Geltungsanspruch einen relevanten Beitrag leisten können, darf ausgeschlossen werden; (b) kommunikative Gleichberechtigung: allen wird die gleiche Chance gegeben, sich zur Sache zu äußern; (c) Ausschluss von Täuschung und Illusion: die Teilnehmer müssen meinen, was sie sagen; (d) Zwanglosigkeit: die Kommunikation muss frei sein von Restriktionen, die verhindern, dass das bessere Argument zum Zuge kommt und den Ausgang der Diskussion bestimmt” (tradução livre). HABERMAS, Jürgen. **Kommunikatives Handeln und detranszendentalisierte Vernunft**. Stuttgart: Reclam, 2001, p. 45.

⁴¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 1992, p. 161-162.

⁴² Id., ibid., p. 219.

⁴³ Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 2009b, p. 169.

na perspectiva da fundação de uma democracia deliberativa. Como é possível afirmar que a constituição surgiu por meios democráticos? Pode-se dizer que a democracia que fundou a nova ordem é constitucional? Como se pode legitimar esse processo?

A partir dos parâmetros da teoria do discurso, uma decisão legítima (racional) resulta de processos de formação da vontade e opinião, desde que observados exigentes pressupostos comunicativos (todos devem ter o direito de se expressar, não pode haver coerção na argumentação, todos devem gozar de iguais liberdades comunicativas, entre outros).

Contudo, isso nos levaria a um processo circular, pois faria depender a legitimidade do direito produzido da legitimidade da produção das condições de sua produção, ou melhor, remeteria ao ato de fundação da constituição. Se tal processo for levado ao extremo, há o risco de que a cadeia de justificação alcance até mesmo a prática anterior à própria constituição, fazendo com que o processo democrático seja envolvido num regresso infinito⁴⁴. Essa é justamente a observação que Michelman fez em relação à proposta da teoria do discurso; todavia, ele admite que isso não é decorrente apenas da teoria *habermasiana*, mas da própria ideia constitucional-democrática de um povo que vive sob leis aprovadas por ele próprio⁴⁵.

Em outro texto⁴⁶, Michelman analisa com profundidade a questão do sentimento de vinculação de um determinado povo em relação à constituição, ou melhor, a razão pela qual ela é considerada como uma lei que deve reger as relações sociais. Para ele, existem três possibilidades. A primeira delas é *existencial*, o que significa que o caráter vinculante da constituição decorre do fato sócio-cultural de que as pessoas se comportam de acordo com suas prescrições. A segunda é *decisionista*, ou seja, a constituição é obrigatória por ter sido elaborada por alguém autorizado para tanto. A terceira, por fim, é *racional*, o que implica dizer que a constituição merece obediência por prescrever o que é correto.

Para Michelman, a teoria da soberania popular proposta pelo populismo constitucional⁴⁷ identifica-se, geralmente, com a segunda (*decisionista*), já que exige o reconhecimento de uma identidade entre o povo que legislou e o povo para quem se legislou, ou seja, a autoridade da constituição decorreria da legítima autoria dela⁴⁸. Contudo, esse processo torna-se agudo e complexo, sobretudo em realidades constitucionais, como é o caso dos Estados Unidos da América, em que o processo constituinte ocorreu há mais de duzentos

⁴⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 2009b, p. 166.

⁴⁵ Cf. MICHELMAN, Frank. Jürgen Habermas: Between Facts and Norms. In: **Journal of Philosophy**, 1996, 93, 307-315, pp. 308-309.

⁴⁶ Cf. MICHELMAN, Frank. Constitutional Authorship by the people. In: **Notre Dame Law Review**, 1998-1999, p. 1607.

⁴⁷ Cf. TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton, 1999.

⁴⁸ Cf. MICHELMAN, Frank. Op. cit., 1998-1999, p. 1621.

anos. Assim, como seria possível vincular as atuais gerações a um texto constitucional em relação ao qual não deram (diretamente) seu assentimento?

Aparentemente, haveria uma diferença de níveis entre o povo que vive sob a autoridade da Constituição estadunidense e o que a produziu, como se se tratasse de criadores e criaturas⁴⁹. Para superar isso, deve-se buscar algo que supere o hiato entre essas gerações, algo que confira identidade política entre o povo atual e aquele que viveu sob outras circunstâncias históricas. Para Michelman, apenas o compartilhamento de uma mesma concepção de justiça poderia servir para gerar essa identificação, ou melhor:

[...] que uma concepção de uma população de si própria como se governando, como criando direito para si própria, depende da compreensão de seus membros como, em seus maiores atos de criação do direito, geralmente e constantemente inspirados e objetivando alguma ideia regulativa distinta de justiça política e direito⁵⁰.

Habermas trilha semelhante caminho, pois sustenta que a constituição deve ser compreendida como um projeto formador de uma tradição, que, embora possua um marco temporal específico, está aberto à atualização pelas gerações seguintes, cuja tarefa é de desenvolver as potencialidades do sistema de direitos fixado pelo ato fundador⁵¹.

Trata-se de verdadeiro processo autocorretivo de aprendizagem, que se sujeita às contingências e vicissitudes históricas, mas que, compreendido dessa maneira, pode interromper o contínuo regresso em busca do fundamento de constituição de uma determinada comunidade política⁵².

O processo fundador de uma nova ordem é visto, então, como um momento peculiar na histórica institucional de um país, que inaugura novas práticas, cujo sentido performativo será desenvolvido pelas gerações seguintes, pois dependerá de processos de aplicação, interpretação e complementação das normas constitucionais. Assim, o sistema de direitos fixado na constituição não se apresenta de modo estático, imóvel, não representa a vinculação da geração atual por uma geração passada, mas apenas abre a oportunidade para o desenvolvimento, de modo crítico, dos elementos de uma tradição política, que funda uma comunidade de cidadãos livres e iguais⁵³.

Por meio dessa construção, Habermas tenta, portanto, reconciliar, por meio de uma compreensão histórica, o paradoxo de surgimento entre constitucionalismo e democracia,

⁴⁹ Cf. MICHELMAN, Frank. Op. cit., 1999, p. 1627.

⁵⁰ [...] that a population's conception of itself as self-governing, as legislating law to itself, depends on its sense of its members as, in their higher lawmaking acts, commonly and constantly inspired by and aspiring to some distinct regulative idea of political justice and right (tradução livre). Id., *ibid.*, p. 1628.

⁵¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 2009b, p. 166.

⁵² Id. *ibid.*, p. 167.

⁵³ Cf. Id., *ibid.*, pp. 168-169.

realçando a história institucional e o aprendizado com as práticas e erros do passado por parte das atuais e futuras gerações. Não se trata, pois, de um curso pré-fixado, de uma teleologia, como sustenta Honig⁵⁴, já que Habermas não desconhece os riscos de interrupção desse processo autocorretivo de aprendizagem por processos revolucionários ou contingências históricas.

1.3. A fundamentação filosófica da relação entre autonomia pública e autonomia privada

Nesse ponto, a análise está centrada no processo de gênese lógica dos direitos da teoria do discurso a partir de seus fundamentos filosóficos, ou seja, das premissas que influenciaram sua construção, para perceber como a relação entre *rule of law* (constitucionalismo) e soberania popular (democracia) foi articulada. Não obstante seja possível vislumbrar a relação entre esses elementos em alguns trechos das obras de Kant⁵⁵ e de Rousseau, Habermas⁵⁶ desenvolveu uma conexão mais complexa entre eles, como se pode perceber da ideia de co-originalidade.

Rousseau parte da premissa de que a renúncia à liberdade é algo contrário à própria natureza do homem⁵⁷, razão pela qual uma estrutura de socialização (comunidade) não pode impedir que os homens desfrutem da mesma liberdade que possuíam no *suposto* estado de natureza. Nesse sentido, seu objetivo consiste em

[e]ncontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, obedeça, porém, apenas a si mesmo, e permaneça tão livre quanto antes. Esse é o problema fundamental para o qual o contrato social oferece uma solução⁵⁸.

⁵⁴ Segundo Honig, a tese da co-originalidade entre direito e democracia é um processo teleológico, no qual a presente geração está presa a um conjunto de forças anterior, em relação ao qual ela pode implementar ou trair seus propósitos; porém, não pode ela própria ser autora de seu futuro. Cf. HONIG, Bonnie. *Dead rights, live futures*. In: THOMASSEN, Lasse (ed.). **The Derrida-Habermas Reader**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2006, pp. 165-166.

⁵⁵ Na articulação dos pressupostos *kantianos* na obra *Faktizität und Geltung*, de Habermas, a presente análise sofreu influência decisiva da leitura proposta por Maus. Cf. MAUS, Ingeborg. Op. cit., 2011, p. 187-276.

⁵⁶ Habermas aponta que Rousseau defendeu uma leitura mais republicana da autonomia, enquanto que Kant, uma leitura mais liberal. Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 1992, p. 130.

⁵⁷ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politiques*. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social**. Paris: Gallimard, 1993, p. 178.

⁵⁸ [t]rouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant. Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution (tradução livre). Id., *ibid.*, p. 182.

Nessa forma de associação, a igualdade entre todos os cidadãos – assim denominados os indivíduos na qualidade de participantes da autoridade soberana⁵⁹ – está assegurada por meio da submissão de todos a iguais condições, bem como pelo gozo de iguais direitos. Logo, ninguém deve ser onerado ou receber encargos superiores a nenhum outro cidadão, de forma a garantir a igualdade de todos perante a lei⁶⁰.

Mas como justificar a obediência/submissão dos cidadãos às leis? A saída do estado de natureza para o estado civil, no qual supostamente cada qual se dava a sua própria lei, poderia representar um perigo para a liberdade. Nesse particular, Rousseau sustenta que cada cidadão, ao ingressar nesse estado, não obedece a ninguém que não à própria vontade⁶¹. Assim, o filósofo genebrino tenta demonstrar que o pacto social (a vida em comunidade) é mais vantajoso que o suposto estado de natureza, pois pode trazer benefícios ao cidadão, que, doravante, gozará da força de todos para sua proteção, mas não perderá sua liberdade moral, que ele identifica como a obediência à lei que alguém a si próprio prescreveu⁶².

A lei, contudo, pode representar um problema no estado civil, sobretudo diante da ideia de que todos conservam a liberdade e são tratados de forma igualitária. Rousseau tentou resolver esse ponto com a noção de generalidade da lei, que é garantida pela junção entre a universalidade da vontade e a do objeto. Por conseguinte, a lei deve ser sempre geral, não devendo alcançar situações particulares, pois “[...] *toda função que se relaciona a um objeto individual não pertence à autoridade legislativa*”⁶³. A lei deve ser fruto da vontade geral (*volonté générale*), ou seja, da deliberação do povo em busca do interesse comum, ao que se opõe a deliberação por meio da vontade de todos (*volonté de tous*), que corresponde apenas à soma de interesses particularistas⁶⁴.

Por meio da participação na vontade geral, Rousseau assegura que os cidadãos sejam livres, embora subordinados à lei. Ou melhor: os cidadãos somente estão obrigados a obedecer às leis em relação às quais manifestaram sua vontade. Assim, afasta-se o problema da heteronomia no estado civil, pois se garante a autodeterminação dos cidadãos (identificação entre autores e destinatários das leis).

Outro aspecto correlato, apesar de não explicitado por Rousseau, e que tem relação com o processo circular de gênese lógica dos direitos da ética do discurso, consiste na

⁵⁹ Cf. Id, *ibid.*, p. 184.

⁶⁰ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, 1993, p. 196.

⁶¹ Cf. Id., *ibid.*, p. 197.

⁶² Cf. Id., *ibid.*, p. 187.

⁶³ “[...] *toute fonction qui se rapporte à un objet individuel n’appartient point à la puissance législative*” (tradução livre). Id., *ibid.*, p. 201.

⁶⁴ Cf. Id., *ibid.*, pp. 193-194.

definição de que, no estado civil, todo direito advém da lei⁶⁵, sendo que esta é fruto da vontade geral. Portanto, só pode vincular a comunidade aquilo que recebeu o assentimento de todos, motivo pelo qual o exercício da autonomia pública seria condição de legitimidade do direito que vincularia a própria comunidade.

Percebe-se que Rousseau parte da premissa de que cidadãos livres e iguais participarão da deliberação dos negócios públicos, o que se assemelha, grosso modo, ao pressuposto do código do direito fixado por Habermas (as categorias 1 a 3 de direitos acima mencionadas) como requisito para o exercício da autonomia política (categoria 4 já citada). Em outras palavras, as condições possibilitadoras para o exercício das liberdades comunicativas, na forma como delineadas pela teoria procedimentalista, podem ser reconduzidas às ideias de liberdade e igualdade, conforme trabalhadas na obra *“Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique”*.

Assim como a liberdade e a igualdade, a ideia de autodeterminação *rousseauuniana* também influenciou a leitura procedimentalista. A categoria 4 de direitos, que inclui aqueles relacionados à participação na formação da opinião e da vontade, é elucidativa quanto a este aspecto (autonomia pública). Todavia, Habermas sinaliza que a noção de lei geral não é suficiente para ancorar a legitimidade do direito moderno. Somente por meio da submissão dos processos de deliberação pública aos pressupostos da ética do discurso (dimensão pragmática) pode-se assegurar que os resultados sejam racionalmente aceitáveis. Portanto, não é a garantia da generalidade da lei, mas a da participação na sua elaboração, com base em exigentes requisitos asseguradores da igualdade e liberdade de todos os futuros destinatários, que lhe conferirá legitimidade.

Outra importante diferença entre a leitura da ética do discurso e o projeto *rousseauuniano*⁶⁶ reside no forte viés republicanista deste último, uma vez que superestimada a dimensão ética da comunidade. Para Rousseau, deve-se *“[...] transformar cada indivíduo, que por si mesmo é um todo perfeito e solitário, em parte de um todo maior, do qual este indivíduo recebe sua vida e seu ser”*⁶⁷. A perspectiva procedimentalista rechaça, porém, qualquer construção que pressuponha a dissolução do indivíduo no todo social.

Em relação a Kant, a presente análise será centrada em alguns trechos da *“Metafísica dos Costumes”* (*Metaphysik der Sitten*), *“Para a Paz Perpétua”* (*Zum ewigen Frieden*) e do

⁶⁵ Cf. Id., *ibid.*, p. 200.

⁶⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, 1992, p. 132.

⁶⁷ *“[...] transformer chaque individu, qui par lui-même est un tout parfait et solitaire, en partie d’un plus grand tout dont cet individu reçoit sa vie et son être”* (tradução livre). ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, 1993, p. 203.

livro “Sobre o Ditado Popular: o que pode ser correto na teoria não serve, porém, para a prática” (*Über den Gemeinspruch: was mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*).

A noção de contrato social *kantiana* possui forte influência das ideias desenvolvidas por Rousseau⁶⁸ a propósito de um vínculo entre pessoas, que, se antes da socialização eram livres e iguais, continuam, de certa forma, com esse *status* quando decidem conviver sob o pálio do direito⁶⁹.

É preciso esclarecer que o contrato social é considerado por Kant como uma simples ideia da razão, pois não seria possível perquirir sobre um contrato original como fato, celebrado historicamente, por meio do qual as pessoas de uma dada comunidade teriam criado direitos e obrigações capazes de se autovincular. Esse pacto, à diferença de todos os demais, não é meio para alcançar algo, mas constitui um fim em si mesmo⁷⁰. “O fim, portanto, [...] é o direito das pessoas sob leis públicas de coerção, por meio das quais pode ser determinado a cada um o que é seu, e garantida a proteção contra qualquer intervenção de outrem”⁷¹.

Assim, a constituição civil (*bürgerliche Verfassung*), nome dado ao contrato social oriundo da razão pura apriorística, articula os elementos necessários à convivência de homens livres segundo uma lei geral de coerção, ou seja, coordena a liberdade de cada um com as liberdades dos demais. Nesse particular, Kant retomou o conceito de direito, que já fixara na Introdução à Teoria do Direito, segundo o qual “[o] direito é, então, a suma das condições, sob as quais pode ser conciliado o arbítrio de cada um com o arbítrio de outrem, segundo uma lei geral da liberdade”⁷².

Os princípios *a priori* da constituição civil são a liberdade, a igualdade e a autonomia. Não obstante tais princípios sejam conhecidos por sua exposição na obra “A Metafísica dos Costumes”, foi justamente numa obra anterior⁷³ (Sobre o Ditado Popular: o que pode ser correto na teoria não vale, porém, para a prática), escrita com o objetivo de responder a

⁶⁸ Essa é a visão de Kersting, para quem a noção de legitimidade política e social do contrato social *kantiano* advém de Rousseau. Cf. KERSTING, Wolfgang. The civil constitution in every state shall be a republican one. In: HÖFFE, Otfried, AMERIKS, Karl (orgs.). **Kant’s moral and legal philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 250.

⁶⁹ Cf. KANT, I. MS, pp. 172-173.

⁷⁰ Cf. KANT, I. Gemeinspruch, p. 20.

⁷¹ “Der Zweck nun [...] ist das Recht der Menschen unter öffentlichen Zwangsgesetzen, durch welche jedem das Seine bestimmt und gegen jedes anderen Eingriff gesichert werden kann” (tradução livre). Idem, ibidem.

⁷² “[d]as Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann” (tradução livre). KANT, I. MS, p. 66-67.

⁷³ Os princípios apriorísticos da constituição civil também foram articulados de maneira semelhante na obra “Para a Paz Perpétua”, embora de forma não muito detalhada. Cf. KANT, I. ZeF, p. 59.

críticas sobre a aplicabilidade prática de sua teoria moral, que Kant os sistematizou com maior profundidade.

A liberdade de cada membro da sociedade como homem significa a ausência de constrangimentos à busca da felicidade, desde que isso não interfira com o igual direito de outros membros de também buscarem seus próprios projetos, realizações. O Estado não pode interferir na maneira escolhida por cada cidadão para sua auto-realização, devendo a cada um ser garantida a possibilidade de buscar seus próprios interesses. Por outro lado, um Estado que prescrevesse aos cidadãos como alcançar seu próprio bem-estar e felicidade seria despótico, visto que os trataria como crianças que não sabem distinguir o que lhes é útil.

A igualdade como súdito significa que cada cidadão possui iguais direitos de coerção contra os demais, podendo acionar o aparato estatal para constranger um outro cidadão a cumprir a lei. A igualdade não se coaduna com qualquer prerrogativa decorrente de nascimento, porque isso encerraria a possibilidade de transmissão por herança de situações pessoais; logo, só se admite a transmissão do que pode ser alienado como propriedade. Todos os co-súditos devem ter iguais direitos, admitindo-se, contudo, as desigualdades decorrentes do próprio talento e esforço de cada um, razão pela qual nenhum cidadão pode obstar que outro alcance uma determinada posição por seu próprio mérito. Apenas o Chefe do Estado estaria excluído dessa relação de igualdade, já que, por garantir a conservação dos iguais direitos de todos, ele não pode estar sujeito a idênticas regras⁷⁴.

A autonomia de um membro da comunidade como cidadão corresponde à participação como co-legislador (*Mitgesetzgeber*) na elaboração do direito sob o qual todos vivem. Nesse ponto, Kant procede à diferença entre cidadão ativo e cidadão passivo, ou seja, entre membro (*Glied*) e parte (*Teil*) da comunidade⁷⁵. Nesse sentido, o primeiro seria aquele que tem o direito de votar nas deliberações sobre o direito que vinculará toda o povo, já que não depende de ninguém quanto à sua subsistência (critério censitário); ao passo que o segundo, apesar de gozar da proteção do direito, não pode votar, pois não tem condições de assegurar sua existência independente.

Kant enuncia, portanto, elementos que servem de base à ideia de autonomia pública, ou seja, que condicionam a lei ao consentimento daqueles que serão por ela atingidos, malgrado a tese restritiva do voto censitário. Uma vez que Kant considera que “[t]odo direito depende, portanto, de leis”⁷⁶, bem como supõe a ideia da razão, que leva a “[...] vincular

⁷⁴ Cf. KANT, I. *Gemeinspruch*, p. 22.

⁷⁵ Cf. Id., *ibid.*, 26; e KANT, I. *MS*, p. 171.

⁷⁶ “[a]lles Recht hängt nämlich von Gesetzen ab” (tradução livre). KANT, I. *Gemeinspruch*, p. 26.

*todo legislador a editar suas leis, de tal modo, como se pudessem advir da vontade unida de todo um povo, e a considerar todo súdito, na medida em que ele quer ser cidadão, como se ele tivesse dado seu assentimento a tal vontade*⁷⁷, ele acabou sustentando que a submissão à ordem estatal decorre do ato de vontade de cada participante, motivo pelo qual ele não é menos livre que no estado de natureza⁷⁸.

Isso é reforçado pelo princípio geral que deve balizar o julgamento de um povo sobre o seu direito, segundo o qual: “[o] que um povo não pode decidir sobre si mesmo, também o legislador não poderá decidir sobre o povo”⁷⁹. Caso se estabeleça um comparativo com a teoria moral *kantiana*, o que se verifica aqui é a transferência da ideia de autonomia do homem nas questões internas (moral) para as relações externas (direito). Por conseguinte, transfere-se a ideia de auto-legislação racional dos assuntos da moral (interno) para as relações entre os arbítrios dos homens (externo).

Apesar das posições restritivas quanto ao sufrágio, Maus⁸⁰ qualifica Kant como um filósofo democrático, uma vez que a legitimidade do voto censitário fora sustentada naquele período por outros estudiosos da política, inclusive por Rousseau⁸¹, que é considerado o principal defensor da ideia de soberania popular. Por isso, contra aqueles que atacam os supostos democráticos subjacentes à teoria *kantiana*, Maus⁸² adverte que é importante observar o princípio da soberania popular por ele enunciado na defesa da primazia do Poder Legislativo sobre o Executivo e o Judiciário, fruto da participação popular na obra do primeiro.

A relação entre os poderes do Estado é desenvolvida por Kant⁸³ como um silogismo prático, no qual a premissa maior seria a lei (Legislativo), a premissa menor conteria o preceito de proceder nos termos daquela vontade (Executivo), e a conclusão seria a decisão judicial (Judiciário) responsável por atribuir a cada um o que lhe é devido, de acordo com

⁷⁷ “[...] jeden Gesetzgeber zu verbinden, daß er seine Gesetze so gebe, als sie aus dem vereinigten Wille eines ganzen Volks haben entspringen können, und jeden Untertan, sofern er Bürger sein will, so anzusehen, als ob er zu einem solchen Willen mit zusammengestimmt habe” (tradução livre). KANT, I. Gemeinspruch, p. 29. Na mesma linha, confira-se KANT, I. MS, p. 170.

⁷⁸ Cf. KANT, I. MS, p. 173.

⁷⁹ “[w]as ein Volk über sich selbst nicht beschließen kann, das kann der Gesetzgeber auch nicht über das Volk beschließen” (tradução livre). KANT, I. Gemeinspruch, p. 38.

⁸⁰ Cf. MAUS, Ingeborg. Op. cit., 2011, p. 278 e ss.

⁸¹ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Projet de constitution pour la Corse**. Edição eletrônica feita a partir do texto publicado em 1763. Jean-Marie Tremblay (responsável). Université du Québec à Chicoutimi: 2012, p. 20-22. Disponível em http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/projet_corse/projet_corse.html. Acesso em 5 de janeiro de 2013.

⁸² É relevante mencionar que a interpretação da obra de Kant como relevante para a teoria democrática, tal como realizada por Maus, não corresponde à feita tradicionalmente no âmbito da ciência e filosofia políticas. Cf. MAUS, Ingeborg. **Zur Aufklärung der Demokratietheorie: Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 19-31.

⁸³ KANT, I. MS, p. 169-170.

aquela vontade (lei). Ora, se aquela vontade é fruto do consentimento de todos os que serão atingidos, isso implica a precedência da soberania popular sobre os outros poderes do Estado.

Maus vê nessa construção um reforço das instâncias de criação (Legislativo)⁸⁴ sobre aquelas de aplicação do direito (Executivo e Judiciário), algo que se compatibilizaria com a noção de soberania popular como um poder que reside no povo e que não se esgota no ato de instituição de uma constituição⁸⁵.

É importante destacar, todavia, que nem Kant nem Rousseau utilizaram o termo democracia, pois esse vocábulo possuía uma conotação negativa no final do século XVIII⁸⁶.

Rousseau afirmou, por exemplo, que, caso se tome “[...] o termo no rigor da aceção, nunca existiu democracia verdadeira, e nunca existirá”⁸⁷. A causa da deficiência da democracia estava associada à falta de distribuição entre os poderes, pois nela ocorreria a união do executivo e do legislativo num só corpo. Segundo o filósofo genebrino, “[...] não é bom que aquele que faz as leis as execute, nem que o corpo do povo retire sua atenção dos objetivos gerais [...]”⁸⁸. Assim, a democracia não é vista como um bom governo, talvez adequado a um povo de deuses, mas não conveniente aos homens⁸⁹.

Na obra “Para a Paz Perpétua” (“*Zum ewigen Frieden*”), Kant definiu os requisitos necessários para que os Estados vivam num estado de paz entre si. A exigência de que todo Estado tenha uma constituição civil republicana constitui o primeiro artigo definitivo para a paz perpétua. Adverte, porém, para a necessidade de não se confundir a constituição republicana com a democrática⁹⁰. Para tanto, procede à diferenciação entre forma de soberania (*forma imperii*) e forma de governo (*forma regiminis*). A primeira seria subdividida de acordo com a quantidade de pessoas que exercita o poder de domínio, resultando, assim: a autocracia (um), a oligarquia (alguns) e a democracia (todos). A forma de governo, por sua vez, estaria relacionada à forma pela qual o Estado utiliza a plenitude de seu poder, podendo ser, pois, republicana ou despótica. Na forma republicana, há diferenciação entre Poder Executivo e Legislativo, enquanto que “[...] o despotismo é o [princípio estatal] de execução arbitrária de leis pelo Estado, que ele próprio legislou, logo poder público, contanto que

⁸⁴ Vale esclarecer que a exposição da separação dos poderes com a ênfase na supremacia do Legislativo sobre os demais remonta a Locke. Cf. LOCKE, John. Two treatises of government. **The Works of John Locke**. Vol. V. Londres: Tegg, 1823. Reproduzida em fac-símile por Scientia Verlag Aalen, 1963, p. 426-433.

⁸⁵ Cf. MAUS, Ingeborg. Op. cit., 1994, p. 36.

⁸⁶ Cf. MAUS, Ingeborg. Op. cit., 2011, p. 192 e 278.

⁸⁷ “[...] le terme dans la rigueur de l’acception, il n’a jamais existé de véritable démocratie, et il n’en existera jamais” (tradução livre). ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., 1993, p. 226.

⁸⁸ “[...] il n’est pas bon que celui qui fait les lois les exécute, ni que le corps du peuple détourne son attention des vues générales [...]” (tradução livre). Idem, ibidem.

⁸⁹ Cf. Id., ibid., p. 228.

⁹⁰ Cf. KANT, I. Zef, p. 62.

manejada pelo governante como sua vontade privada”⁹¹. A democracia é, então, identificada com o despotismo⁹², o que alinha Kant com a mesma visão negativa de Rousseau a respeito da democracia.

Outro aspecto ressaltado por Kant sobre a forma de exercício do governo é a ideia de representatividade, que significa, em síntese, a separação entre quem executa a vontade (Poder Executivo) e quem forma a vontade (Poder Legislativo). Nesse ponto, assevera ser impossível realizar o governo representativo numa democracia, “[...] *porque nela todos querem ser soberano*”⁹³.

Por meio dessa breve digressão, objetivou-se acentuar a necessidade de cautela na utilização da palavra democracia no pensamento de Kant e de Rousseau. Pode-se dizer, contudo, que o que eles descreveram como Estado republicano assemelha-se ao que se define, hodiernamente, como Estado democrático de direito, caso se leve em consideração a ideia de uma forma de associação entre pessoas livres e iguais que decidem sobre as leis que regulamentarão a sua convivência.

É relevante destacar, doravante, os aspectos que aproximam a constituição civil *kantiana* da ideia de código do direito articulada na teoria do discurso. Tendo em vista que o código do direito é pressuposto na construção *habermasiana*, ele apresenta a mesma característica apriorística dos princípios que fundam a constituição civil. A suposição de que a socialização depende da liberdade e igualdade dos participantes (auto-realização) está presente em Kant e Habermas.

Por outro lado, deve-se alertar que, em relação aos direitos de liberdade, há uma diferença relevante entre os referidos filósofos. Na teoria do discurso, os direitos de liberdade (*Freiheitsrechte*), que integram o chamado código do direito, não abarcam os direitos de participação política, objeto de outra categoria de direitos, como já explicitado acima. Para Kant, porém, a participação política está intrinsecamente conectada à liberdade jurídica (externa). Não é por outra razão que esta é considerada como “[...] *a faculdade de não obedecer a quaisquer leis externas, às quais não se pôde dar assentimento*”⁹⁴. Como

⁹¹ “[...] *der Despotism ist das [Staatsprinzip] der eigenmächtigen Vollziehung des Staats von Gesetzen, die er selbst gegeben hat, mithin der öffentliche Gewalt, sofern er von dem Regenten als sein Privatwille gehandhabt wird*” (tradução livre). KANT, I. Zef, p. 62.

⁹² Idem, *ibidem*.

⁹³ “[...] *weil alles da Herr sein will*” (tradução livre). Id., *ibid.*, p. 63.

⁹⁴ “[...] *die Befugnis, keinen äußeren Gesetzen zu gehorchen, als zu denen ich meine Bestimmung habe geben können*” (tradução livre). Id., *ibid.*, p. 60.

esclarece Maus, os direitos de liberdade para Kant abrangem os direitos de autonomia privada e política, motivo pelo qual a liberdade privada é assegurada pela participação política⁹⁵.

Enquanto na teoria do discurso o que é dado *a priori* (código do direito) alcança apenas a liberdade e a igualdade, na constituição civil *kantiana* também a participação política representa um princípio dado. Nesse ponto, a articulação entre autonomia privada e autonomia pública é mais complexa na teoria do discurso. Aos direitos de liberdade são contrapostos os direitos de participação política, mas não para demonstrar que essas tradições da filosofia política (liberal e democrática) sejam irreconciliáveis. Com efeito, a tese da co-originalidade pretende suspender qualquer relação de precedência, apontando, antes, para a imbricação recíproca entre *Rechtstaat* e soberania popular.

O que se buscou, na primeira parte da exposição, foi relacionar a tese da co-originalidade entre *Rechtstaat* (autonomia privada) e democracia (autonomia pública) com as ideias de Rousseau a propósito do contrato social. Na segunda parte, por outro lado, pretendeu-se desenvolver os pressupostos subjacentes à constituição civil *kantiana*, a fim de analisar como eles influenciaram o modelo normativo de democracia da teoria do discurso. O próprio Habermas ressaltou que a articulação entre *Rechtstaat* (autonomia privada) e democracia (autonomia pública) já fora engendrada por Kant e Rousseau, não obstante nenhum deles tenha proposto que esses elementos estivessem numa relação de implicação recíproca.

1.4. Autonomia privada, autonomia pública e controle de constitucionalidade

A maior complexidade da construção habermasiana relaciona-se à aplicação da teoria do discurso ao código do direito e à forma do direito, ou seja, à presença de pressupostos que ultrapassam a filosofia da consciência *kantiana*. Ao contrário do *solipsismo*, a construção filosófica da ética do discurso está articulada sob a dimensão da alteridade (intersubjetividade), cuja abordagem tornou-se possível não apenas pela tematização da linguagem pela Filosofia, mas, sobretudo, da dimensão comunicativa da linguagem⁹⁶.

A linguagem compreendida como “*forma prática da vida comunicativa comum das pessoas*”⁹⁷, da qual não se pode prescindir se se objetiva compreender algo no mundo, pois toda compreensão depende de uma relação com um co-sujeito, ou seja, da intersubjetividade.

⁹⁵ Cf. MAUS, Ingeborg. Op. cit., 2011, p. 199.

⁹⁶ Cf. MILOVIC, Miroslav. **Filosofia da comunicação**: para uma crítica da modernidade. Brasília: Plano, 2002, p. 201.

⁹⁷ Id., *ibid.*, p. 179.

À primeira vista, pode-se compreendê-la como uma radicalização da proposta transcendental kantiana, à medida em que se ocupa do fundamento último⁹⁸. Contudo, não se resume a isso, pois se ocupa da busca daquilo

que é implicitamente pressuposto por todos e, ao mergulhar em seus pensamentos, chega à idéia da comunidade de comunicação, assim como à tese da mediação da fundamentação das normas através do consenso de todos que consideram essas normas relevantes⁹⁹.

Enfatiza-se, pois, o papel constitutivo do indivíduo (autônomo) na construção da ordem legítima. Em outras palavras, somente se reconhece a capacidade de uma ordem para vincular, se a todos os possíveis atingidos por suas prescrições foi dada a oportunidade de participar em igualdade de condições dos processos de deliberação.

Dessa forma, a teoria procedimentalista da democracia funcionará como um ideal regulativo, mas não de uma maneira transcendental *kantiana*, apartada da realidade, que surge a partir de um sujeito monológico. O plano da validade na teoria do discurso é ele próprio articulado intersubjetivamente, de maneira reflexiva. Assim, propõe-se uma transcendência fraca ou contextual, que se articula reflexivamente no plano da validade, para, em seguida, destranscendentalizar-se e permitir um olhar crítico sobre o plano da facticidade.

Por meio desse processo de transcendência contextualizada, será analisado o controle de constitucionalidade, sobretudo como ele tem se apresentado depois da Segunda Grande Guerra, estabelecido como uma garantia essencial de subsistência da democracia. A ideia *kelseniana* do legislador negativo, nesse contexto, foi adotada como forma, sobretudo nas democracias parlamentares da Europa, de proteção das minorias em relação às majorias. A concepção liberal suposta nesse processo, todavia, reduziu a democracia à garantia do pluralismo de ideias e concepções, bem como dos sujeitos individualizados e seus projetos de auto-realização contra indevidas interferências do aparato estatal e de terceiros.

A instituição dos tribunais ou cortes constitucionais como órgãos fora do clássico esquema de tripartição dos poderes reforçou a ideia de que, para salvaguardar a democracia, seria necessário um órgão cuja interpretação da Constituição pudesse vincular toda a sociedade e suspender as decisões da maioria para preservar a própria democracia. Isso demonstrou, na verdade, uma clara desconfiança com o funcionamento dos processos

⁹⁸ Cf. MILOVIC, Miroslav. Op. cit., p. 193

⁹⁹ Id., ibid., p. 245.

políticos, principalmente porque isso se verificou de maneira mais intensa em países com histórico totalitário¹⁰⁰.

No entanto, esse mecanismo de imunização da democracia contra ela própria pode apresentar graves riscos para as próprias democracias contemporâneas, sobretudo pela redução da autonomia pública dos cidadãos e pela desarticulação da relação de implicação recíproca entre *Rechtsstaat* e soberania popular.

Assim, nos próximos capítulos, verificar-se-á como a prática do controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional italiana, especialmente na edição das chamadas sentenças de efeitos aditivos, relaciona-se com o modelo de democracia da teoria do discurso. Em síntese, o plano contra-fático (democracia normativa da teoria do discurso) fornecerá os subsídios, para que se proceda à crítica da realidade (facticidade).

Para tanto, não se pretende recorrer à fórmula simplificadora de que os órgãos do Poder Judiciário e as Cortes Constitucionais estão subordinados à legislação (Poder Legislativo), o que pressuporia uma relação de hierarquia entre eles. A principal preocupação consiste em perceber como a atuação dos referidos tribunais pode afetar a co-originalidade entre autonomia pública e privada, reforçando um em detrimento do outro ou, até mesmo, desarticulando os dois. A autonomia pública é compreendida, na perspectiva *habermasiana*, ou seja, de maneira mais ampla que a participação nos processos institucionalizados que ocorrem no âmbito do Poder Legislativo (formação da vontade), pois abrange processos informais de formação da opinião, que não podem ser reconduzidos a estruturas estatais centralizadoras.

¹⁰⁰ Cf. MÖLLERS, Cristoph. **Die drei Gewalten**: Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Euopäischer Integration und Internationalisierung. Velbrück: Velbrück Wissenschaft, 2008, p. 137.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ITÁLIA E AS SENTENÇAS MANIPULATIVAS

2.1 A institucionalização jurídica do fascismo

No presente tópico, serão expostos alguns traços e acontecimentos da história jurídico-política italiana anterior à Constituição de 1947, sem a pretensão de construir um relato minucioso, mas apenas de trazer elementos que permitam a compreensão do modelo totalitário que se instalou naquele país depois da ascensão de Benito Mussolini ao cargo de Primeiro-ministro, em 31 de outubro de 1922.

A referência a elementos de cunho histórico servirá para melhor entender os motivos pelos quais a Assembleia Constituinte, instalada após a queda do regime fascista, optou por um modelo de controle de constitucionalidade reforçado em relação ao até então existente, bem como por que razão a Corte Constitucional italiana, instituída pela primeira vez na Itália com a Constituição de 1947, passou a atuar como protagonista de relevantes modificações/atualizações legislativas, criando vários tipos de decisões, a fim de “adaptar” a legislação fascista aos ditames da nova ordem democrática.

Com as chamadas “*Leggi Fascistissime*”, conjunto de leis editadas com o intuito de adaptar a monarquia constitucional aos interesses do Partido Nacional Fascista (PNF), iniciou-se o período de institucionalização jurídica do Estado totalitário e corporativista na Itália. A Lei 24 de dezembro de 1925, nº 2263, por exemplo, redefiniu as atribuições e prerrogativas do Presidente do Conselho de Ministros, que, doravante, passava a ser denominado “*Capo del Governo, Primo Ministro e Segretario di Stato*”. Por meio dela, garantiu-se ao Chefe de Governo uma posição de superioridade hierárquica em relação aos demais Ministros e a possibilidade de acúmulo de funções ministeriais (arts. 1º, 2º, 3º e 4º). A par disso, submeteu a ordem do dia das duas Câmaras constitutivas do Parlamento ao prévio assentimento do Chefe de Governo. A Lei 31 de janeiro de 1926, nº 100, por sua vez, permitiu que o Poder Executivo editasse atos normativos (decreto real).

A restrição à livre manifestação do pensamento e ao funcionamento dos partidos ou associações contrários ao fascismo cristalizou-se com a edição da Lei 25 de novembro de 1926, nº 2008, denominada “Lei para a Defesa do Estado”. Ela instituiu a pena de morte para a prática de crimes contra a vida, a liberdade e a integridade pessoal do rei ou do chefe de governo (art. 1º). Previu, também, a pena de prisão para aqueles que criassem, mesmo que sob a forma ou nome diverso, partidos, associações ou organizações dissolvidas pela autoridade

pública. Além disso, os condenados ficariam proibidos de exercer qualquer ofício público (art. 4º). A competência para julgar os crimes previstos nessa lei foi deferida a um tribunal especial, cuja composição era atribuída ao Ministro para a Guerra, sendo que os membros eram integrantes do Alto Comando das Forças Armadas e da Milícia Voluntária para a Segurança Nacional. As decisões desse tribunal eram irrecorríveis, salvo a possibilidade de revisão (Art. 7º), e, por meio de sua atuação, muitos opositores do regime foram condenados, como Antonio Gramsci¹⁰¹.

As medidas destinadas a garantir a existência de um modelo de partido único, com a supressão das liberdades de associação e de livre manifestação do pensamento, foram complementadas com aquelas destinadas a colocar o Estado numa posição de integrador de todas as classes sociais, permitindo a

[...] total disciplina da vida econômica e social italiana, eliminando os contrastes de classe com uma nova regulamentação das relações de trabalho, e submetendo à direção e controle do aparato estatal toda atividade de produção e de comércio, em vista de um interesse coletivo, considerado prevalente em relação àquele privado de pessoas ou de grupos¹⁰².

No âmbito das relações trabalhistas, o Fascismo tentou engendrar o sistema corporativista, no qual não haveria mais a contínua luta entre capital e trabalho, que, a partir daí, seriam absorvidos pelo Estado. A consolidação jurídico-institucional de tal ideário ocorreu por meio da Lei 3 de abril de 1926, nº 563, também conhecida como “*Legge Fascistissime*”, que disciplinou as relações de trabalho, proibindo o exercício do direito de greve pelos trabalhadores e do *lockout* pelos empregadores (art. 18), assim como instituindo magistrados do trabalho para dirimir os conflitos entre os polos da relação trabalhista (art. 13). Tal ato normativo condicionou o reconhecimento das entidades associativas à prévia aprovação estatal (art. 4º), bem como fez depender da aprovação do Poder Executivo a eficácia da eleição e da indicação do presidente e do secretário das associações (art. 7º).

A “*Carta del Lavoro*”, de 21 de abril de 1927, consolidou a orientação ideológica geral do Estado Fascista, ratificando as medidas relacionadas às relações entre trabalho e capital, subordinando ambos aos interesses estatais. É curioso notar que, em seu primeiro artigo, enunciou-se que a nação italiana era uma unidade moral, política e econômica que se

¹⁰¹ Cf. CARRASCO, Ángel M. Varas, DIEGUES, Carlos Dias. O contexto histórico das Cartas do Cárcere. In: GRAMSCI, Antonio. **Cartas do cárcere**: antologia. Galiza: Estaleiro, 2011, p. 29.

¹⁰² [...] totale disciplina della vita economica e sociale italiana eliminando i contrasti di classe con una nova regolamentazione dei rapporti di lavoro e sottoponendo alla guida e al controllo dell'apparato statale ogni attività di produzione e di scambio in vista di un interesse collettivo, considerato prevalente rispetto a quello privato di persone o di gruppi (tradução livre do original). GHISALBERTI, Carlo. **Storia costituzionale d'italia**: 1848/1994. Roma: Laterza, 2003, p. 367-368.

realizava integralmente no Estado Fascista, o que demonstrava o objetivo de unir Estado e sociedade num todo orgânico.

No que se refere às relações com a Igreja Católica, Apostólica Romana, merece destaque o Tratado de São Latrão, que foi assinado entre o Estado italiano e a Santa Sé, em 11 de fevereiro de 1929. Por meio dele, foi reconhecida a soberania do Estado do Vaticano, sob autoridade do papa, bem como o direito à indenização financeira, a ser paga à Santa Sé, pela perda de territórios ocorrida durante a unificação italiana. A Igreja, por sua vez, reconheceu formalmente Roma como a capital da Itália. O tratado também estabeleceu o catolicismo como religião oficial do Estado italiano, aproximando Mussolini das massas católicas e do beneplácito da Igreja¹⁰³.

Quanto ao plano político, merece destaque a transformação do Grande Conselho do fascismo (*Gran Consiglio del fascismo*) – antes apenas órgão do PNF – em "órgão supremo, que coordena e integra todas as atividades do regime surgido da revolução de outubro de 1922", operada pela Lei 9 de dezembro de 1928, nº 2693, o que contribuiu decisivamente para a identificação entre Estado e partido buscada pelo regime.

Como era previsível, o Chefe de Governo também exercia a função de Presidente do referido Conselho, que poderia ser convocado quando aquele entendesse necessário (art. 2º). O Conselho tinha a atribuição de manifestar-se sobre todas as questões constitucionais, que incluíam: a) a sucessão do trono, atribuições e prerrogativas da Coroa; b) composição e funcionamento do próprio conselho, do Senado e da Câmara dos Deputados; c) as atribuições e prerrogativas do Chefe de Governo; d) a faculdade do Poder Executivo de editar normas jurídicas; e) o ordenamento sindical e corporativo; f) as relações entre o Estado e a Santa Sé; e, g) os tratados internacionais que importem alteração do território do Estado e das colônias ou renúncia de aquisição de território (art. 12).

Nesse ponto, verificou-se uma modificação profunda no direito público italiano, uma vez que lhe era estranha a distinção entre legislação constitucional e legislação ordinária¹⁰⁴, pois a Constituição italiana em vigor à época, o Estatuto Albertino, era flexível, prevendo apenas o procedimento legislativo ordinário para a elaboração de qualquer ato normativo.

No plano eleitoral, o Grande Conselho do fascismo representava um limite essencial ao exercício da soberania popular, já que deliberava previamente sobre a lista dos deputados a ser submetida ao eleitorado (art. 11). Tal atribuição fora deferida ao Conselho antes de sua elevação ao patamar de órgão supremo do Estado, por meio da Lei 17 de maio de 1928, nº

¹⁰³ Cf. GHISALBERTI, Carlo. Op. cit., p. 366.

¹⁰⁴ Cf. Id, ibid., p. 362.

1019. Este ato normativo atribuía às confederações nacionais de sindicatos, entidades e associações, desde que reconhecidas pelo Estado, a indicação de listas de possíveis candidatos (arts. 3º e 4º) ao Grande Conselho. Este órgão, em seguida, cumpria o papel de “filtro”, escolhendo os nomes que seriam submetidos à escolha plebiscitária do eleitorado. Vale ressaltar que o soberano órgão do PNF possuía a faculdade de escolher discricionariamente, entre os nomes indicados pelas entidades ligadas ao Estado, aqueles que integrariam a lista final. Poderia, inclusive, acrescentar outros, desde que necessário para fazer constar da lista “[...] *persoas de clara fama nas ciências, nas letras, nas artes, na política e nas armas, que tivessem permanecido fora da lista de candidatos*” (art. 5º)¹⁰⁵.

O golpe final desferido contra a soberania popular foi consubstanciado na supressão da Câmara dos Deputados e na sua substituição pela *Camera dei Fasci e delle Corporazioni*, implementada pelo art. 1º da Lei 19 de janeiro de 1939, nº 129. Os integrantes da nova câmara não eram mais escolhidos por meio do voto popular, ainda que plebiscitário. Segundo o art. 3º da lei referida, o novo órgão legislativo era formado pelos componentes do Conselho Nacional do Partido Nacional Fascista e pelo Conselho Nacional das Corporações¹⁰⁶. Além disso, o “*Duce del Fascismo*”, como era denominado o Chefe de Governo, também compunha o novo órgão (art. 4º).

2.2 A Constituição italiana de 1947

A análise do arcabouço jurídico produzido sob a égide do Estado italiano comandado por Mussolini parece confirmar a visão de Hobsbawn, no sentido de que a ascensão do fascismo era hostil “*à herança do Iluminismo e da Revolução Francesa do século XVIII*”¹⁰⁷ e de que “*era triunfantemente antiliberal*”¹⁰⁸. A ideologia fascista opunha-se, portanto, à tradição liberal de garantia de liberdades individuais e separação dos poderes, bem como ao ideário da soberania popular.

¹⁰⁵ “[...] *persone di chiara fama nelle scienze, nelle lettere, nelle arti, nella politica e nelle armi, che siano rimaste escluse dall’elenco dei candidati*”.

¹⁰⁶ O Conselho Nacional das Corporações, embora criado por meio dos Decretos Reais de 2 de julho de 1926, nº 1131, e de 14 de julho de 1927, nº 1347, só entrou em funcionamento em 1930, depois da edição da Lei 20 de março de 1930, nº 206.

¹⁰⁷ HOBBSAWN, Eric. **Era dos extremos** - o breve século XX: 1914-1991. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 122.

¹⁰⁸ Idem, ibidem.

O fascismo italiano engendrou, tal como o nazismo na Alemanha¹⁰⁹, o que se pode denominar de Estado totalitário. Segundo Zippelius¹¹⁰, o que caracteriza esse Estado é a conjugação dos conceitos de poder autocrático, autoritário e totalitário. O primeiro deles relaciona-se ao domínio político obtido pelo ditador por sua própria em força, em oposição à ditadura comissária¹¹¹, na qual aquele poder seria temporariamente concedido em situações de emergência ao governante. O governo autoritário opõe-se à democracia majoritária, significando que o poder soberano não decorre da vontade dos cidadãos, mas do governante. Por fim, o poder totalitário é a antítese do liberalismo, com a sua tendência a formatar e se estender, na maior medida possível, por toda a vida de uma comunidade, o que se observa nas várias medidas implementadas no âmbito do Estado fascista italiano, a fim de colocar sob sua direção e supervisão todos os setores sociais (trabalhadores, empregadores, Igreja, etc.).

A necessidade de ruptura com a herança totalitária serviu de impulso às mudanças que ocorreram na Itália depois da derrota para as Forças Aliadas. Rejeitou-se, contudo, o retorno ao modelo liberal frágil do Estatuto Albertino, já que se adaptara facilmente, em razão de sua elasticidade (flexibilidade), ao regime fascista¹¹².

A fim de estabelecer a participação popular na deliberação dos mais importantes assuntos da nova ordem que estava em formação, o Decreto-Lei do *Luogotenente* de 25 de junho de 1944 nº 156, considerado a “primeira constituição provisória”, previu a convocação do povo italiano para exercer o sufrágio universal e eleger uma Assembleia Constituinte. Com o Decreto-Lei do *Luogotenente* de 16 de março de 1946 nº 98, conhecido como “segunda constituição provisória”, determinou-se que a escolha da forma institucional (monarquia ou república) caberia ao povo, em *referendum* que ocorreria simultaneamente à escolha dos membros da Assembleia Constituinte.

Depois de eleita, a Assembleia Constituinte delegou a elaboração do projeto de Constituição a uma Comissão de 75 Deputados (conhecida como “Comissão dos 75”), composta por membros de todas as forças políticas, que, depois de seis meses de trabalho, entregou o texto constitucional para debate e votação. Após 173 sessões, o projeto foi discutido e aprovado pela Assembleia Constituinte, no dia 22 de dezembro de 1947. A Constituição italiana entrou em vigor no dia 1º de janeiro do ano seguinte, fruto de um

¹⁰⁹ Para um aprofundamento dos motivos da aproximação histórica entre Mussolini e Hitler, bem como ressaltando diferenças entre os modelos de Estado total implementados na Alemanha e na Itália. Cf. GHISALBERTI, Carlo. Op. cit., p. 378 e ss.

¹¹⁰ Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. *Allgemeine Staatslehre: Politikwissenschaft*. Munique: C.H. Beck, 2010, p. 225.

¹¹¹ Cf. Id., *ibid.*, p. 137-138.

¹¹² Cf. BARILE, Paolo. *Scritti di diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, 1967, p. 377.

processo de participação popular inédito na história do país¹¹³, que, inclusive, submeteu a Assembleia Constituinte à adoção da forma republicana, objeto de escolha direta pelo próprio povo no *referendum* acima mencionado.

A Constituição italiana de 1947 recebeu forte influência do constitucionalismo liberal, visto que parte dos membros da “*Comissione dei Settantacinque*” (Comissão dos 75) advinha da tradição liberal-democrática do Direito Público italiano, tais como Piero Calamandrei, Meuccio Ruini e Tommaso Petrassi¹¹⁴.

Em relação à tradição liberal, devem ser mencionados os dispositivos relacionados à separação de poderes (funções) e ao reconhecimento de direitos aos cidadãos.

Quanto à organização dos poderes, vários dispositivos constitucionais foram preordenados para evitar

[...] não só a repetição de experiências autoritárias ou totalitárias do tipo daquela realizada sob o fascismo na Itália, mas também da vontade de prevenir toda ingerência e toda imposição de um poder sobre o outro, considerando isso perigoso para a essência mesma da democracia¹¹⁵.

Assim, objetivando impedir a concentração de poderes na figura do Presidente da República, ele foi colocado fora do Poder Executivo, atribuindo-se sua escolha ao Parlamento (art. 83, 1). O Presidente da República exerce a função de chefe de Estado e representa a unidade nacional (art. 87, 1). Possui, igualmente, a atribuição de promulgar as leis aprovadas pelo Parlamento (art. 73, 1), podendo, contudo, requerer nova deliberação a respeito do tema, por meio de mensagem motivada (art. 74, 1), o que se assemelha ao veto dos sistemas presidencialistas.

Na estrutura da Constituição em vigor, houve um reforço do Poder Legislativo, traço característico de sistemas parlamentares. Nesse sentido, a permanência do Governo (Poder Executivo), composto pelo Conselho de Ministros e seu Presidente (arts. 92 e 95), depende da confiança do Parlamento (art. 94), formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado da República (art. 55, 1).

O controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, previsto no art. 113 da Constituição italiana vigente, mostra-se também como relevante aspecto de limitação do

¹¹³ A Constituição italiana anterior, conhecida como Estatuto Albertino, fora outorgada pelo Rei Carlos Alberto em 1848. Inicialmente, fora editada apenas para o Piemonte, depois foi estendida para o Reino da Itália, após a unificação ocorrida em 1861.

¹¹⁴ Cf. GHISALBERTI, Carlo. Op. cit., p. 412-413.

¹¹⁵ [...] non soltanto il repetersi di esperienze autoritarie o totalitarie del tipo di quella realizzata sotto il fascismo in Italia, ma anche dalla volontà di prevenire ogni ingerenza e ogni sopraffazione di un potere sull'altro, ritenendo ciò pericoloso per l'essenza stessa della democrazia. Id., ibid., p. 422.

exercício do poder estatal, sendo traço característico da influência liberal na configuração do Estado italiano posterior à Segunda Grande Guerra.

Ao Poder Judiciário, por sua vez, foi garantida independência formal em relação aos demais poderes (art. 104, 1, da Constituição de 1947), algo que não existia no período da monarquia constitucional, pois os magistrados exerciam a atividade judicante em nome do rei e eram por ele nomeados¹¹⁶. Os juízes passaram, então, a subordinar-se unicamente à lei (art. 101, 2), com nomeação por concurso público (art. 106, 1). Embora o Presidente da República exerça a função de Presidente do Conselho Superior da Magistratura¹¹⁷ (art. 87, 10 c/c art. 104, 2), ele não possui qualquer ingerência no exercício da jurisdição, visto que aquele órgão colegiado possui apenas função administrativa em relação à magistratura.

A Constituição italiana em vigor estatui que os direitos invioláveis do homem são reconhecidos e garantidos, seja como indivíduo, seja nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade (art. 2º). A partir de uma perspectiva liberal, relacionada à auto-realização da personalidade, ou seja, que engloba direitos contra a ingerência do Estado na conformação dos projetos de vida de cada cidadão, podem-se mencionar, como desenvolvimento daquele reconhecimento genérico de direitos, os seguintes: igualdade perante a lei (art. 3º); inviolabilidade de domicílio (art. 14); sigilo das correspondências (art. 15); liberdade de ir e vir (art. 16); entre outros.

Os direitos enunciados não se limitam àqueles relacionados ao ideário liberal clássico, pois a Constituição de 1947 foi fruto de um compromisso¹¹⁸ entre forças políticas heterogêneas (democracia cristã, partidos comunista e socialista e grupos de inspiração liberal) que tiveram protagonismo depois da queda do regime fascista. Por essa razão, alguns

¹¹⁶ Cf. GHISALBERTI, Carlo. Op. cit., p. 418-419.

¹¹⁷ Segundo Biscaretti di Ruffia, o Conselho Superior da Magistratura conferiu plena independência ao Poder Judiciário, pois o livrou da anterior subordinação formal ao Rei e da vinculação material ao Ministério da Graça e Justiça (Governo). Cf. RUFFIA, Paolo Biscaretti di. La costituzione italiana nell'ottica comparatistica. In: **II Politico**: Revista Italiana di Scienze Politiche. Università degli Studi di Pavia, Ano LIV, jan/mar 1989, n 1, pp. 5-17, p. 11.

¹¹⁸ De acordo com Barile, como a Constituição de 1947 foi resultado de um compromisso entre as forças políticas predominantes da época, ela possui muitas normas anfibológicas, que podem ser objeto de interpretação diferenciada a depender da conjuntura política de um determinado período. Cf. BARILE, Paolo. Op. cit., p. 385. Seguindo a mesma linha de que a Constituição italiana do pós-guerra é resultado do compromisso de forças políticas, cf. Id., ibid., p. 12, e GHISALBERTI, Carlo. Op. cit., p. 414. Todavia, Gaetano Silvestri critica a percepção generalizada entre os historiadores e juristas italianos, no sentido de que os trabalhos da Assembleia Constituinte foram conduzidos por um compromisso entre os quinze partidos políticos, com ideologias heterogêneas e sem possibilidade de formar maioria isoladamente, que elegeram representantes na Constituinte. Para ele, a noção de compromisso não se coaduna com a criação de um sistema constitucional estável e duradouro, porque subjacente a ideia de que aquele sempre pode ser superado pelas vicissitudes políticas. Por conseguinte, sustenta que teria ocorrido uma fusão de diversas culturas políticas, imbuídas da vontade de formar uma nova democracia, que, para durar muito tempo, não deveria simplesmente ser uma repetição das instituições liberais clássicas. Cf. SILVESTRI, Gaetano. La nascita della costituzione italiana ed suoi valori fondamentali. In: **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, vol. 56, nº 3, jul./set. 2006, pp. 585-596, p. 590-591.

dispositivos apontam para a igualdade material, tal qual o princípio fundamental previsto no art. 3º, segundo o qual o Estado está encarregado de remover os obstáculos de ordem econômica e social que limitem, de fato, a liberdade e igualdade dos cidadãos.

Quanto à tradição democrática, entendida aqui no viés de autodeterminação coletiva, como já foi articulado no capítulo anterior, o art. 1º da Constituição de 1947 estabelece que a soberania pertence ao povo, que a exerce na forma e nos limites fixados pela Constituição. Entre as formas de participação popular previstas, merecem destaque as seguintes: *referendum* popular para deliberar sobre a ab-rogação de lei ou ato com força de lei, por requerimento de 500 mil eleitores ou cinco Conselhos Regionais (art. 75); sufrágio universal, secreto e livre (art. 48); liberdade de associação partidária para concorrer democraticamente à definição da política nacional (art. 49) e livre acesso aos cargos públicos e eletivos em condições de igualdade, segundo requisitos estabelecidos em lei (art. 51).

A vigente Constituição italiana representa, de maneira emblemática, o contexto histórico que se seguiu à queda de regimes totalitários em países diretamente envolvidos na Segunda Grande Guerra (Alemanha e Itália, por exemplo), no qual houve forte confluência entre as tradições da soberania popular e do liberalismo político. É relevante destacar que

[...] a atribuição da soberania ao povo não podia renegar o fato de que se deveria chegar, no final, a uma constituição rígida, protegida por particulares garantias – como um especial procedimento de revisão, ou o controle de constitucionalidade –: *una costituzione opponível aos representantes do povo soberano, e não somente uma constituição querida pelo povo soberano* (itálicos do original)¹¹⁹.

Isso significa que a ideia de soberania popular foi matizada (mediada) pelo constitucionalismo liberal, assim como o constitucionalismo liberal foi articulado por meio da soberania popular¹²⁰. Nesse sentido, aponta Mortati que o constituinte italiano não confundiu, tal como se verificara no processo revolucionário francês, o poder constituinte como fato e como sujeito jurídico¹²¹. A atribuição da soberania ao povo liga-se intimamente ao caráter democrático do regime que se instaurou depois da queda do fascismo, mas não pode ser interpretada de forma apartada do que estatui a própria Constituição, como se fosse um poder não submetido à ordem jurídica. “*O povo, por isso, é soberano pela vontade da Constituição*”

¹¹⁹ [...] l’attribuzione della sovranità al popolo non poteva far dimenticare il fatto che alla fine se sarebbe dovuto comunque pervenire ad una costituzione rigida, protetta da particolari garanzie – come uno speciale procedimento di revisione, o come il sindacato di costituzionalità –: *una costituzione opponibile ai rappresentanti del popolo sovrano, e non solo una costituzione voluta dal popolo sovrano* (itálicos do original) (tradução livre). FIORAVANTE, Maurizio. Op. cit., p. 230.

¹²⁰ Para maior detalhamento dessa articulação, conferir capítulo anterior.

¹²¹ No capítulo precedente, já houve melhor detalhamento a respeito dessa distinção.

e sob a condição de que aja para os fins e segundo os procedimentos por essa predispostos ou nessa implícitos”¹²².

Por tal motivo, compreende-se a opção por uma Constituição rígida¹²³ na Itália pós-fascista, na qual qualquer modificação depende de um processo diferenciado em relação ao previsto para a legislação ordinária (art. 138 da Lei Fundamental), o que subtrai de maiorias ocasionais o poder de modificar o que fora projetado para ser perene. A par disso, a fixação de uma cláusula intangível, qual seja, a que define a forma republicana (art. 139), representa a imunização da escolha diretamente feita pelo povo no *referendum* realizado no dia 2 de junho de 1946.

A rigidez constitucional, sobretudo naquele período histórico, estava associada não apenas à ideia de supremacia da lei constitucional em relação à legislação infraconstitucional – mediante o mecanismo mais complexo de alteração da primeira –, mas também ao estabelecimento de um sistema de garantias apto a consolidar a posição hierárquica da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Considerava-se, pois, indispensável instituir processos adequados para a verificação da conformidade da legislação infraconstitucional em relação à lei constitucional¹²⁴.

Durante os debates ocorridos na Assembleia Constituinte italiana, surgiram várias propostas relacionadas ao modelo de controle de constitucionalidade a ser adotado. É interessante notar que somente o deputado Luigi Einaudi defendera a implantação do modelo estadunidense de controle de constitucionalidade, atribuindo a todo e qualquer juiz a função de afastar a aplicação de normas violadoras da Constituição (difuso). De acordo com Pasquino¹²⁵, dois motivos podem ser elencados para a rejeição do modelo da *judicial review* estadunidense na Itália: a) desconfiança quanto ao comportamento do Poder Judiciário, sobretudo pela ideia de separação de poderes como subordinação daquele ao Poder Legislativo; e, b) a consciência de que a magistratura não se desvincularia facilmente de suas conexões com o fascismo.

¹²² “Il popolo perciò è sovrano per volontà della costituzione ed a condizione che agisca per i fini e secondo i procedimenti da essa predisposti, o in essa impliciti” (tradução livre). MORTATI, Constantino. **Istituzione di diritto pubblico**. Tomo I. 10 ed. Padova: CEDAM, 1991, p. 153.

¹²³ Pasquino aponta que a ideia de constituição rígida era um consenso entre os membros da Assembleia Constituinte, recaindo a divergência tão somente sobre a forma de garantia da constituição. Cf. PASQUINO, Pasquale. L’origine du contrôle de constitutionnalité en Italie. In: PASQUINO, Pasquale, BILLI, Francesca. **The political origins of constitutional courts: Italy, Germany, France, Poland, Canada, United Kingdom**. Roma: Fondazione Adriano Olivetti, 2009, pp. 115-127, p. 117.

¹²⁴ Cf. RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Diritto costituzionale: lo stato democratico moderno**. Vol. II. Nápoles: Casa Ed. Dott. Eugenio Jovene, 1950, p. 43.

¹²⁵ Cf. PASQUINO, Pasquale. Op. cit., 2009, pp. 119-120.

Na verdade, nenhuma das constituições europeias surgidas no período pós-autoritário deferiu aos membros regulares do Poder Judiciário o exercício do controle de constitucionalidade¹²⁶. Pairava grande suspeita sobre o comportamento da magistratura ordinária, decorrente da subserviência demonstrada às estruturas de poder do período totalitário, o que recomendava atribuir a proteção da Constituição a um órgão novo, colocado fora da estrutura do Poder Judiciário e isento da acusação de ter contribuído na aplicação de normas ilegitimamente produzidas.

2.3 A Corte Constitucional italiana

O surgimento da Corte Constitucional na Itália e na Alemanha¹²⁷, assim como sua reinstalação na Áustria¹²⁸, relaciona-se ao fim dos regimes totalitários nesses países no período que se seguiu à Segunda Grande Guerra¹²⁹. “*As péssimas experiências destes países com a política sugerem vincular o Poder Legislativo a regras estáveis e controláveis*”¹³⁰. A desconfiança com o resultado das escolhas realizadas no âmbito do processo político pode explicar a necessidade de submetê-las a um controle posterior por um órgão não eleito diretamente pelo povo. Como explica Möllers¹³¹:

[q]uanto menos uma ordem constitucional confia nas tradições democráticas e nas regras de autodeterminação do Poder Legislativo democrático, tanto mais a pretensão de legitimidade da lei depende da observância de regras processuais verificáveis juridicamente, e tanto mais significativa torna-se a possibilidade de um controle jurisdicional constitucional, para a pretensão de legitimidade democrática da lei.

Apesar da pressão dos Estados Unidos da América, no período do pós-guerra, para a criação de Estados constitucionais nos países derrotados, nos quais houvesse limitação dos poderes e garantia de direitos, o modelo de controle de constitucionalidade que influenciou

¹²⁶ Cf. FEREJOHN, John, PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. In: **Texas Law Review**, vol. 82, 1671-1704, p. 1676.

¹²⁷ A Corte Constitucional federal (*Bundesverfassungsgericht*) foi criada pela Lei Fundamental de Bonn, de 1949.

¹²⁸ A Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) fora criada pela Lei de 25 de janeiro de 1919, editada pela Assembleia Nacional Provisória, mas suprimida pela Carta Política de 1934. Em 1945, a Corte Constitucional foi reinstalada pela Lei Constitucional.

¹²⁹ Cf. FEREJOHN, John, PASQUINO, Pasquale. Op. cit., p. 1674-1675.

¹³⁰ “*Die schlechten Erfahrungen dieser Länder mit Politik legten es nahe, den demokratischen Gesetzgeber an feste und überprüfbare Regeln zu binden*” (tradução livre). MÖLLERS, Christoph. Op. cit., p. 137.

¹³¹ [j]e weniger eine Verfassungsordnung demokratischen Traditionen und den selbstbestimmten Spielregeln der demokratischen Legislative vertraut, desto mehr ist der Legitimationsanspruch des Gesetzes auf die Einhaltung gerichtlich überprüfbarer Verfahrensregeln angewiesen und desto bedeutsamer wird die Möglichkeit einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle für den demokratischen Legitimationsanspruch des Gesetzes (tradução livre). Id., *ibid.*, p. 140.

decisivamente a instituição da Corte Constitucional italiana foi o *kelseniano*, que fora adotado na Áustria no período compreendido entre 1920 e 1934¹³².

Na Quinta Reunião de Professores Alemães de Direito Público, ocorrida em abril de 1928 em Viena, Kelsen apresentou o texto “*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*”¹³³, no qual sustentou a necessidade de deferir a guarda da Constituição a um órgão independente do Poder Legislativo. Nas palavras do jurista da Escola de Viena¹³⁴:

[o] órgão legislativo se considera, na realidade, como um livre criador do Direito e não como um órgão de aplicação do Direito vinculado pela Constituição, não obstante ele esteja teoricamente, ainda que numa medida relativamente limitada. Não é, pois, o Parlamento ele próprio com quem se pode contar para implementar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente em relação a ele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, a quem é necessário encarregar da anulação de atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou tribunal constitucional.

Poucos anos depois, em sua célebre polêmica com Carl Schmitt¹³⁵, Kelsen sustentou idêntico posicionamento, argumentando que a melhor forma de garantir a integridade da Constituição contra ataques dos poderes instituídos seria deferir a sua proteção a um órgão neutro, um terceiro na relação com os demais poderes. Eis a citação¹³⁶:

Como justamente, nos mais importantes casos de violação constitucional, Parlamento e Governo são *partes litigantes*, recomenda-se convocar uma terceira instância para a decisão do conflito, que esteja *fora desse antagonismo* e que *não participe, de alguma forma, do exercício do poder* que a Constituição divide essencialmente entre Parlamento e Governo.

(...)

A principal vantagem de um tribunal constitucional permanece nisso: que ele próprio não está em nenhuma oposição necessária ao Parlamento ou ao Governo, porque desde o início não participa do exercício do poder (itálicos do original).

¹³² Cf. FERREJOHN, John, PASQUINO, Pasquale. Op. cit., p. 1672.

¹³³ No entanto, tal artigo não teve muita receptividade no meio germânico, motivando Kelsen a enviá-lo a um discípulo francês, Charles Eisenmann, que o traduziu e o publicou pela primeira vez em língua francesa.

¹³⁴ [l]’organe législatif se considère dans la réalité comme un créateur libre du droit et non comme un organe d’application du droit, lié par la Constitution, alors qu’il l’est théoriquement, bien que dans une mesure relativement restreinte. Ce n’est donc pas sur le Parlement lui-même que l’on peut compter pour réaliser sa subordination à la Constitution. C’est un organe différent de lui, indépendant de lui et par conséquent aussi de toute autre autorité étatique qu’il faut charger de l’annulation ses actes inconstitutionnels – c’est-à-dire une juridiction ou tribunal constitutionnel (tradução livre). KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la constitution: la justice constitutionnelle. Trad. Charles Eisenmann. In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger**, abril-maio-junho, tomo 45, 1928, p. 27.

¹³⁵ SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. 4 ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

¹³⁶ “Da gerade in den wichtigsten Fällen von Verfassungsverletzung Parlament und Regierung *Streitparteien* sind, empfiehlt es sich zur Entscheidung des Streites eine dritte Instanz zu berufen, die *außerhalb dieses Gegensatzes* steht und selbst *in keiner Weise an der Ausübung der Macht beteiligt* ist, die die Verfassung im wesentlich zwischen Parlament und Regierung aufteilt.

(...)

Das bleibt der Hauptvorteil eines Verfassungsgerichts: daß es selbst, weil von vornherein an der Machtausübung nicht beteiligt, in keinem notwendigen Gegensatz zu Parlament oder Regierung steht. (itálicos do original) (tradução livre). KELSEN, Hans. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? In: OUYEN, Robert Chr. Van (org.). **Wer soll der Hüter der Verfassung sein?** Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 88.

Seguindo tal ordem de ideias¹³⁷, a Corte Constitucional italiana foi engendrada como uma instituição fora do esquema tradicional da separação de poderes. A posição topográfica na Constituição de 1947 evidencia isso, já que ela está regulamentada no Título VI, que dispõe sobre a garantia da Constituição, apartada, por conseguinte, de qualquer dos poderes de República Italiana.

Não é por outro motivo que Crisafulli¹³⁸ sustentou que

[...] o significado político da Corte Constitucional está propriamente *na posição intermédia* que lhe é atribuída pelo ordenamento, entre Parlamento e Magistratura: *entre quem faz leis e quem é chamado a aplicá-las* com autoridade de coisa julgada (itálicos do original).

A Corte Constitucional, buscando afastar qualquer identificação entre sua atividade e aquela desenvolvida pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário – não obstante julgar a constitucionalidade dos atos normativos a partir de critérios técnico-jurídicos – esclareceu, na Sentença nº 13, de 16 de março de 1960, sua posição no ordenamento jurídico:

É, portanto, de se rechaçar a opinião segundo a qual a Corte possa ser incluída entre os órgãos judiciários, ordinários ou especiais que sejam, tantas são, e tão profundas, as diferenças entre a tarefa confiada à primeira, sem precedentes no ordenamento italiano, e aquelas bem conhecidas e historicamente consolidadas, próprias dos órgãos jurisdicionais¹³⁹.

Com efeito, a Corte acaba por desempenhar uma função de árbitro entre os Poderes, o que se confirma até mesmo pela forma de escolha de seus membros¹⁴⁰, dividida entre órgãos de vários poderes. Ela é composta por quinze membros, sendo que um terço é escolhido pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento em sessão conjunta e um terço pela suprema magistratura ordinária e administrativa (art. 135, I, da Constituição italiana). Deve-se ressaltar que os juízes da Corte possuem mandato de nove anos, vedada a recondução (art. 135, III, da Constituição italiana), o que garante sua independência em relação aos demais Poderes.

¹³⁷ Calamandrei apontou a forte influência dos escritos de Kelsen na formação da Corte Constitucional italiana, que possuiria muitos pontos de semelhança com a *Verfassungsgerichtshof* austríaca (1920-1934). Cf. CALAMANDREI, Piero. **La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile**. Padova: CEDAM, 1950, p. 4.

¹³⁸ [...] il significato politico della Corte costituzionale, stia proprio *nella posizione intermedia*, assegnatale dall'ordinamento, tra Parlamento e Magistratura: *tra chi fa le leggi, e chi è chiamato ad applicarle* con l'autorità del giudicato (itálicos do original) (tradução livre). CRISAFULLI, Vezio. *La corte tra magistratura e parlamento*. In: **Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei**. Vol. IV. Padova: CEDAM, 1958, pp. 275-295, p. 276.

¹³⁹ Eis a versão original: “*È pertanto da respingere l'opinione che la Corte possa essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e tanto profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali*” (tradução livre).

¹⁴⁰ Cf. RODOTÀ, Carla. **Storia della Corte Costituzionale**. Roma: Laterza, 1999, p. 15.

É curioso mencionar, ainda, a grande preocupação de parte da doutrina italiana em defender o papel essencial da Corte na ordem jurídica. Nesse sentido, Pierandrei¹⁴¹ afirmou que ela não poderia ser considerada apenas um órgão regulado, mas também necessário e indestrutível do sistema, que se encontrava numa posição de vértice, em paridade e independência recíproca com os demais. Cappelletti e Barile¹⁴² sustentaram não ser necessário delimitar previamente a natureza das decisões da Corte para definir, somente depois, seu papel de órgão constitucional. Assim, a Corte Constitucional é considerada um órgão que

[...] *caratterizza* o regime vigente na Itália, e cujo funcionamento é pressuposto indispensável para o correto desenvolvimento do próprio regime, à medida em que, com seus poderes de freio e também de estímulo, condiciona a atividade de todos os outros órgãos constitucionais¹⁴³ (itálicos do original).

Isso indica, portanto, que a Corte Constitucional recebeu a chancela de parte expressiva da doutrina italiana, preocupada com a sua aceitação e afirmação no cenário institucional, notadamente pelo evidente atraso no início de suas atividades, consoante será exposto abaixo.

2.3.1 Competência e controle de constitucionalidade

A Constituição italiana atribui a um único órgão (Corte Constitucional) a incumbência de declarar a ilegitimidade constitucional de leis ou atos com força de lei do Estado e das Regiões (art. 134, I), razão pela qual o modelo de controle é classificado como *concentrado*¹⁴⁴. Em relação às competências¹⁴⁵ da Corte Constitucional, interessa ao presente estudo justamente este aspecto, que comporta uma subdivisão: controle por via de ação (principal) e controle por via de exceção (incidental). Não se pretende aqui, porém, expor com

¹⁴¹ Cf. PIERANDREI, Franco. Corte Costituzionale. In: **Enciclopedia del Diritto**, vol. X. Milano: Giuffrè, 1962, p. 894.

¹⁴² Cf. BARILE, Paolo. Op. cit., p. 227.

¹⁴³ [...] *caratterizza* il regime vigente in Italia, e il cui funzionamento è presupposto indispensabile per il corretto svolgersi del regime medesimo, in quanto, coi suoi poteri di arresto ed anche di stimolo, condiziona Id., *ibid.*, p. 231.

¹⁴⁴ Não obstante a Corte Constitucional seja o único órgão autorizado a julgar quanto à legitimidade constitucional de leis ou de atos com força de lei, há aspectos do controle difuso na Itália, como a possibilidade de que o Poder Judiciário decida quanto à constitucionalidade de atos normativos cujo *status* seja diverso dos supramencionados (atos infralegais). Cf. RUGGERI, Antonio, SPADARO, Antonino. **Lineamenti di giustizia costituzionale**. Torino: Giappichelli, 2009, p. 220; CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di diritto costituzionale**: La Corte Costituzionale. Vol. II. 4 ed. Padova: CEDAM, 1976, p. 237.

¹⁴⁵ A Corte Constitucional italiana possui, ainda, competência para julgar os seguintes conflitos de atribuições: entre os poderes do Estado, entre o Estado e as Regiões, assim como entre as Regiões (art. 134, II). A par disso, julga o Presidente da República nos crimes de alta traição e atentado à Constituição (art. 134, III c/c art. 90, I). Por fim, o art. 2º da Lei Constitucional 11 de março de 1953, nº 1, atribuiu à Corte o julgamento dos pedidos de *referendum* ab-rogativo (art. 75 da Constituição).

riqueza de detalhes o procedimento dessas duas modalidades de controle, mas apenas traçar os mais relevantes aspectos para a posterior explicitação da tipologia das sentenças.

O controle por via de ação está previsto no art. 127 (redação dada pela Lei Constitucional de 18 de outubro de 2001, nº 3) da Constituição italiana, que prevê o prazo de 60 (sessenta) dias da publicação do ato normativo para que o Governo ou as Regiões promovam a questão de legitimidade constitucional. O processo, portanto, não se relaciona à aplicação da lei ou do ato com força de lei a qualquer caso concreto, mas a um suposto vício do ato por ter sido supostamente editado fora das competências do poder central (Estado) ou das ordens locais (Regiões).

É importante mencionar que antes da edição da Lei Constitucional 18 de outubro de 2001, nº 3, que alterou o art. 127 da Lei Maior, o referido controle principal possuía uma fase preventiva, quando o Estado impugnasse atos normativos das Regiões, porém, era integralmente sucessivo quando o ato normativo submetido a controle fosse emanado pelo Estado.

Na primeira hipótese, a questão de legitimidade constitucional constituía uma verdadeira etapa do procedimento legislativo de aprovação das leis regionais, porque a impugnação submetia a lei à nova deliberação do Conselho Regional (reenvio)¹⁴⁶. Se, nesse novo exame, a lei fosse aprovada, com o mesmo texto, por maioria absoluta dos membros do órgão legislativo regional, o Governo da República dispunha de quinze dias para questionar sua legitimidade perante a Corte Constitucional. Cumpre ressaltar que a lei poderia ser questionada pelos seguintes fundamentos: excesso de competência da Região, contraste com os interesses nacionais ou com os interesses de outra Região.

Na segunda hipótese, a Região dispunha do prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da publicação da lei ou do ato com força de lei do Estado, para ingressar com a ação de legitimidade constitucional (art. 2º Lei Constitucional 9 de fevereiro de 1948, nº 1).

Segundo alguns publicistas¹⁴⁷, isso conferia a essa modalidade de controle um caráter excessivamente político, pois o questionamento do Estado (poder central) em relação a uma lei regional poderia ocorrer, sem que fosse impugnada, necessariamente, outra lei de conteúdo idêntico editada em Região diversa, inclusive submetendo, por meio do reenvio, o ato normativo a novo processo de deliberação.

O controle por via de exceção (incidental) foi consolidado com a edição da Lei Constitucional 9 de fevereiro de 1948, nº 1, que estabeleceu, em seu art. 1º, que a questão de

¹⁴⁶ O procedimento de reenvio não se aplicava às leis da Região da Sicília.

¹⁴⁷ Cf. RUGGERI, Antonio, SPADARO, Antonino. Op. cit., p. 223.

legitimidade constitucional de lei ou de ato com força de lei, surgida no curso de um juízo, poderia ser levantada de ofício pelo juiz ou a pedido da parte, desde que aquele não a considerasse manifestamente infundada. Tal dispositivo ainda fixou, de acordo com o modelo de controle concentrado, que a questão seria remetida à Corte Constitucional para decisão.

Alguns anos mais tarde, com a edição da Lei 11 de março de 1953, nº 87, houve melhor especificação do procedimento a ser adotado no controle incidental de constitucionalidade. Nos termos do art. 23 do mencionado ato normativo, o juiz deve suspender o curso processual e encaminhar a decisão da questão à Corte Constitucional, quando o juízo não puder ser definido independentemente da resolução da questão e ela não for manifestamente infundada.

É necessário, portanto, que a decisão de mérito de um determinado processo dependa da resolução de uma questão constitucional. Por isso, a doutrina italiana considera a questão como *prejudicial de inconstitucionalidade*, ou seja, a decisão sobre a ilegitimidade da lei seria uma prejudicial para o desfecho do processo.

Uma vez que a questão de legitimidade constitucional pode ser levantada de ofício pelo juiz ou a pedido da parte ou do Ministério Público¹⁴⁸, o juiz do processo funciona como porteiro¹⁴⁹ (*portiere*) ou introdutor necessário (*introduttore necessario*) do juízo de legitimidade constitucional perante a Corte. Isso porque, na Itália, a Constituição não prevê mecanismo de acesso direto à Corte por parte dos cidadãos¹⁵⁰, em virtude de violação de direitos fundamentais. O controle de constitucionalidade parece, assim, assegurar prioritariamente a coerência do sistema normativo e, apenas de forma mediata, a proteção de direitos fundamentais¹⁵¹.

Os requisitos necessários para o envio da questão constitucional para deliberação da Corte podem ser sintetizados da seguinte forma: relevância da questão (*rilevanza*) e o fato de ela não ser manifestamente infundada (*non manifesta infondatezza*). O primeiro é plasmado na fórmula prevista no art. 23, II, da Lei 11 de março de 1953, nº 87: “[...] o juízo não possa

¹⁴⁸ Embora a Lei Constitucional 9 de fevereiro de 1948, nº 1, não tenha feito referência ao Ministério Público, o art. 23 da Lei 11 de março de 1953, nº 87, corrigiu tal omissão.

¹⁴⁹ Essa expressão ficou consagrada na doutrina, depois de Calamandrei tê-la utilizado em uma das primeiras obras sobre controle de constitucionalidade editadas depois da entrada em vigor da Constituição italiana. Cf. CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 38.

¹⁵⁰ Cappelletti lamenta a falta, no ordenamento constitucional italiano, de um instrumento semelhante à reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), prevista na Lei Fundamental de Bonn (1949) e de competência da Corte Constitucional federal, adequado à tutela jurisdicional do indivíduo em relação às funções de governo. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **La giurisdizione costituzionale delle libertà**. Milano: Giuffrè, 1976, pp. 1-19.

¹⁵¹ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. La Corte Costituzionale Italiana. In: PASQUINO, Pasquale, RANDAZZO, Barbara (org.). **Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)**: Atti del Convegno Internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007. Milão: Giuffrè, 2009, p. 60.

*ser definito indipendentemente da risoluzione da questão de legitimidade constitucional [...]”*¹⁵², significando que deve existir um *nexo de instrumentalidade*¹⁵³ entre a definição da prejudicial de constitucionalidade e o juízo de mérito do processo. O segundo, por seu turno, busca evitar que sejam remetidas questões sem o mínimo fundamento à Corte Constitucional, sobrecarregando esse órgão. O juiz *a quo* não deve, porém, proceder à verdadeira análise de mérito, pois seu juízo é apenas de delibação.

Ao lado desses dois requisitos, alguns constitucionalistas¹⁵⁴ apontam que a Corte Constitucional teria construído, nos últimos anos, um terceiro¹⁵⁵, já que tem inadmitido a questão quando o juiz *a quo* não tiver buscado uma *interpretazione adeguatrice* (interpretação conforme à Constituição) do ato normativo. Essa exigência ficou bem delineada no seguinte trecho da Sentença nº 356, de 14-22 de outubro de 1996¹⁵⁶:

Em linha de princípio não se declaram as leis constitucionalmente ilegítimas, porque é possível lhes conferir interpretações inconstitucionais (e qualquer magistrado julga de lhes dar), mas porque é impossível lhes dar interpretações constitucionais.

O “convite” da Corte Constitucional aos magistrados no sentido de desenvolver uma interpretação conforme à Constituição, antes da remissão da prejudicial de constitucionalidade, pode revelar-se como um indício de aproximação do sistema de controle de constitucionalidade italiano dos modelos de controle difuso, visto que se reconhece, assim, um espaço mais amplo de atuação aos juízes comuns¹⁵⁷.

Como já se disse, o juiz funciona como um filtro, pois, somente por meio de uma decisão positiva quanto à satisfação dos requisitos de admissibilidade, a questão pode ser remetida à Corte Constitucional, suspendendo-se, assim, o trâmite do processo principal até a decisão do processo incidental de constitucionalidade. Eventual decisão de rechaço da

¹⁵² Eis a versão original: “[...] *il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale [...]*” (tradução livre).

¹⁵³ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo, MARCENÒ, Valeria. **Giustizia costituzionale**. Bologna: Il Mulino, 2012, p. 283.

¹⁵⁴ Cf. MALFATTI, Elena, PANIZZA, Saule, ROMBOLI, Roberto. **Giustizia costituzionale**. Torino: Giappichelli, 2003, pp. 106-107.

¹⁵⁵ Nos últimos anos, a Corte tem considerado um dever do juiz *a quo* a tentativa de conferir ao ato normativo uma *interpretazione adeguatrice* antes de remeter a questão de constitucionalidade, sancionando com decisões de simples inadmissibilidade da questão ou declaratória de *manifesta infondatezza*, quando não verificado tal esforço interpretativo. Em raros casos, como, por exemplo, a Sentença nº 272, de 18-25 de julho de 1997, a Corte Constitucional não exigiu o mencionado requisito. Cf. RUGGERI, Antonio, SPADARO, Antonino. Op. cit., p. 183.

¹⁵⁶ Eis a versão original: “*In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*” (tradução livre).

¹⁵⁷ Cf. GROPPPI, Tania. ¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? tendencias recientes de las relaciones entre la Corte Constitucional y los jueces comunes en la experiencia italiana. Trad. Miguel Carbonell. In: **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furió Ceriol**. Nº 38/39. Valencia, 2002, pp. 81-83.

questão, tomada pelo juízo *a quo*, deve ser fundamentada e não pode ser objeto de impugnação autônoma¹⁵⁸, o que, todavia, não impede que a questão seja reproposta em qualquer outro grau de jurisdição (art. 24, I e II, da Lei 11 de março de 1953, nº 87).

Por fim, deve-se registrar que a Corte Constitucional admite que ela própria funcione como juízo *a quo*, ou melhor, que a questão de legitimidade constitucional de uma lei ou ato normativo com força de lei, surgida no curso de um processo em trâmite originário na Corte, seja remetida à sua própria decisão¹⁵⁹, como no caso de um questionamento incidental de legitimidade constitucional num processo de conflito de atribuições entre os poderes do Estado (art. 134, II, da Constituição italiana).

2.3.2 Início do funcionamento e dos conflitos com outros órgãos estatais

Embora tenha sido criada pela Constituição de 1947, a Corte Constitucional só começou a funcionar quase oito anos depois, em 23 de abril de 1956. Tal atraso na sua instalação decorreu, em primeiro lugar, da aprovação tardia da legislação regulamentadora de sua atividade¹⁶⁰, considerada imprescindível para seu adequado funcionamento, tendo em vista que a Constituição fora econômica quanto a esse aspecto.

Depois da aprovação da legislação faltante, houve grande impasse no Parlamento em relação aos nomes indicados para a primeira composição do novo órgão, o que atrasou por aproximadamente mais dois anos o início das atividades da Corte. Somente depois de alcançado o consenso, com a retirada do nome do constitucionalista Vezio Crisafulli, indicado pelo Partido Comunista Italiano, e sua substituição pelo jurista Nicola Jaeger, foi finalizado o processo de indicação dos integrantes, em 8 de novembro de 1955¹⁶¹.

Durante essa lacuna de quase oito anos, o controle de constitucionalidade foi exercido pelos órgãos do Poder Judiciário, por expressa previsão do art. VII, 2, das Disposições Transitórias e Finais da Constituição. Segundo tal dispositivo, até o início do funcionamento da Corte Constitucional, a decisão sobre as controvérsias constitucionais seguiria a forma e os limites das normas preexistentes à entrada em vigor da Lei Maior.

¹⁵⁸ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo, MARCENÒ, Valeria. Op. cit., p. 295; PIZZORUSSO, Alessandro. Garanzie costituzionali: art. 134-139. In: BRANCA, Giuseppe (org.). **Commentario della costituzione**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1981, p. 262.

¹⁵⁹ Cf. RUGGERI, Antonio, SPADARO, Antonino. Op. cit., p. 180; MEZZETTI, L. *et al.* **La giustizia costituzionale**. Padova: CEDAM, 2007, p. 421.

¹⁶⁰ Lei 11 de março de 1953, nº 87, e Lei Constitucional 11 de março de 1953, nº 1.

¹⁶¹ Para uma explicação mais detalhada dessa crise, cf. RODOTÀ, Carla. Op. cit., p. 19-25.

Ora, o Estatuto Albertino, apesar de ser considerado uma Constituição flexível, admitia controle formal de constitucionalidade (condições de formação regular dos atos do Parlamento)¹⁶², cuja atribuição era deferida aos juízes comuns no julgamento de casos concretos¹⁶³. Assim, a assunção dessa tarefa pelos órgãos do Poder Judiciário não se apresentava inovadora na ordem jurídica italiana. O ponto central e diferenciado residia no alcance do controle, pois, doravante, não apenas normas de procedimento e regular formação dos atos normativos serviriam de parâmetro, mas toda e qualquer norma inserida na Constituição de 1947¹⁶⁴.

O Poder Judiciário, por meio de seu órgão de cúpula (*Corte di Cassazione*), adotou uma postura tímida em relação ao controle de constitucionalidade. Segundo Guastini¹⁶⁵, partindo da distinção entre normas constitucionais preceptivas e programáticas, a *Corte di Cassazione* definiu que somente as primeiras seriam suscetíveis de aplicação imediata, enquanto que as segundas só seriam aplicáveis mediante prévia atuação do Parlamento. Além disso, na maioria dos casos, os juízes comuns fixaram o entendimento de que o conflito entre a nova Constituição e as leis que lhe precederam seria solucionado pelo critério cronológico (*lex posterior derogat priori*).

Em sua primeira decisão¹⁶⁶ (Sentença nº 1, de 5 de junho de 1956), a Corte Constitucional superou os dois entendimentos fixados pelo Poder Judiciário, definindo que o controle poderia ter como parâmetro quaisquer normas constitucionais, preceptivas ou programáticas, ao contrário do que sustentava até então a Corte de Cassação. Estabeleceu, ainda, que as normas anteriores à Constituição deveriam ser objeto de controle de constitucionalidade pelo critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*), o que implicou o reconhecimento, pela própria Corte, de sua atribuição para julgar a ilegitimidade constitucional daqueles atos.

¹⁶² Para uma reconstrução do controle de constitucionalidade no período do Estatuto Albertino, cf. PIZZORUSSO, Alessandro. Op. cit., 1981, p. 43-48.

¹⁶³ Calamandrei classificou o controle de constitucionalidade, sob a vigência do Estatuto Albertino, como formal, judicial, difuso, incidental, especial e declarativo. Cf. CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 6.

¹⁶⁴ Num artigo publicado em 1950, Esposito afirmou que havia uma crença comum nos trabalhos publicados até aquela data sobre o controle de constitucionalidade, qual seja: a de que a criação do direito poderia ser disciplinada tanto na forma quanto no conteúdo. Cf. ESPOSITO, Carlo. Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Vol. V. Parte I. CEDAM: Padova, 1950, p. 291.

¹⁶⁵ Cf. GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamento jurídico: el caso italiano. Trad. José María Lujambio. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4 ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 60.

¹⁶⁶ Apesar de acentuar as evidentes diferenças, o Prof. Leopoldo Elia, ex-Presidente da Corte Constitucional, em discurso proferido por ocasião do sexagésimo aniversário da Constituição da República Italiana, comparou a Sentença nº 1/1956 ao precedente *Marbury vs. Madison*, da Suprema Corte estadunidense. Disponível em http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_956.do. Acesso em 2 de março de 2013.

O primeiro caso decidido pela Corte mostrou-se particularmente importante, porque se tratou de controle da legitimidade constitucional de um ato normativo editado durante o regime fascista. O dispositivo questionado era o art. 113 do Texto Único das Leis de Segurança Pública (*Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza*), que fazia depender de prévia autorização da autoridade de segurança pública a divulgação de avisos ou impressos nas vias públicas, a afixação de cartazes ou jornais, ou o uso de alto-falantes para realização de comunicados públicos. A Corte considerou que o supracitado normativo atentava contra a livre manifestação do pensamento, assegurada pelo art. 21 da Constituição italiana.

A partir daí, a Corte passou a desempenhar uma tarefa de reforma da legislação fascista, ora expurgando os dispositivos incompatíveis com a nova ordem democrática¹⁶⁷, ora adaptando, mediante a interpretação conforme à Constituição, aqueles que permitiam uma releitura constitucional. Isso ocorreu por dois motivos relacionados entre si. Em primeiro lugar, os dirigentes dos partidos políticos que conduziram a transição democrática optaram por remeter ao primeiro Parlamento eleito, e não à Assembleia Constituinte, o trabalho de eliminar os traços fascistas presentes na ordem jurídica¹⁶⁸. Em segundo lugar, o Parlamento ficou-se inerte em produzir as modificações necessárias para tornar os ditames da nova Constituição, rígida e plena de normas programáticas, operativos na realidade social. Com efeito, a situação de “**democracia bloqueada**” no Parlamento, ou seja, a inatividade gerada pela falta de acordo entre as tendências políticas com visões de mundo opostas, intensificada pela Guerra Fria, definiu a sorte da Corte Constitucional nos primeiros anos de seu funcionamento¹⁶⁹.

A Corte reforçou, assim, a sua função no cenário institucional, desempenhando uma verdadeira atividade de **suplência** de outros Poderes, que, segundo Elia¹⁷⁰, pode ser compreendida em dois sentidos:

¹⁶⁷ Como afirmou Rodotà: “[f]oram, por exemplo, sentenças constitucionais, e não leis votadas pelo Parlamento republicano, que cancelaram leis tipicamente fascistas que atribuíam poderes arbitrários à Polícia, puniam a propaganda anticoncepcional, determinavam a prisão da mulher adúltera”. Eis a versão original: “[s]ono state, ad esempio, sentenze costituzionali, e non legge votate dal Parlamento repubblicano, a cancellare leggi tipicamente fasciste che attribuivano poteri arbitrari ala polizia, punivano la propaganda anticoncezionale, mandavano in galera la moglie adultera” (tradução livre). RODOTÀ, Carla. Op. cit., p. 17.

¹⁶⁸ Cf. PIZZORUSSO, Alessandro. La justicia constitucional en Italia. In: Teoría e Realidad Constitucional, n. 4, 2º sem. 1999, pp. 151-171, p. 152. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/4/est/est6.pdf>. Acesso em 15 de janeiro de 2013.

¹⁶⁹ Id., ibid., p. 156.

¹⁷⁰ Si è infatti parlato di suplenza in generale per il periodo aureo della giurisprudenza della Corte, in cui questa faceva cadere molti tratti della legislazione fascista e prefascista, restando ad omissioni storiche del Parlamento e della Magistratura; e qui suplenza era intesa in senso atecnico, volendosi dire che la Corte esercitava poteri sicuramente suoi, mentre faceva opera che altri organi, dotati di diversi poteri, avevano trascurato di compiere. Con lo stesso termine si alludeva però anche ad interventi della Corte attuativi della Costituzione ma con tipi di pronuncie (come le additive e le sostitutive) non previste dalla normativa sulla giustizia costituzionale (tradução

Falou-se, de fato, de suplência em geral em relação ao período áureo da jurisprudência da Corte, no qual essa derrubava muitas partes da legislação fascista e pré-fascista, reparando as omissões históricas do Parlamento e da Magistratura; e aqui, suplência era entendida em sentido não técnico, querendo-se dizer que a Corte exercitava poderes seguramente próprios, enquanto cumpria o papel que outros órgãos, dotados de poderes diversos, haviam deixado de cumprir. Porém, com o mesmo termo se aludia também às intervenções da Corte realizadoras da Constituição, mas com tipos de pronúncias (como as aditivas e as substitutivas) não previstas na normativa sobre a justiça constitucional.

Todavia, a assunção desse papel pela Corte produziu choques com outros setores do Estado italiano, fazendo com que aquele órgão fosse visto como um terceiro incômodo (*terzo incomodo*)¹⁷¹ entre a Magistratura e o Parlamento. Os embates e estranhamentos entre a Corte Constitucional e os demais poderes e/ou órgãos decorreram do alargamento de suas competências, consubstanciado por meio do enriquecimento da tipologia de suas decisões¹⁷².

Objetiva-se, aqui, analisar justamente uma parcela desse repertório criado no *Palazzo della Consulta*¹⁷³, mais precisamente as sentenças manipulativas, o que somente será possível através de uma breve reconstrução histórica de tais pronunciamentos e daqueles que serviram de pressuposto para o seu surgimento. Far-se-á alusão também aos debates teóricos que se seguiram a tais escolhas efetuadas pela Corte, a fim de demonstrar o processo de legitimação/questionamento empreendido no âmbito da doutrina.

2.4 Das sentenças interpretativas às sentenças manipulativas

2.4.1 Sentenças interpretativas

Um dos primeiros problemas com que se confrontou a Corte Constitucional consistiu na escassa regulamentação de suas decisões e de seus respectivos efeitos. O art. 136 da Constituição de 1947 fixou efeitos *erga omnes* para a decisão declaratória da ilegitimidade de leis ou atos com força de lei (procedência), a partir do dia seguinte à sua publicação; contudo,

livre). ELIA, Leopoldo. Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale (ottobre 81 – luglio 85). In: **Scritti su la giustizia costituzionale**: in onore di Vezio Crisafulli. Padova: CEDAM, 1985, p. 306.

¹⁷¹ A expressão foi utilizada por Vezio Crisafulli na leitura da Relação Geral de um Congresso de Estudos, promovido e organizado pela Cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da *Università degli Studi di Parma*, por ocasião do vigésimo ano de atividade da Corte Constitucional. Cf. CRISAFULLI, Vezio. La Corte ha vent'anni. In: OCCHIOCUPO, Nicola (org.). **La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale**. Padova: CEDAM, 1984, p. 74.

¹⁷² Cf. MODUGNO, Franco. La corte italiana oggi. In: **Scritti su la giustizia costituzionale**: in onore di Vezio Crisafulli. Padova: CEDAM, 1985, pp. 559-560.

¹⁷³ O *Palazzo della Consulta* é o nome do edifício em que funciona a *Corte Costituzionale*, situado em Roma, Itália.

silenciou quanto aos efeitos da decisão de rejeição do vício de inconstitucionalidade. À primeira vista, parecia que a Corte estava limitada a duas alternativas: declaração de legitimidade e consequente manutenção do ato normativo questionado na ordem jurídica ou determinação de sua ilegitimidade constitucional e perda de eficácia¹⁷⁴ “*ope constitutionis*”.

A superação do binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade *seca* apresentava-se, portanto, como um imperativo para lidar com os problemas oriundos da entrada em vigor da nova Constituição e da permanência do direito infraconstitucional antiliberal. Como assevera Pinardi¹⁷⁵: “[...] a rígida alternativa imaginada pelos constituintes entre pronúncias de rejeição e de mera procedência logo revelou-se de todo insuficiente em relação ao escopo de obter uma reintegração adequada do ordenamento constitucional violado”.

Partindo desse pressuposto, a atividade da Corte não poderia consistir numa simples escolha binária entre acolhimento (*accoglimento*), o que implicaria a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo questionado, e rejeição (*rigetto*), com o afastamento do vício alegado em relação ao ato. A declaração de inconstitucionalidade *seca* e incondicional deveria ser considerada a *ultima ratio*, permitindo que a Corte, quando possível, “salvasse” o dispositivo impugnado, por meio de uma interpretação conforme à Constituição. Dessa forma, a graduação da inconstitucionalidade¹⁷⁶ representou uma alternativa para a manutenção do ato normativo na ordem jurídica, mas com um sentido que lhe harmonizasse com a Constituição.

A construção prática e teórica da graduação da inconstitucionalidade esteve conectada, assim, com o receio de que a declaração de inconstitucionalidade *seca*, capaz de tornar ineficaz o ato normativo impugnado, produzisse um vácuo normativo não imediatamente preenchido pela atuação do Poder Legislativo.

¹⁷⁴ Utiliza-se aqui a expressão presente no art. 136 da Constituição italiana de 1947, que determina a perda da eficácia de uma norma declarada ilegítima a partir do dia seguinte à publicação da decisão. Em virtude de tal dispositivo, a doutrina italiana atribuiu, num primeiro momento, efeitos apenas prospectivos à decisão de inconstitucionalidade; entretanto, com a previsão do art. 30, (4), da Lei 11 de março de 1953, nº 87, que determinou a cessação da execução e dos efeitos penais de sentença condenatória com trânsito em julgado, quando fundada em norma declarada inconstitucional, a doutrina passou a considerar algum tipo de efeito retroativo às decisões de inconstitucionalidade.

¹⁷⁵ “[...] la rigida alternativa immaginata dai Costituenti tra pronuncie di rigetto e mero accoglimento si è presto rilevata del tutto insufficiente allo scopo di ottenere una reintegrazione adeguata dell’ordinamento costituzionale violato” (tradução livre). PINARDI, Roberto. **L’horror vacui del giudizio sulle leggi: prassi e tecniche utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare all’inerzia del legislatore**. Milão: Giuffrè, 2007, p. 66.

¹⁷⁶ A percepção de Modugno, compartilhada pela maioria da doutrina italiana, é de que as decisões não podem se restringir a termos estreitos: a declaração de inconstitucionalidade-anulação do ato normativo ou a negação do vício e afirmação da constitucionalidade. Em síntese, a relação de compatibilidade-incompatibilidade de um ato com a Constituição seria gradual, abrindo espaço para outros tipos de decisões no controle de constitucionalidade. Cf. MODUGNO, Franco. **Scritti sull’interpretazione costituzionale**. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2008, p. 150-151.

Nesse sentido, o discurso¹⁷⁷ proferido por Gaetano Azzariti¹⁷⁸, Presidente da Corte Constitucional, por ocasião da sessão inaugural do segundo ano de atividades do órgão (1957), é elucidativo quanto à postura adotada no controle de constitucionalidade. Eis o trecho do discurso:

O problema torna-se delicado, contudo, quando a disposição legislativa seja suscetível de interpretações diversas, das quais alguma atribua à norma um significado em contraste com a Constituição. Neste caso, **é natural que se dê preferência a outra interpretação, desde que admitida pelo texto legislativo e pelo sistema do ordenamento jurídico, a qual leve ao reconhecimento de uma norma que seja conforme à Constituição, sendo evidente que não pode ser declarada a ilegitimidade constitucional de uma disposição legislativa somente porque se possa prestar a uma interpretação diferente dos preceitos constitucionais.** Talvez poucas disposições conseguiram subtrair-se, em tal caso, a uma declaração similar e, **de resto, é sempre grave eliminar uma norma de lei vigente sem ter os poderes para substituí-la ou adaptar as normas residuais que eram conexas com ela** (grifou-se).

O discurso de Azzariti expressou uma preocupação que dominava os trabalhos da Corte Constitucional desde seu primeiro ano de funcionamento, cuja materialização foi a sentença interpretativa de *rigetto* (rejeição), considerada a primeira tipologia¹⁷⁹ de decisões criada pela Corte Constitucional para subtrair-se à declaração simples de inconstitucionalidade. Nesse tipo de decisão, o fundamento adquire contornos peculiares, visto que o rechaço do alegado vício de inconstitucionalidade depende do acatamento da interpretação fixada pela Corte, que “[...] *vem definida na motivação da sentença, à qual o*

¹⁷⁷ Eis a versão original: “Il problema diventa però delicato quando la disposizione legislativa sia suscettibile di interpretazioni diverse, delle quali taluna attribuisca alla norma un significato in contrasto con la Costituzione. In questo caso è **naturale che sia data preferenza ad altra interpretazione, purché consentita dal testo legislativo e dal sistema dell'ordinamento giuridico, la quale porti a riconoscere una norma che sia conforme alla Costituzione, essendo evidente che non può essere dichiarata la illegittimità costituzionale di una disposizione legislativa solo perché possa prestarsi ad una interpretazione difforme dai precetti costituzionali.** Forse poche disposizioni riuscirebbero a sottrarsi, in tal caso, ad una dichiarazione simile ed è del resto sempre grave eliminare una norma di legge vigente senza avere i poteri per sostituirla o adattare le norme residue che con quella erano connesse” (grifou-se) (tradução livre). AZZARITI, Gaetano. **Discorso pronunciato dal Presidente Gaetano Azzariti alla presenza del Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte 8 maggio 1957.** Disponível em http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_245.do. Acesso em 5 de março de 2013.

¹⁷⁸ É importante registrar que, em artigo publicado originalmente em 1955, Azzariti já argumentara que a Corte Constitucional possuía um campo de ação notável, mas não ilimitado; por conseguinte, a Corte estaria apta a desfazer o que o legislador tivesse feito, mas não poderia fazer o que este não fizera. Cf. AZZARITI, Gaetano. La mancata attuazione della costituzione e l'opera della magistratura. *In: Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Vol. IV. Padova: CEDAM, 1958, pp. 3-24, p. 24.

¹⁷⁹ Cf. GIOVANETTI, T., BELLOCCI, M. **Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte Costituzionale:** Quadro predisposto in occasione dell'Incontro di Studio con la Corte Costituzionale di Ungheria. Palazzo della Consulta. 11 de junho de 2010. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>. Acesso em 19 de janeiro de 2013.

dispositivo faz expressa remissão com as dicções ‘nos sentidos e nos limites da motivação’ ou ‘no sentido de sua motivação’”¹⁸⁰.

Uma das primeiras interpretativas de *rigetto* foi a Sentença nº 8, de 20 de junho de 1956, que considerou infundada a questão de constitucionalidade suscitada (juízo incidental) em relação ao art. 2º do Texto Único das Leis de Segurança Pública¹⁸¹ (*Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza*), aprovado pelo Decreto Real 18 de junho de 1931, nº 773, desde que o dispositivo fosse interpretado de acordo com a nova ordem constitucional. Nessa ótica, o referido artigo não poderia ser interpretado como se deferisse competência legislativa aos Prefeitos, ainda que em situações de urgência, sob pena de afronta aos ditames dos artigos 76 e 77 da Constituição italiana, que dispõem sobre os limites da delegação legislativa ao Poder Executivo. Logo, os provimentos de urgência de competência do Prefeito deveriam ser considerados atos administrativos.

Outro importante caso decidido com uma sentença interpretativa de *rigetto* (Sentença nº 11, de 4 de fevereiro de 1965) refere-se à questão suscitada, no juízo incidental, a respeito da legitimidade do art. 392 do Código de Processo Penal em vigor à época. O dispositivo em questão dispunha sobre a instrução sumária, determinando a observância das normas da instrução formal (art. 304 e ss. do Código de Processo Penal), naquilo que fosse compatível com a primeira. O juízo *a quo* entendia, em harmonia com a jurisprudência dominante (*Corte di Cassazione*), que a regra sobre a presença do defensor do réu nos atos processuais, prevista no procedimento da instrução formal, não deveria ser estendida à instrução sumária. A Corte Constitucional, todavia, julgou não fundada a questão de legitimidade constitucional do art. 392 do Código de Processo Penal, desde que afastada a interpretação que restringia a presença do defensor no procedimento da instrução sumária, pois isso atentaria contra o princípio da inviolabilidade do direito de defesa (art. 24 da Constituição italiana).

Nos casos supramencionados, a recusa de algumas instâncias do Poder Judiciário, sobretudo da Corte de Cassação¹⁸², assim como de órgãos da Administração Pública, em adotar as interpretações fixadas pela Corte Constitucional abriu caminho para um novo tipo de decisões.

¹⁸⁰ “[...] viene precisata nella motivazione della sentenza, alla quale il dispositivo fa espresso richiamo con la dizione ‘nei sensi e nei limite della motivazione’ o ‘nel senso di cui in motivazione’” (tradução livre). CRISAFULLI, Vezio. Op. cit., 1976, p. 359.

¹⁸¹ O art. 2º da Lei de Segurança Pública, de 1931, dispunha que o Prefeito poderia adotar, em casos de urgência ou grave necessidade pública, os provimentos indispensáveis para a tutela da ordem e da segurança públicas.

¹⁸² O comportamento recalcitrante da *Corte di Cassazione* em relação às orientações interpretativas da *Corte Costituzionale*, nos primeiros anos de funcionamento desta última, ficou conhecido como “guerra das duas Cortes” (“*guerra delle due Corti*”). Cf. ASSINI, Nicola. **L’oggetto del giudizio di costituzionalità e la guerra delle due Corti**. Milão: Giuffrè, 1973.

No reexame de questões suscitadas quanto ao art. 2º da supracitada Lei de Segurança Pública, a Corte proferiu a Sentença nº 26, de 23 de maio 1961, que difere da anterior decisão (Sentença nº 8/1956) apenas quanto ao dispositivo. Em outras palavras: em vez de uma sentença de *rigetto*, a Corte proferiu uma sentença de *accoglimento* (procedência), mantendo, porém, a mesma fundamentação nas duas decisões.

Verifica-se comportamento semelhante da Corte, caso se proceda à comparação entre a Sentença nº 11/1965 e a Sentença nº 52, de 16 de junho de 1965, ambas incidentes sobre o já mencionado artigo 392 do Código de Processo Penal. Na primeira decisão sobre o tema, a Corte havia prolatado uma sentença de *rigetto*, enquanto que, na segunda, uma sentença de *accoglimento*.

A modificação do dispositivo das referidas decisões teve a finalidade de vincular¹⁸³ os órgãos do Poder Judiciário à interpretação conforme à Constituição estabelecida pela Corte Constitucional. Diante da rebelião das instâncias do Poder Judiciário e da falta de apoio na doutrina para a tese da eficácia geral da sentença interpretativa de *rigetto*, a Corte não teve outra saída que não apelar para a sentença interpretativa de *accoglimento* como forma de expandir a eficácia das interpretações por ela realizadas. O que foi pretendido pela Corte pode ser bem delineado com a seguinte citação de Crisafulli¹⁸⁴:

¹⁸³ O tema da vinculação dos órgãos do Poder Judiciário aos pronunciamentos da Corte Constitucional gerou polêmica antes mesmo da entrada em funcionamento do referido órgão. Com efeito, Calamandrei sustentou que as dúvidas sobre a constitucionalidade de uma lei, suscitadas por um órgão do Poder Judiciário, seriam dirigidas à Corte Constitucional, que, na qualidade de guardião e intérprete da Constituição, as esclareceria como se fosse o próprio Poder Constituinte. Cf. CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 71. Ao lado disso, defendeu que a Corte Constitucional teria uma função paralegislativa ou superlegislativa. Cf. Id., *ibid.*, p. 60. Contrariamente à ideia da Corte como intérprete autêntico, Azzariti defendeu, com base no art. 136 da Constituição de 1947, que apenas as decisões que pronunciassem a ilegitimidade de uma lei ou ato com força de lei poderiam ter eficácia *erga omnes*. Cf. AZZARITI, Gaetano. Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Volume V, Parte I. Padova: CEDAM, 1950, pp. 185-204, p. 192.

Alguns anos mais tarde, o mesmo Azzariti, no exercício da Presidência da Corte Constitucional, no supracitado discurso proferido na sessão inaugural do segundo ano de atividades daquele órgão, afirmou que “[e]sta não tem o poder de interpretar autenticamente as leis, e somente às suas decisões que declaram a ilegitimidade constitucional de normas legislativas é atribuída eficácia *erga omnes*. A interpretação que a Corte adota não tem, assim, uma eficácia geral vinculante”. Eis o original: “[q]uesta non ha il potere di interpretare autenticamente le leggi e solo alle sue decisioni che dichiarano la illegittimità costituzionale di norme legislative è attribuita efficacia *erga omnes*. La interpretazione che la Corte adotta non ha quindi una generale efficacia vincolante” (tradução livre). Disponível em http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_245.do. Acesso em 5 de março de 2013. Desde os primeiros anos da Corte Constitucional, prevalece o posicionamento esposado por Azzariti, no sentido de que somente decisões de *accoglimento*, a teor do art. 136 da Constituição de 1947, podem vincular todos os órgãos do Poder Judiciário. Quanto à decisão de *rigetto*, houve intensa polêmica quanto ao tipo de vínculo gerado em relação ao Poder Judiciário, mas o entendimento majoritário é no sentido de que ela produz eficácia apenas em relação ao juízo suscitante, impedindo que ele proponha idêntica questão àquela já rejeitada. Por conseguinte, isso não obsta que outro juízo, no curso do mesmo processo, submeta a mesma dúvida de legitimidade constitucional à apreciação da Corte Constitucional. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo, MARCENÓ, Valeria. Op. cit., pp. 344-345; MEZZETTI, L. *et al.* Op. cit., p. 431.

¹⁸⁴ [...] se tanto le sentenze interpretative di *rigetto*, quanto quelle interpretative di *accoglimento* lasciano intatto il testo, è pure da tener presente che queste ultime sono, appunto, di *accoglimento*, vale a dire che ad esse (a differenza delle prime) segue l’annullamento – con l’efficacia *erga omnes* di cui all’art. 136 Cost. – di quella

[...] se tanto as sentenças interpretativas de rejeição quanto aquelas interpretativas de acolhimento deixam intacto o texto, é mesmo de se ter presente que estas últimas são justamente de acolhimento, vale dizer que a elas (diferentemente das primeiras) segue a anulação – com a eficácia *erga omnes* do art. 136 Const. – daquela norma determinada dedutível da fórmula legislativa, que foi julgada constitucionalmente ilegítima pela Corte.

Vê-se, pois, que o elemento comum às decisões interpretativas, sejam de *rigetto* ou de *accoglimento*, consiste na disjunção entre texto normativo (dispositivo) e normas¹⁸⁵ dele extraíveis. Ou seja, se o intérprete puder extrair (*rectius*: escolher¹⁸⁶) normas de um dispositivo, que o tornem compatível com a Constituição, revelar-se-á desnecessária a declaração de ilegitimidade constitucional deste último. Estabelece-se claramente a distinção entre a disposição, considerada como objeto da interpretação, e a norma, como resultado do processo interpretativo. Nessa perspectiva, Crisafulli¹⁸⁷ sustentou que “*por disposición no se entiende la norma (en cualquier caso y por cualquiera) formulada sino, más precisamente, la fórmula institucionalmente dirigida a establecer y revelar la norma*”.

determinata norma desumibile dalla formula legislativa, che è stata dalla Corte giudicata costituzionalmente illegittima (tradução livre). CRISAFULLI, Vezio. Op. cit., 1976, p. 364.

¹⁸⁵ A doutrina italiana indica um artigo de Massimo Giannini, publicado originalmente em 1956, como um dos primeiros a abordar essa distinção no controle de constitucionalidade. Segundo Giannini, “[...] a não coincidência entre texto normativo e norma é, assim, um fato real, que pode ser corrigido pelo legislador, e integrado pela doutrina e pela jurisprudência, mas que não poderá nunca ser eliminado”. Eis o original: “[...] la non coincidenza fra testo normativo e norma è quindi un fatto reale, che può esser corretto dal legislatore, e integrato dalla dottrina e dalla giurisprudenza ma che non potrà mai esser eliminato” (tradução livre). GIANNINI, Massimo Severo. Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme. In: **Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei**. Vol. IV. Padova: CEDAM, 1958, pp. 513-542, p. 518. No âmbito da Teoria e da Filosofia do Direito italianas, Guastini sustenta que a disposição constitui o objeto da interpretação e é oriunda do discurso das fontes do ordenamento jurídico, enquanto que a norma é o produto da interpretação daquela, ou seja, o sentido que lhe é atribuído pelo intérprete. A partir daí, defende a inexistência de uma correspondência biunívoca entre texto (dispositivo) e norma. Disso resulta que um único dispositivo pode expressar várias normas de maneira conjunta ou disjuntiva, ao passo que uma norma pode resultar da conjugação de dois ou mais dispositivos. Cf. GUASTINI, Riccardo. Disposizione vs. norma. In: **Giurisprudenza costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1989, Ano XXXIV, pp. 3-14. A construção de Guastini é tributária, até mesmo pela nomenclatura utilizada, daquela formulada por Crisafulli em 1964, não obstante aquele afirme algumas diferenças sutis quanto ao conceito de disposição desenvolvido por este último. Cf. CRISAFULLI, Vezio. Disposición (y norma). Trad. Mar Fernández Pérez. In: POZZOLO, Susanna, ESCUDERO, Rafael (ed.). **Disposición vs. Norma**. Lima: Palestra, 2011, pp. 67-109. Deve-se destacar, por fim, a influência do pensamento de Tarello na construção de Guastini, sobretudo na compreensão do processo interpretativo como ato de atribuição de significado (normas) a documentos legais ou outros atos normativos. Cf. TARELLO, Giovanni. **L’interpretazione della legge**. Milano: Giuffrè, 1980, p. 102 e ss.

¹⁸⁶ Num artigo publicado originalmente em 1957, Ascarelli defendera a legitimidade das primeiras sentenças interpretativas da Corte Constitucional italiana, sob o fundamento de que esta havia feito escolhas a partir de possíveis interpretações de textos normativos. Em primeiro lugar, sustentou que o objeto da interpretação não é a norma, mas o texto, de maneira que a norma “(...) vive como ‘norma’ solo en el momento en el cual recibe aplicación (...)” (p. 21). Em seguida, partindo da ideia de que todo texto é equívoco, a interpretação consistiria numa eleição efetivada pelo intérprete, já que esta última “es un momento inevitable frente al contraste entre la constante equivocidad del texto y la necesidad de la solución del caso” (p. 26). ASCARELLI, Tullio. Jurisprudencia constitucional y teoría de la interpretación. Trad. Alberto Puppo. In: POZZOLO, Susanna, ESCUDERO, Rafael (ed.). **Disposición vs. Norma**. Lima: Palestra, 2011, pp. 19-38.

¹⁸⁷ CRISAFULLI, Vezio. Op. cit., 2011, pp. 70-71.

Na Itália, entre o final de década de 50 e o início da década de 70 do século passado, a distinção entre **dispositivo** e **norma** provocou intenso debate doutrinário quanto ao objeto do controle de constitucionalidade. De um lado, estavam os partidários da tese de que o controle recaía sobre o dispositivo¹⁸⁸, posição que se reforçava pelo disposto do artigo 134, (1), da Constituição¹⁸⁹ e do art. 27 da Lei 11 de março de 1953¹⁹⁰, nº 87; de outro, os defensores da corrente de que o juízo da Corte tinha como objeto as normas¹⁹¹ extraídas do dispositivo, o que se ratificava pela interpretação gramatical do art. 136 da Constituição¹⁹² e do art. 30, (3), da Lei 11 de março de 1953¹⁹³, nº 87.

A divergência acima, entretanto, revelou um certo nominalismo e inutilidade, porque a maior parte dos defensores da tese de que o objeto do controle realizado pela Corte restringia-se ao dispositivo admitia a legitimidade das sentenças interpretativas¹⁹⁴. Para que fosse exposta uma discordância de fundo, estes últimos deveriam extrair da premissa lançada (dispositivo como objeto de controle) o consectário de que a Corte Constitucional só poderia adotar sentenças de inconstitucionalidade *seca*.

Nesse debate, a Corte acabou por adotar uma posição fluida, consagrando um entendimento que lhe permitisse emitir tanto sentenças de inconstitucionalidade simples quanto interpretativas. A frase lançada na Sentença nº 84, de 18-21 de março de 1996, segundo a qual a Corte “*judga sobre normas, mas se pronuncia sobre disposições*” (“*giudica su norme, ma pronuncia su disposizioni*”), é elucidativa quanto a esse ponto. Se a Corte reduzisse o objeto de controle ao texto normativo, uma vez declarada a ilegitimidade constitucional, todos os significados (normas) dedutíveis daquele seriam alcançados, o que obstaría a atividade de “aproveitamento” da legislação anterior por ela empreendida.

¹⁸⁸ Entre eles, cf. PIERANDREI, Franco. Op. cit., p. 966, e SANDULLI, Aldo. **Il giudizio sulle leggi: la cognizione della Corte Costituzionale e i suoi limiti**. Milão: Giuffrè, 1967, pp. 20-22.

¹⁸⁹ “Art. 134. La Corte costituzionale giudica:

sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni (...).”

¹⁹⁰ “Art. 27. La Corte costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le **disposizioni legislative** illegittime. Essa dichiara, altresì, quali sono le altre **disposizioni legislative**, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata” (grifou-se).

¹⁹¹ Cf. ASSINI, Nicola. Op. cit., p. 60 e ss., e CRISAFULLI, Vezio. Op. cit., 2011, pp. 104-105.

¹⁹² “Art. 136. Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una **norma** di legge o di atto avente forza di legge, la **norma** cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”. (Grifou-se).

¹⁹³ “Art. 30. (...)”

Le **norme** dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione (grifou-se).”

¹⁹⁴ Cf. MODUGNO, Franco. Corte Costituzionale e Potere Legislativo. In: BARILE, Paolo, CHELI, Enzo, GRASSI, Stefano (org.). **Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia**. Bologna: Il Mulino, 1982, p. 39.

Por fim, deve-se esclarecer que a sentença interpretativa surgiu de uma necessidade vislumbrada pela Corte Constitucional italiana para fazer frente a alguns desafios. Em primeiro lugar, interpretações de dispositivos legais oriundos do período fascista, por parte de setores do Poder Judiciário, em total descompasso com as normas da Constituição de 1947. Em segundo, demora do Poder Legislativo em proceder à substituição/atualização da legislação antiliberal. Por último, e intimamente relacionado com o elemento precedente, temor de que o vácuo gerado por uma decisão de acolhimento simples produzisse uma situação mais grave na ordem jurídica, pois se acreditava que o Poder Legislativo não seria capaz de suprir, em tempo hábil, a suposta lacuna gerada pela perda da eficácia do ato normativo questionado. Assim, a sentença interpretativa (de acolhimento) representou uma solução prática e exitosa para vincular a atuação do Poder Judiciário a um determinado entendimento fixado pela Corte Constitucional, apesar de naquela época – e ainda hoje – inexistir qualquer dispositivo na ordem jurídica que deferisse tal competência para aquele órgão de garantia da Constituição. A adoção dessas modalidades de sentença representou o primeiro passo de um processo mais amplo de concentração de poderes na Corte Constitucional, que culminou na edição das chamadas sentenças aditivas¹⁹⁵ e substitutivas, cuja análise será feita no tópico seguinte.

2.4.2 Sentenças manipulativas

A admissão do *discrimen* disposição-norma no controle de constitucionalidade abriu um conjunto de possibilidades para a Corte Constitucional, resultando na introdução de novas modalidades de decisão, “*que operam além da escolha entre a pluralidade de interpretações possíveis (aquilo que justifica o recurso às decisões interpretativas)*”¹⁹⁶. A partir da década de 60 do século passado, houve forte incremento das **técnicas de decisão de inconstitucionalidade**, cujos efeitos aproximaram a atuação da Corte daquela normalmente desempenhada pelo Poder Legislativo, modificando substancialmente a posição daquele órgão no cenário institucional¹⁹⁷. Em vez de simplesmente extrair possíveis normas de um

¹⁹⁵ Aqui, rechaça-se a posição de Silvestri, que equipara as sentenças interpretativas às sentenças aditivas. Cf. SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della Corte Costituzionale. In: **Scritti su la giustizia costituzionale**: in onore di Vezio Crisafulli. Padova: CEDAM, 1985, p. 763. Adota-se a opinião majoritária da doutrina italiana, segundo a qual elas não se confundem, apesar das evidentes semelhanças.

¹⁹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, MARCENÒ, Valeria. Op. cit., p. 390.

¹⁹⁷ Analisando o percurso histórico da Corte Constitucional italiana, com especial ênfase no enriquecimento das técnicas de decisão, Cheli sustenta que houve a extensão da esfera de influência daquele órgão tanto em direção

determinado texto (disposição), a fim de “salvá-lo” por meio de uma interpretação conforme à Constituição, o *Palazzo della Consulta* passou a **adicionar** ou **substituir** conteúdos normativos¹⁹⁸, que, a partir de então, já não poderiam ser, de maneira incontroversa, atribuídos ao mesmo dispositivo. Em outras palavras, ao contrário de interpretar (conferir sentido a algo prévio, como ficou consagrado no debate sobre o objeto do controle de constitucionalidade), a Corte passou a “manipular” o sentido atribuído aos textos normativos.

Aldo Sandulli¹⁹⁹ apontou a Sentença nº 168, de 12 de dezembro de 1963, como o primeiro exemplo desse “*nuovo corso*” (novo curso) na jurisprudência da Corte Constitucional italiana. Na referida decisão, a Corte declarou a ilegitimidade do art. 11, (1)²⁰⁰, da Lei 24 de março de 1958, nº 195, na parte em que excluía a iniciativa do Conselho Superior da Magistratura para dar início ao debate sobre os temas arrolados no art. 10, (1), sob o fundamento de que tal restrição afetava a autonomia desse órgão colegiado do Poder Judiciário (arts. 104, 105 e 110, todos da Constituição). Com efeito, o art. 10, (1), da mencionada lei atribuía ao Conselho Superior da Magistratura a deliberação sobre assuntos referentes à magistratura, tais como admissão, atribuição de lotação e funções, transferências e promoções, entre outros; porém, somente por meio de provocação do Ministro de Graça e Justiça seriam aqueles temas levados à apreciação daquele colegiado. A Corte, então, resolveu adicionar um novo sentido normativo, permitindo que, por iniciativa do próprio Conselho Superior da Magistratura, aquelas matérias de interesse do Poder Judiciário pudessem ser objeto de debate e deliberação. De acordo com Sandulli²⁰¹, o dispositivo dessa sentença também pode ser considerado eliminatório, uma vez que afastou o caráter de exclusividade da iniciativa ministerial.

Outra decisão frequentemente mencionada pela doutrina como exemplo dessa nova postura da Corte Constitucional é a Sentença nº 190, de 10 de dezembro de 1970. Nesta

ao Poder Judiciário quanto ao Poder Legislativo. Cf. CHELI, Enzo. **Il giudice delle leggi**: la Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri. 2 ed. Bologna: Il Mulino, 1999, p. 50.

¹⁹⁸ Há menção também, por parte da doutrina, a pronunciamentos manipulativos de **redução** do conteúdo normativo (*accoglimento parziale*). Ou seja, sentenças que declaram a inconstitucionalidade de uma parte das normas dedutíveis, reduzindo, assim, o alcance normativo de uma disposição. Cf. CERRI, Augusto. **Corso de giustizia costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1994, p. 95; RUGGERI, Antonio, SPADARO, Antonino. Op. cit., pp. 148-149; MEZZETTI, L. *et al.* Op. cit., p. 435. Neste trabalho, não será abordada tal modalidade de sentença, tendo em vista que ela pouca divergência produz nas relações entre a Corte Constitucional e os demais órgãos estatais.

¹⁹⁹ Cf. SANDULLI, Aldo. Op. cit., 1967, p. 64.

²⁰⁰ “Art. 11.

(*Funzionamento del Consiglio*)

Nelle materie indicate al n. 1 dell'art. 10 il Consiglio superiore delibera su richiesta, del Ministro di grazia e giustizia.

(...)”

²⁰¹ Cf. SANDULLI, Aldo. Op. cit., 1967, p. 65.

decisão, a Corte declarou a ilegitimidade constitucional do art. 304, (1), do Código de Processo Penal então vigente, limitadamente à parte em que excluía a presença do defensor do acusado no interrogatório. Com efeito, o referido dispositivo legal previa apenas a participação do Ministério Público naquele ato processual, o que, segundo a Corte Constitucional, violava o equilíbrio entre acusação e defesa (*paridade de armas*), previsto no art. 24 da Constituição de 1947. Assim, a Corte determinou que o dispositivo do Código de Processo Penal fosse interpretado como se franqueasse ao defensor do acusado a participação em seu interrogatório.

Por fim, merece destaque a Sentença nº 15, de 12 de fevereiro de 1969, que declarou a ilegitimidade do art. 313, (3), do Código Penal, na parte em que atribuía ao Ministro da Graça e Justiça a autorização para proceder em caso da prática do crime de vilipêndio da Corte Constitucional (art. 290 do Código Penal). Segundo a decisão, ao subordinar o procedimento à avaliação discricionária de uma autoridade do Poder Executivo (Ministro da Graça e Justiça), tal dispositivo violava a independência da Corte Constitucional em relação aos demais poderes, indispensável para o exercício da tarefa de “*fazer valer o império da Constituição nos confrontos entre os operadores constitucionais*”. Assim, considerou-se o dispositivo inconstitucional, porque, em vez de (*anziché*) condicionar o início da apuração à demanda da própria Corte, deixava a um órgão do Poder Executivo a avaliação sobre a necessidade da apuração. O dispositivo deveria ser interpretado, a partir daí, como se deferisse **exclusivamente** à Corte o juízo sobre a apuração do delito previsto no art. 290 do Código Penal.

As duas primeiras decisões acima referidas (Sentenças nº 168/1963 e nº 190/1970) podem ser classificadas como espécies de sentença aditiva²⁰², visto que acrescentaram conteúdo normativo a determinados textos, enquanto que a terceira pode ser adjetivada de substitutiva (Sentença nº 15/1969), em virtude da substituição de uma norma por outra, apesar de mantido o mesmo texto. As decisões aditivas e substitutivas foram agrupadas sob o nome de sentenças criativas²⁰³, sentenças-lei²⁰⁴, sentenças normativas²⁰⁵, sentenças

²⁰² Mortati classificou a Sentença nº 168/1963 como substitutiva; porém, aqui, rechaça-se esse entendimento, já que a sentença acrescentou um novo conteúdo normativo ao art. 11, (1), da Lei 24 de março de 1958, nº 195, estendendo ao próprio Conselho Superior da Magistratura a legitimidade antes deferida apenas ao Ministro da Graça e Justiça. Cf. MORTATI, Constantino. **Istituzione di diritto pubblico**. Tomo II. 9 ed. Padova: CEDAM, 1976, p. 1423.

²⁰³ Cf. CHELI, Enzo. Op. cit., p. 73.

²⁰⁴ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. La Corte Costituzionale e il legislatore. In: BARILE, Paolo, CHELI, Enzo, GRASSI, Stefano (org.). **Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia**. Bologna: Il Mulino, 1982, p. 105.

²⁰⁵ Cf. SILVESTRI, Gaetano. Op. cit., 1985.

manipulativas²⁰⁶, sentenças integrativas²⁰⁷, etc. Malgrado a variação na nomenclatura utilizada, a doutrina italiana, partindo de uma análise do dispositivo dessas decisões, é quase uníssona em caracterizá-las

[...] pelo fato de declarar a ilegitimidade de uma disposição ‘na parte em que não prevê’ uma certa norma (e assim operando introduzem a norma faltante) ou na parte em que prevê uma certa norma ‘em vez de’ uma outra julgada conforme à Constituição (e assim operando substituem imediatamente a norma afastada pela norma considerada constitucional)²⁰⁸.

É importante destacar, todavia, que as decisões manipulativas surgiram sem qualquer reflexão teórica prévia por parte da doutrina italiana, pois foram criadas para enfrentar dilemas práticos e específicos vivenciados pela Corte Constitucional. Porém, isso não impediu a forte receptividade dessas inovadoras técnicas de decisão pela doutrina italiana²⁰⁹, acompanhada igualmente de um processo de justificação teórica²¹⁰ desses “novos poderes” do *Palazzo della Consulta*. Crisafulli²¹¹ acentua exatamente esse aspecto, ao afirmar que se deve

[...] recordar, e sublinhar decisivamente, que essas [sentenças manipulativas] nasceram de uma exigência prática, e não de abstratas elucubrações teóricas. Da exigência, precisamente, de evitar que das decisões da Corte derivassem vácuos no ordenamento, e de adotar, por isso, sempre que fosse possível, sentenças auto-aplicativas... A teorização veio depois.

²⁰⁶ Cf. SANDULLI, Aldo. Op. cit., 1967, p. 58.

²⁰⁷ Cf. PICARDI, Nicola. Sentenze ‘integrative’ della Corte Costituzionale. In: **Scritti in onore di Costantino Mortati**. Vol. IV. Milano: Giuffrè, 1977.

²⁰⁸ “[...] per il fatto di dichiarare l’ilegittimità di una disposizione ‘nella parte in cui non prevede’ una certa norma (e così operando introducono la norma mancante) o nella parte in cui prevede una certa norma ‘anziché’ un’altra ritenuta conforme a Costituzione (e così operando sostituiscono immediatamente la norma caducata con la norma ritenuta costituzionale) (tradução livre). CHELI, Enzo. Op. cit., p. 73. No mesmo sentido, cf. CRISAFULLI, Vezio. Op. cit., 1976, pp. 367-368; ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. Bologna: Il Mulino, 1977, pp. 157-158; COLAPIETRO, Carlo. **Le sentenze additive e sostitutive della Corte Costituzionale**. Pisa: Pacini Editore, 1990, pp. 18-19; GUASTINI, Riccardo. **Lezioni di teoria costituzionale**. Torino: Giappichelli, 2001, pp. 222-223. MEZZETTI, L. et al. Op. cit., pp. 435-438; RUGGERI, Antonio, SPADARO, Antonino. Op. cit., pp. 149-155. O debate sobre as sentenças aditivas e substitutivas aponta para a legitimidade do controle da omissão constitucional pela Corte, que será equiparada, como se verá abaixo, a uma norma implícita de exclusão merecedora de reparo. Em sentido contrário, Pugiotto, a partir de uma releitura da Sentença nº 190/1970, sustenta que não se trata de um controle sobre uma omissão legislativa, mas sobre uma norma (significado normativo) tal qual aplicada pelas instâncias do Poder Judiciário (*norma vivente* ou *diritto vivente*, consoante denominado pela doutrina italiana). Cf. PUGIOTTO, Andrea. Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive. In: **Giurisprudenza costituzionale**. Milano: Giuffrè, Ano XXXVII, set./out. 1992, pp. 3672-3711, p. 3675.

²⁰⁹ Cf. SANDULLI, Aldo. Op. cit., 1967, pp. 66-67.

²¹⁰ Provavelmente, esse processo de justificação foi acentuado pelo disposto no art. 135, (2), da Constituição de 1947, segundo o qual a escolha dos juízes da Corte deve recair sobre magistrados, advogados e **professores universitários da área jurídica**. Isso é mais um indício da forte influência *kelseniana* na formação desse órgão de controle de constitucionalidade, visto que o jurista da Escola de Viena recomendara a participação das faculdades de Direito na escolha dos membros do Tribunal Constitucional. Cf. KELSEN, Hans. Op. cit., 1928, p. 31.

²¹¹ “[...] ricordare, e sottolineare decisamente, che esse sono nate da un’esigenza pratica, e non da astratte elucubrazioni teoriche. Dalla esigenza, precisamente, di evitare che dalle decisioni della Corte derivino ‘vuoti’ nell’ordinamento, e di adottare, perciò, sempre che sia possibile, sentenze autoapplicative...La teorizzazione è venuta dopo (tradução livre). CRISAFULLI, Vezio. Op. cit., 1984, p. 80-81.

Antes de passar à exposição do processo de legitimação teórica das sentenças manipulativas, convém fazer referência ao discurso proferido pelo Presidente da Corte Constitucional, Aldo Sandulli, na celebração do décimo segundo aniversário de funcionamento daquele órgão, pois há passagens esclarecedoras quanto à guinada da Corte em direção a “pronunciamentos criativos”. Eis a transcrição²¹²:

O seu Presidente considera, porém, um direito e um dever, em direção ao estabelecimento e à Nação, afirmar, nesta solene ocasião, que ainda mais proficuos seriam os resultados, se por acaso a Corte pudesse ser definitivamente liberada da preocupação das consequências negativas, em vez de positivas, para a comunidade nacional, dos vácuos por ela criados no ordenamento, quando não venham prontamente colmatados. (...) De sua parte, **a Corte está convicta de ter feito tudo quanto era tecnicamente possível para reduzir ao mínimo o mencionado inconveniente.** (...) Num segundo momento, orientou-se no sentido do recurso sempre frequente às anulações meramente parciais, **potencializadas por meio do recurso àquelas sentenças que a linguagem técnica definiu como “manipuladoras”:** sentenças direcionadas a fazer sobreviver os textos legislativos reestruturados numa formulação substancialmente nova e diferente em relação àquela originária, resultante da eliminação daqueles aspectos, não explícitos, do conteúdo daquela, que resultassem incompatíveis com a Constituição, e às vezes até mesmo pela evocação, nos vácuos de tal modo determinados, de outros elementos já presentes no ordenamento. Tal caminho, porém, não está em condições de fazer frente aos casos em que de uma disposição ou de um complexo de disposições nada pode ser salvo, como também aqueles em que a falta de uma disposição ou de uma parte dessa implica uma obra substitutiva que não compete à Corte (grifou-se).

Percebe-se que a mesma preocupação enunciada por Gaetano Azzariti, no discurso proferido em 1957 (mencionado algumas páginas antes), de evitar vácios na ordem jurídica, eventualmente produzidos por decisões de ilegitimidade constitucional, foi referida no discurso de Aldo Sandulli. Conquanto haja uma certa semelhança entre as perspectivas dos dois ex-presidentes, constata-se a diferença de postura da Corte no decorrer dos anos, caracterizada pela agregação de novo instrumental técnico (sentenças manipulativas) para a

²¹² Eis a versão original: “Il loro Presidente considera però un diritto e un dovere, verso l'istituto e verso la Nazione, affermare, in questa solenne occasione, che ancor più proficui sarebbero i risultati, ove la Corte potesse esser definitivamente affrancata dalla preoccupazione delle conseguenze negative, anziché positive, per la comunità nazionale, dei vuoti da essa creati nell'ordinamento, quando non vengano prontamente colmati. (...) Per la sua parte, **la Corte è convinta di aver fatto tutto quanto era tecnicamente possibile per ridurre al minimo il menzionato inconveniente.** (...) In un secondo tempo si è orientata nel senso di un ricorso sempre più frequente alle caducazioni meramente parziali, **potenziate attraverso l'espedito di quelle sentenze che il linguaggio tecnico ha definito "manipolatorie":** sentenze volte a far sopravvivere i testi legislativi ristrutturati in una formulazione sostanzialmente nuova e diversa rispetto a quella originaria, risultante dall'espunzione di quegli aspetti, non espliciti, del contenuto di quella, che risultino incompatibili con la Costituzione, e talora addirittura dall'evocazione nei vuoti in tal modo determinati, di altri elementi già presenti nell'ordinamento. Tale strada però non è in grado di far fronte ai casi in cui di una disposizione o di un complesso di disposizioni nulla è salvabile, come pure a quelli in cui il venir meno di una disposizione o di una parte di essa comporta l'esigenza di un'opera sostitutiva che non compete alla Corte” (grifou-se). SANDULLI, Aldo. **Discorso pronunciato dal Presidente Sandulli per celebrare il dodicesimo dell'inizio dell'attività della Corte Costituzionale** (tradução livre). Disponível em: http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_510.do. Acesso em 2 de março de 2013.

resolução das questões de constitucionalidade. É interessante registrar, nesse ponto, a sofisticação do argumento empregado, com o intuito de conferir uma “aura de racionalidade” à concentração de poderes na Corte Constitucional. Com efeito, para encobrir escolhas de viés mais político que jurídico, nas quais a Corte teve que proceder discricionariamente, houve articulação de elementos pretensamente racionais, como se tais decisões fossem apenas o resultado de um raciocínio lógico empreendido pelos juízes daquele órgão de controle.

À primeira vista, parecia difícil sustentar a legitimidade das decisões manipulativas, sobretudo em virtude da previsão do art. 28 da Lei 11 de março de 1953, nº 87, que excluía (e ainda exclui), no exercício do controle de constitucionalidade, toda apreciação de natureza política e todo controle sobre a discricionariedade do Parlamento.

Ver-se-á, abaixo, que a estratégia utilizada pela doutrina consistiu em defender a legitimidade do controle da omissão constitucional por parte do *Palazzo della Consulta*, que seria tão somente um corolário do caráter rígido e programático da Constituição de 1947.

2.4.2.1 O controle da omissão constitucional

Apesar de inexistir qualquer autorização normativa capaz de fundamentar a edição das sentenças aditivas e substitutivas, a doutrina esforçou-se em legitimar esse *nuovo corso* da jurisprudência da Corte Constitucional. Nessa perspectiva, um dos trabalhos mais influentes foi elaborado por Costantino Mortati. Inicialmente, ele partiu da ideia de que a soberania do legislador não poderia implicar a liberdade de não fazer, principalmente se essa soberania estivesse limitada por uma Constituição rígida, cuja observância fosse garantida por um controle material de constitucionalidade²¹³.

Em seguida, afirmou que o tipo de comportamento contrastante com a Constituição, se omissivo²¹⁴ ou ativo, não poderia ser utilizado como critério para definição dos poderes do juiz constitucional²¹⁵. Ademais, a objeção de que tal controle seria uma afronta à Separação dos Poderes mostrava-se insubsistente, porque o modelo de *checks and balances* adotado pela

²¹³ Cf. MORTATI, Costantino. Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore. In: MORTATI, Costantino. **Raccolta di scritti**: problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Vol. III. Milano: Giuffrè, 1972, p. 926.

²¹⁴ Mortati diferenciou omissão de lacuna, apontando que a primeira seria fruto de um ato volitivo e se caracterizaria pelo descumprimento de uma obrigação, ao passo que a segunda não decorreria de um comportamento voluntário. Cf. Id., *ibid.*, p. 927.

²¹⁵ Cf. Id., *ibid.*, p. 931-932.

Constituição de 1947 pressupunha o recíproco controle entre os órgãos constitucionais supremos, integrando o próprio controle de constitucionalidade esse sistema²¹⁶.

Por fim, uma importante objeção ao controle da omissão repousava na ideia de que o juiz constitucional, ao declarar a ilegitimidade daquela, deveria reconstruir a norma faltante, invadindo, assim, a esfera própria do legislador. Como ele deveria suprir a *interpositio legislatoris*, sua atuação acabaria sendo inovadora da ordem jurídica. Conjugava-se a isso a perspectiva *kelseniana* do tribunal constitucional como legislador negativo²¹⁷.

Com efeito, para superar esse ponto, Mortati equiparou o silêncio do legislador, por não ter regulado determinados comportamentos ou situações, ao expresso impedimento de sua regulação²¹⁸, motivo pelo qual o controle incidiria não sobre a omissão (não fazer), mas sobre uma vedação implícita (fazer). Nessa perspectiva, Mortati²¹⁹ sustentou que

[d]iante da objeção, facilmente deduzida da análise de numerosos casos de anulação decididos pela Corte, da qual emerge como, às vezes, a eliminação de uma proibição tácita, tal qual se argumenta na omissão, resulta produtiva de uma nova disciplina, deduz-se que este efeito aditivo é apenas ‘aparente’, porque é produto da remoção do obstáculo oposto pelo texto anulado à aplicação de outras normas [...].

A construção engendrada por Mortati suavizou o elemento criativo da sentença aditiva, fazendo com que ela fosse considerada uma simples consequência da eliminação de uma proibição implícita²²⁰. Em outras palavras, a Corte não exerceria o controle sobre a omissão, não obstante Mortati ter admitido expressamente essa possibilidade, mas sobre uma norma implícita, impeditiva do devido desenvolvimento das potencialidades normativas exigidas pela Constituição. Logo, o efeito aditivo seria apenas aparente, já que a extensão de sentido seria fruto de uma decisão anulatória da norma implícita de exclusão “derivada” do silêncio do Parlamento (omissão).

Essa tese teve grande impacto na jurisprudência produzida pela Corte naquela época e, ainda hoje, é possível visualizar seus traços, conforme se constata da análise do Relatório apresentado pelos Ministros da Corte Constitucional italiana na XIV Conferência das Cortes Constitucionais Europeias, realizada em Vilnius/Lituânia, entre os dias 2 e 5 de junho de

²¹⁶ Cf. MORTATI, Costantino. Op. cit., 1972, p. 934.

²¹⁷ Cf. Id., *ibid.*, pp. 941-942.

²¹⁸ Cf. Idem, *ibidem*.

²¹⁹ [d]i fronte all’obiezione, facilmente desumibile dall’analisi di numerose fattispecie di annullamento disposte dalla Corte, dalla quale emerge come, a volte, l’eliminazione di un divieto tacito, quale si argomenta dall’omissione, risulta produttivo di una nuova disciplina, si fa rilevare che quest’effetto aggiuntivo è solo ‘apparente’, in quanto è prodotto dalla rimozione dell’ostacolo opposto dal testo annullato all’applicabilità di altre norme [...] (tradução livre). Id., *ibid.*, 943.

²²⁰ Silvestri criticou a tese de que a Corte procederá a uma anulação no controle da omissão, pois isso configuraria uma criação artificial de um momento ablativo, com o único objetivo de respeitar formalmente o art. 136 da Constituição. Cf. SILVESTRI, Gaetano. Op. cit., 1985, p. 782 e ss.

2008. O tema da apresentação italiana foi “A Omissão Legislativa na Jurisprudência Constitucional”, merecendo destaque o seguinte trecho do documento²²¹:

[...] em boa parte das reconstruções teóricas, as sentenças de tipo aditivo, que de fato acrescentam conteúdos normativos, podem (e devem, à luz da construção do juízo de constitucionalidade como juízo anulatório) ser lidas, de qualquer forma, como disposições anulatórias, porque, por meio dessas, se elimina do ordenamento a possibilidade de deduzir a norma exatamente oposta àquela que a Corte individualizou: em substância, se a Corte declarou uma disposição inconstitucional na parte em que não previa uma certa coisa, assim o fez porque da disposição, da forma como essa era antes da intervenção da Corte, se deduzia a norma que excluía aquela certa coisa.

Tais observações levam a configurar, sob o plano teórico, as sentenças aditivas como algo diferente da subsistência de uma omissão (como atividade parcial), ainda que seu efeito prático não se afaste (mas antes se resolva) da constatação de uma omissa previsão da parte do legislador.

Para Mortati²²², a inovação seria fruto de qualquer pronunciamento anulatório adotado no controle de constitucionalidade, como também sustentou Crisafulli²²³. Disso decorreria que até os pronunciamentos redutores do alcance normativo de uma disposição teriam a aptidão para inovar a ordem jurídica. Esse argumento buscou, assim como o da anulação de uma norma implícita de exclusão, enfraquecer as críticas de que a sentença aditiva dotaria a Corte de um poder criativo.

Outro relevante trabalho de justificação das sentenças aditivas, mas que rejeitou tal nomenclatura, foi o artigo produzido por Nicola Picardi para um livro em homenagem ao próprio Costantino Mortati. Em primeiro lugar, para obviar o risco de críticas à ideia de que a Corte poderia controlar as omissões do Parlamento, propôs a distinção entre a omissão e seu resultado. Em outras palavras, a omissão deveria ser entendida como uma situação em que, de um lado, existe uma determinação positiva da Constituição e, de outro, um comportamento concreto do legislador que contrasta com aquela²²⁴. Assim, a omissão deveria ser tratada

²²¹ [...] in buona parte delle ricostruzioni teoriche, le sentenze di tipo additivo, che di fatto aggiungono contenuti normativi, possono (e debbono, alla luce della costruzione del giudizio di costituzionalità come giudizio annullatorio) essere lette comunque come statuizioni caducatorie, in quanto per mezzo di esse si elimina dall'ordinamento la possibilità di ricavare la norma esattamente opposta a quella che la Corte ha individuato: in sostanza, se la Corte ha dichiarato una disposizione incostituzionale nella parte in cui non prevedeva una certa cosa, lo ha fatto perché dalla disposizione, per come essa era prima dell'intervento della Corte, si ricavava la norma che escludeva quella certa cosa.

Siffatti rilievi conducono a configurare, sul piano teorico, le sentenze additive come altro rispetto alla dichiarazione della sussistenza di una omissione (come «attività parziale»), per quanto il loro effetto pratico non si allontani (ma anzi si risolva) nella constatazione di una omessa previsione da parte del legislatore (tradução livre). CORTE COSTITUZIONALE (ITALIA). **L'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale**. XIV Conferenze delle Corti Costituzionali europee. Vilnius: 2008, p. 10. Disponível em http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/XIV_Conferenza_Vilnius_2008.pdf.

Acesso em 2 de março de 2013.

²²² Cf. MORTATI, Costantino. Op. cit., 1972, p. 946.

²²³ Cf. CRISAFULLI, Vezio. Op. cit., 1976, p. 369.

²²⁴ Cf. PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 604.

como um problema político-sociológico, interessando apenas, do ponto de vista técnico-jurídico, a lacuna por ela gerada.

A preocupação de Picardi orientou-se no sentido de legitimar o controle sobre a omissão do Parlamento no plano das lacunas técnicas e de seu adequado preenchimento²²⁵. Nesse ponto, parecia afastar-se das premissas de Mortati, pois este último defendia a tese de que a omissão caracterizava-se pela presença de uma norma implícita de exclusão decorrente de um determinado texto normativo.

Porém, a parte mais relevante de seu estudo, e que alcançou maior repercussão, refere-se à descrição do mecanismo adotado pela Corte nas sentenças integrativas, termo utilizado para descrever as sentenças aditivas e substitutivas. Segundo ele, a Corte atuaria em dois tempos²²⁶. Em primeiro lugar, eliminaria o obstáculo à realização de um determinado direito ou preceito constitucional (perfil ablativo). Depois disso, surgiria uma lacuna técnica na ordem jurídica, diante da qual a Corte passaria ao segundo momento, no qual colmataria a lacuna (pronunciamento reconstutivo).

Nesse sentido, percebe-se que o argumento de Picardi não destoa completamente daquele formulado por Mortati. Ora, se, num primeiro instante, a Corte anula um obstáculo, ela está afastando uma norma implícita de exclusão²²⁷, tal qual Mortati havia proposto. Com efeito, aparentemente, o que Picardi trouxe de inovador e diferente para o debate foi o desenvolvimento de um segundo momento lógico, no qual, depois de anulado o obstáculo (perfil ablativo), a Corte seria responsável por colmatar uma lacuna (perfil reconstutivo).

Deve-se esclarecer, por fim, que Picardi não considerava terem as duas partes da decisão eficácia *erga omnes* (art. 136 da Constituição de 1947), mas apenas a parte ablativa. Para ele, o capítulo reconstutivo da decisão somente vincularia o juiz suscitante da questão de constitucionalidade, o que prejudicava substancialmente a tarefa de criação normativa vinculante pretendida pela Corte. Essa restrição, entretanto, nunca foi admitida pela Corte Constitucional, que pretendia estender, com *eficácia erga omnes*, o alcance normativo de um dispositivo a fatos e situações anteriormente não previstos.

²²⁵ Cf. PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 612 e ss.

²²⁶ Cf. Id., *ibid.*, p. 632-633.

²²⁷ Duni sustentou que o efeito aditivo era textual, mas não normativo, ao contrário da maior parte da doutrina italiana. Ele ressaltou um aspecto relevante do efeito aditivo, quando a declaração de inconstitucionalidade recair sobre um dispositivo que crie exceção expressa à incidência de uma norma geral. Trata-se da hipótese em que uma norma geral estabelece a fruição de um benefício pela categoria de sujeitos A, B e C, excluindo, entretanto, o grupo D. Nesse caso, a sentença aditiva decorreria da declaração de inconstitucionalidade da norma **explícita** de exclusão, impeditiva da extensão do benefício à categoria D. Cf. DUNI, Giovanni. L'oggetto dei giudizi di costituzionalità e la problematica dei dispositivi additivi. Additività testuale e additività normativa. *In: Scritti in onore di Costantino Mortati*. Vol. IV. Milano: Giuffrè, 1977, p. 334.

As construções teóricas acima evidenciam como o processo de justificação das sentenças manipulativas, em especial das sentenças aditivas, foi articulado no âmbito do controle da omissão²²⁸ constitucional. Todavia, não era qualquer omissão que possibilitaria a edição de uma sentença aditiva, mas apenas aquela relativa²²⁹, caracterizada pelo cumprimento deficiente de um mandamento constitucional. Isso pode ser verificado tanto na obra de Mortati como na de Picardi, tendo em vista que ambos deixaram entrever o vínculo entre anulação (de uma norma implícita) e extensão (criação) de efeitos normativos para outras situações não expressamente previstas antes da edição da sentença aditiva.

Nessa linha, os juízes da Corte expuseram, no supracitado Relatório sobre controle da omissão legislativa, apresentado na XIV Conferência das Cortes Constitucionais Europeias, que a omissão relativa (ação incompleta do Poder Legislativo)²³⁰ é o que autoriza a Corte a proferir uma sentença aditiva.

Inclusive, a expressão característica do dispositivo de uma sentença aditiva (“na parte em que não prevê”) demonstra que essa modalidade de decisão foi, desde seu nascedouro, utilizada para os casos de omissão parcial, ou melhor, para as hipóteses em que parte do conteúdo normativo dedutível do texto fosse anulado, com o intuito de “salvar” o texto normativo impugnado (princípio de conservação dos atos normativos). Por esse motivo, tal modalidade de decisão também foi denominada de acolhimento parcial (*accoglimento parziale*), pois isso denota que o efeito anulatório atinge somente uma parte do conteúdo normativo, qual seja, a norma implícita de exclusão.

Por fim, merece destaque o fato de que a anulação da parte que obstava a extensão dos efeitos normativos de um determinado dispositivo foi uma medida considerada necessária, em muitos casos decididos pela Corte, para restauração da isonomia (art. 3º da Constituição de 1947). A propósito, a Sentença nº 190/1970, que permitiu a participação do defensor no interrogatório, e não apenas do Ministério Público, foi fundamentada sob o viés da igualdade processual entre acusação e defesa. Outro exemplo emblemático de aplicação do princípio da

²²⁸ Em sentido contrário, Pugiotto sustentou, a partir de uma releitura da Sentença nº 190/1970, que não se trataria de um controle sobre a omissão legislativa, mas sobre uma norma (significado normativo) tal qual aplicada pelas instâncias do Poder Judiciário (*norma vivente* ou *diritto vivente*, consoante denominado pela doutrina italiana). Cf. PUGIOTTO, Andrea. Op. cit., 1992, p. 3675.

²²⁹ No mesmo sentido, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. Op. cit., p. 263; e REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional**. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 171. Isso demonstra que o debate sobre o controle da omissão parcial ultrapassou as fronteiras da Itália, alcançando Espanha e Portugal.

²³⁰ Cf. CORTE COSTITUZIONALE (ITÁLIA). **L’omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale**. XIV Conferenze delle Corti Costituzionali europee. Vilnius: 2008, p. 6. Disponível em http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/XIV_Conferenza_Vilnius_2008.pdf. Acesso em 2 de março de 2013.

isonomia foi a Sentença nº 219, de 8 de julho de 1975, por meio da qual se determinou a extensão aos professores universitários do mesmo teto remuneratório estabelecido anteriormente apenas para a carreira de dirigente do Estado.

2.4.2.2 O redimensionamento da relação entre Parlamento e Corte Constitucional e a tese da rime obbligate

É importante destacar que o desenvolvimento das sentenças manipulativas ocorreu nos primeiros anos de atuação da Corte Constitucional, período conhecido como áureo ou de “*supplenza maggiore*”²³¹ (suplência maior), no qual aquele órgão teve um perfil mais destacado na adequação dos atos normativos aos ditames constitucionais, sobretudo daqueles oriundos do período fascista.

Não se pode esquecer de que a Corte Constitucional ocupou “espaços” ou “vácuos” institucionais com o beneplácito do próprio Poder Legislativo, visto que este não foi capaz de produzir as alterações legislativas no ritmo que dele se esperava. Com efeito, até mesmo juristas contrários à admissibilidade das sentenças manipulativas apontaram o acordo tácito²³² do Parlamento em relação à concentração de poderes no *Palazzo della Consulta*. Nesse sentido, vale mencionar o auxílio prestado pelo Parlamento ao adequado cumprimento da já referida Sentença nº 190/1970, uma das primeiras de perfil aditivo. Uma vez que os órgãos do Poder Judiciário se negavam a cumprir essa decisão, o Poder Legislativo aprovou o *Decreto Legge* 23 de janeiro de 1971, nº 2, assegurando ao defensor a participação no interrogatório do acusado, antes apenas prevista para o órgão do Ministério Público, de forma a vincular todos ao que fora decidido anteriormente pela Corte.

Entretanto, alguns anos depois do surgimento das sentenças criativas, verificou-se instabilidade na relação entre o Parlamento e a Corte, inclusive com a tentativa de aprovação de medidas constitucionais e legislativas para reduzir os poderes desta última. Por meio de decisões que causaram desconforto ao Governo, tal como a Sentença nº 219/1975, que lhe impôs grande dispêndio financeiro²³³, o tema do excesso na atuação daquele órgão de controle

²³¹ ELIA, Leopoldo. La Corte nel quadro dei poteri costituzionale. In: BARILE, Paolo, CHELI, Enzo, GRASSI, Stefano (org.). **Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia**. Bologna: Il Mulino, 1982, p. 525.

²³² Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., 1977, p. 342.

²³³ Na decisão, a Corte estendeu aos professores universitários o mesmo tratamento remuneratório estabelecido para outra carreira, motivando questionamentos quanto à violação do art. 81 da Constituição de 1947, segundo o qual todo aumento de despesa depende da indicação da respectiva fonte de custeio.

de constitucionalidade passou a ser objeto de forte crítica na Comissão de Assuntos Constitucionais da Câmara²³⁴.

Houve, assim, um redimensionamento na utilização das sentenças manipulativas, levando a Corte a adotar o discurso de que tais decisões não eram criativas, mas apenas explicitavam algo já presente na ordem jurídica, ora estendendo o alcance de uma norma já vigente, ora integrando a ordem jurídica por meio do recurso aos princípios. Logo, se se tratasse de atividade criativa, deveria ser considerada uma legislação a *rime obbligate*²³⁵ (rimas necessárias, em tradução livre), na qual o *Palazzo della Consulta* não teria qualquer discricionariedade. Daí em diante, a Corte estabeleceu novos parâmetros em sua relação com o Poder Legislativo, marcada por mais colaboração que confronto, de maior *self-restraint*, de forma a não invadir o espaço reservado às instâncias políticas. Não obstante esse processo seja dinâmico e contingente, não autorizando uma avaliação final e acabada, essas restrições à sentença aditiva indicam um caminho de maior diálogo institucional.

Na verdade, a Corte impôs a si própria um ônus argumentativo considerável, pois passou a justificar as sentenças manipulativas como fruto de uma solução única, demonstrando que a “norma adicionada” não resultava de uma “escolha”, como sustentara Tullio Ascarelli em relação às sentenças interpretativas. A ideia de legislação a *rime obbligate* representou, portanto, uma importante limitação à discricionariedade da Corte no controle de constitucionalidade, delimitando um espaço de atuação menos amplo do que aquele inicialmente reivindicado. A Corte buscava afirmar, assim, que não tinha uma atuação criativa, mas apenas interpretativa²³⁶.

Por fim, em que pese tal mudança de perspectiva ter começado em meados da década de 70 do século passado²³⁷, ela se consolidou na jurisprudência da Corte, de modo que se tornaram cada vez mais frequentes as hipóteses em que a discricionariedade do legislador erigiu-se como limite intransponível à emissão de uma sentença aditiva. Por conseguinte, caso não se apresente uma solução única do ponto de vista constitucional (*rime obbligate*), a Corte abstém-se de agir, preservando a esfera de competências do Parlamento.

²³⁴ Cf. CRISAFULLI, Vezio. Op. cit., 1984, p. 81.

²³⁵ Id., ibid., p. 84.

²³⁶ Cf. CRISAFULLI, Vezio. Op. cit., 1976, p. 369; MODUGNO, Franco. Op. cit., 2008, p. 142. Nesse ponto, o debate assemelha-se àquele travado entre Hart e Dworkin, sobretudo quanto à crítica formulada pelo último em relação à tese da discricionariedade sustentada pelo primeiro. A Corte parece ter se movimentado de uma concepção positivista *hartiana* em direção à postura interpretativista de Dworkin, admitindo, ainda que implicitamente, a tese da única resposta correta, sintetizada na expressão *rime obbligate*. Esse ponto será melhor explorado no próximo capítulo.

²³⁷ A primeira decisão em que a Corte se recusou a proferir uma sentença aditiva, em razão da multiplicidade de soluções possíveis, o que poderia violar a discricionariedade do Poder Legislativo, foi a Sentença nº 102, de 24 de maio de 1977.

2.4.2.3 O desenvolvimento de novas modalidades de decisões e o diálogo entre Poder Legislativo e Corte Constitucional

É interessante notar que Vezio Crisafulli²³⁸, ex-Ministro da Corte Constitucional (1968-1979) e entusiasta das sentenças aditivas, já havia alertado para o risco de que a introdução de um órgão de controle da validade das leis pudesse trazer perturbações ao “jogo” existente entre o princípio democrático e o princípio liberal. Tal asserção fora feita no ano seguinte à entrada em funcionamento da Corte Constitucional, antes, portanto, da prática das sentenças manipulativas.

É verdade que o Poder Legislativo, num primeiro momento, “consentiu” com o aumento de poderes da Corte Constitucional, processo iniciado com as sentenças interpretativas e acentuado com as manipulativas, pois não conseguia cumprir, de maneira satisfatória, sua atribuição de editar a legislação necessária ao cumprimento dos ditames constitucionais. Por outro lado, em algumas ocasiões, aquelas sentenças provocaram fissuras nas relações entre o *Palazzo della Consulta* e o Parlamento, levando este último a questionar, de maneira vigorosa, as pronúncias criativas do primeiro.

Depois de críticas de setores do Poder Judiciário, da doutrina e do próprio Poder Legislativo, a Corte Constitucional submeteu a edição de sentenças aditivas a rigoroso limite (*rime obbligate*), reduzindo a sua margem de discricionariedade. Além disso, a Corte absteve-se de emitir sentenças aditivas, quando isso representasse violação ao art. 81 da Constituição de 1947 (definição prévia da fonte de custeio de uma despesa estatal), em virtude da polêmica gerada pela supracitada Sentença nº 219/1975. A Corte adotou também uma postura de autocontenção em matéria penal, recusando-se a proferir decisões aditivas, caso seu provimento pudesse alargar o alcance de preceitos penais punitivos, afrontando, assim, o princípio da anterioridade e da legalidade penal (art. 25 da Constituição de 1947).

A partir daí, o *Palazzo della Consulta* passou a atuar num perfil mais colaborativo e menos conflituoso²³⁹ com o Parlamento, caracterizado pela edição de maior quantidade de sentenças de orientação (*sentenze-indirizzo*)²⁴⁰, através das quais se intensificou o diálogo entre aqueles dois órgãos constitucionais.

²³⁸ Cf. CRISAFULLI, Vezio. Op. cit., 1958, p. 277-278.

²³⁹ Cf. CHELI, Enzo. Op. cit., p. 84.

²⁴⁰ A expressão foi utilizada por Zagrebelsky para se referir às sentenças em que a Corte posicionava-se não como legisladora (*sentenze-legge*), mas como co-legisladora, auxiliando o Poder Legislativo por meio de

Essa nova fase na jurisprudência da Corte foi marcada pela criação de novas modalidades de sentenças, nas quais se evidencia maior cautela na definição peremptória de questões polêmicas. Em vez de sentenças aditivas *puras* ou de *garantia*, nas quais a lacuna existente na ordem jurídica é preenchida pela própria sentença, optou-se pelos *moniti* (exortações ou advertências) e pelas sentenças aditivas *de princípio*²⁴¹.

No primeiro caso, as decisões constituem uma espécie de convite ao Poder Legislativo para regular uma determinada matéria ou para revogar um ato normativo incompatível com a Constituição, assemelhando-se às decisões de apelo (*Appellentscheidung*) do Tribunal Constitucional Federal alemão.

No segundo, por sua vez, a Corte age de forma parecida com as clássicas sentenças aditivas, declarando a inconstitucionalidade “na parte em que não prevê algo”, mas, ao invés de individualizar o fragmento normativo faltante, indica o princípio geral que deverá ser observado pelo Parlamento no preenchimento da omissão²⁴². Uma das primeiras decisões com esse perfil foi a Sentença nº 230, de 17 de junho de 1987, sobre a independência dos magistrados da Corte de Contas. O *Palazzo della Consulta* não admitiu as questões de constitucionalidade, sob o argumento de que, dada a pluralidade de soluções possíveis, não lhe seria lícito escolher. Em síntese, apesar de reconhecer na *ratio decidendi* que os dispositivos legais violavam a independência constitucional dos magistrados da Corte de Contas, a Corte Constitucional recusou-se a anulá-los, pois a consequência lógica disso seria a produção da norma de preenchimento da lacuna gerada pela anulação. Fixou-se apenas o princípio da independência dos magistrados da Corte de Contas como norte para a futura atuação do Parlamento, órgão competente, segundo a decisão, para atuar diante da multiplicidade de soluções.

Embora as sentenças aditivas *puras* tenham produzido conflitos em grande escala entre o Poder Legislativo e a Corte, elas também causaram estranhamentos entre esta e o Poder Judiciário. Em relação a este último, a abertura para o diálogo ocorreu mediante a valorização do chamado *diritto vivente*, ou seja, da interpretação formulada pelos órgãos judiciais, em especial da Corte de Cassação, órgão de unificação da atividade interpretativa

orientações, sem, contudo, dar a última palavra a respeito das escolhas políticas. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., 1982.

²⁴¹ Parte da doutrina italiana indica ainda outros tipos de decisões introduzidas pela Corte Constitucional; contudo, em alguns casos, trata-se apenas de desdobramentos das modalidades já citadas. Cf. RUGGERI, Antonio, SPADARO, Antonino. Op. cit., 2009, p. 152-155.

²⁴² Cf. CORTE COSTITUZIONALE (ITÁLIA). *L’omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*. XIV Conferenze delle Corti Costituzionali europee. Vilnius: 2008, p. 31. Disponível em http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/XIV_Conferenza_Vilnius_2008.pdf. Acesso em 2 de março de 2013.

dos atos infraconstitucionais. A Corte Constitucional, nesse sentido, passou a utilizar-se da sentença de *rigetto* com finalidade diversa daquela que caracterizou seu período áureo. Com efeito, a questão de constitucionalidade tem sido inadmitida, se o juiz *a quo* não tiver buscado uma *interpretazione adeguatrice* (interpretação conforme à Constituição) do ato normativo. Por conseguinte, aos órgãos do Poder Judiciário foi reconhecido maior protagonismo no controle de constitucionalidade, levando alguns constitucionalistas a falar em aproximação do sistema italiano do modelo difuso.

Voltando ao embate entre Corte e Parlamento, deve-se ressaltar que a criação de novos pronunciamentos no controle de constitucionalidade, sobretudo após as crises institucionais vivenciadas na década de 70 do século passado, não gerou uma relação linear de colaboração e respeito às esferas de competência respectivas daqueles órgãos. Não obstante o avanço no diálogo, a realidade mostrou-se mais complexa e dinâmica, caracterizada por interrupções e crises²⁴³, típicas de qualquer Estado em que instituído o controle de constitucionalidade de atos do Poder Legislativo por um órgão não integrante da estrutura deste último.

Por fim, a prática das sentenças manipulativas, em especial as sentenças aditivas, ultrapassou os lindes da República Italiana e influenciou fortemente outras realidades constitucionais, sobretudo aquelas marcadas por sérios e graves períodos de suspensão de garantias democráticas e de rotura dos pilares do constitucionalismo. Em determinados contextos, considerou-se que o deferimento, aos órgãos de controle de constitucionalidade, da competência para emitir decisões aditivas poderia ser um válido instrumento de concretização constitucional. No próximo capítulo, a atenção será deslocada para a recepção da sentença aditiva no Brasil, a fim de que se verifique como o debate italiano foi mediado pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo pelo recente interesse desse órgão pelas sentenças aditivas clássicas, autorizadas de maior margem de escolha no controle de constitucionalidade.

²⁴³ Groppi cita um projeto apresentado no Parlamento, em 1998, para impedir a Corte de editar sentenças com caráter manipulativo, como reação a uma decisão de efeitos aditivos (Sentença nº 361, de 26 de outubro-2 de novembro de 1998). Cf. GROPPi, Tania. Op. cit., p. 73.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SENTENÇA ADITIVA

3.1 Breve perfil do controle de constitucionalidade sob a égide da Constituição de 1988

Com a promulgação da Constituição Republicana de 1988, foram deferidas novas competências ao Supremo Tribunal Federal²⁴⁴ para o desempenho da importante função de guardião da Constituição (art. 102 da CR/88), diferenciadas e ampliadas em relação àquelas que tradicionalmente lhe haviam sido conferidas pelo direito constitucional pretérito.

Antes da vigente Lei Fundamental, o controle difuso²⁴⁵ de constitucionalidade era o mais forte mecanismo de supervisão dos atos do Poder Público, algo que tem sido da tradição do Direito brasileiro desde a atribuição dessa prerrogativa aos órgãos do Poder Judiciário pela Constituição Republicana de 1891²⁴⁶. Nesse ponto, a criação do recurso extraordinário representou a colocação do Supremo Tribunal Federal como órgão de revisão das decisões sobre “*a constitucionalidade de leis ou atos dos Governos Estaduais e leis federais*” (art. 59, § 1º, b).

Esse modelo passou a coexistir com elementos do controle concentrado, o que se deu com a inserção, pela Carta Política de 1934 (art. 12, § 2º), da representação interventiva²⁴⁷. Competia ao Procurador-Geral da República (PGR) a propositura dessa ação, como ainda hoje (art. 36, III, da CR/1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004), em caso de ofensa aos *princípios constitucionais sensíveis* (art. 7º, I, a a h).

A Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, à Constituição de 1946 criou o primeiro mecanismo de controle abstrato²⁴⁸ no Direito brasileiro, qual seja, a

²⁴⁴ Apesar de sua instituição ter sido prevista pelo art. 163 da Constituição de 1824, o Supremo Tribunal de Justiça foi criado apenas com a edição da Lei de 18 de setembro de 1828. Somente com a Constituição Provisória, publicada por meio do Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, o órgão foi denominado Supremo Tribunal Federal.

²⁴⁵ Segundo a classificação formulada por Calamandrei, chama-se difuso o controle exercitado por todos os órgãos do Poder Judiciário, ao passo que, concentrado quando tal tarefa é deferida a um único órgão. Cf. CALAMADREI, Piero. Op. cit., p. 5.

²⁴⁶ Sob forte influência do modelo estadunidense, a Constituição Republicana de 1891 introduziu o controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

²⁴⁷ Mendes afirma que a doutrina e a jurisprudência acabaram dando à representação interventiva um tratamento semelhante ao de um instrumento do controle abstrato de normas, não obstante a sua orientação à composição de conflitos federativos. Assim, ela teria servido para definir relevantes questões a respeito da compatibilidade do direito estadual com a Constituição Federal. Cf. MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 60-64.

²⁴⁸ Ainda seguindo a classificação de Calamandrei, abstrato ou principal é o controle em que a questão da legitimidade constitucional da lei é posta como tema principal e separado da demanda, enquanto que, no

representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, cuja propositura foi atribuída apenas ao Procurador-Geral da República (art. 101, I, *k*).

A Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, à Constituição de 1967/1969 conferiu ao Procurador-Geral da República legitimidade para propor a representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 119, I, *l*), alargando, assim, o espectro do controle abstrato de constitucionalidade.

À exceção da representação para fins de interpretação, a Constituição Federal de 1988 manteve todos os demais mecanismos de controle de constitucionalidade anteriormente citados, dando-lhes, em alguns casos, nova feição, e previu expressamente a possibilidade de controle da omissão constitucional, sob forte influência da Constituição da República Portuguesa de 1976 (art. 283).

Em relação às inovações operadas pelo constituinte de 1988, merecem destaque as seguintes: alteração do nome da representação de inconstitucionalidade para ação direta de inconstitucionalidade e ampliação do rol de legitimados para a sua propositura (art. 103); a previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, parágrafo único); a criação do mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º).

Ao lado desses dispositivos do texto originário, a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, instituiu a ação declaratória de constitucionalidade²⁴⁹, com atribuição de eficácia *erga omnes* e de efeito vinculante às decisões definitivas de mérito (art. 102, I, *a*, *c/c* § 2º do mesmo artigo).

No plano infraconstitucional, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, estendeu o efeito vinculante²⁵⁰ da ação declaratória à ação direta de inconstitucionalidade, assim como à interpretação conforme à Constituição e à declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto (art. 28). Outra importante modificação introduzida por aquela lei consistiu na possibilidade de manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade²⁵¹ no

incidental, a questão constitucional apresenta-se como prejudicial para a solução de uma controvérsia concreta. Cf. CALAMADREI, Piero. Op. cit., p. 5.

²⁴⁹ Originalmente, os únicos legitimados para propor a ação declaratória de constitucionalidade eram o Presidente da República, o Procurador-Geral da República e as mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados (art. 103, § 4º, CR/88 com a redação dada pela EC nº 3, de 1993). Todavia, esse rol foi ampliado pela EC nº 45, de 2004, mediante alteração do *caput* do art. 103, equiparando-o, assim, ao da ação direta de inconstitucionalidade.

²⁵⁰ A EC nº 45, de 2004, constitucionalizou a referida modificação legislativa, dando nova redação ao art. 102, § 2º, da CR/88.

²⁵¹ Tal dispositivo foi impugnado por duas ações diretas de inconstitucionalidade (nº 2154 e nº 2258), ambas sob a relatoria do Min. Dias Tóffoli e ainda pendentes de julgamento.

controle abstrato²⁵², pelo voto de dois terços dos membros do STF, com fundamento na segurança jurídica ou no excepcional interesse social (art. 27).

A EC nº 45, de 2004, por sua vez, instituiu a súmula vinculante (art. 103-A) e submeteu a admissão do recurso extraordinário à comprovação, pelo recorrente, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas (art. 102, § 3º).

Não se pretende, aqui, traçar uma análise minuciosa das principais ações e mecanismos de controle de constitucionalidade, mas apenas colocar em relevo alguns aspectos que apontam para um gradual e contínuo processo de concentração do poder de interpretação constitucional no órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, o que tem aproximado seu perfil ao das cortes constitucionais europeias. Deve-se advertir, todavia, que, nos trabalhos da Assembleia Constituinte de 1987-1988, a ideia de criação de um tribunal constitucional não recebeu acolhida²⁵³.

Por fim, mesmo através de outras ações e mecanismos processuais, como a reclamação, o mandado de segurança, a ação popular, o *habeas corpus*, entre outros, que não são preordenados diretamente ao controle de constitucionalidade, podem ser verificadas situações de ampla concentração de poderes no STF, à medida em que ele seja convocado a decidir como única instância de interpretação judicial do texto constitucional.

3.2 Alguns aspectos da virada do STF em direção ao ativismo²⁵⁴ e as sentenças aditivas

Conquanto o STF dispusesse, desde a instauração da ordem democrática de 1988, de um poderoso arcabouço jurídico para cumprir seu papel de guarda da Constituição (art. 102),

²⁵² Cumpre destacar que o STF tem estendido a modulação de efeitos ao controle incidental de constitucionalidade, como se depreende da leitura do RE 197.917/SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ 07/05/2004.

²⁵³ Cf. CORRÊA, Oscar Dias. 160º aniversário do STF e o novo texto constitucional. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**. Ano 41, n 173, pp. 67-88, p. 70.

²⁵⁴ Segundo Green, o termo “ativismo judicial” foi mencionado pela primeira vez pelo jornalista Arthur Schlesinger, na Revista *Fortune*, em 1947, com o intuito de classificar os juízes da Suprema Corte norte-americana. De um lado, havia os ativistas, de outro, os mais associados a condutas de *self-restraint*. Os primeiros afetariam o trabalho do Poder Legislativo, castrando ou vetando leis, expondo suas próprias concepções de bem comum, enquanto que os segundos preservariam a liberdade de conformação daquele poder. Cf. GREEN, Roger Craig. An intellectual history of judicial activism. In: **Selected works of Roger Craig Green**. Disponível em http://works.bepress.com/roger_craig_green/1/. Acesso em 5 de abril de 2013. A partir daí, o termo foi utilizado em variados contextos e situações. Há várias propostas de classificação do ativismo, algumas apontando para uma qualificação negativa. Neste trabalho, não se pretende associar o termo a um viés negativo, mas apenas pontuar que o STF passou a agir de maneira menos episódica na definição de questões de grande polêmica na sociedade, numa postura que inexistia antes da Constituição Republicana de 1988. Segue-se, aqui, a proposta mais descritiva quanto ao termo ativismo proposta por Sunstein, cf. SUNSTEIN, Cass. A hand in the matter: has the Rehnquist Court pushed his agenda on the rest of the country? In: **Legal affairs**, v. 26, mar/abr 2003. Disponível em: http://www.legalaffairs.org/issues/March-April-2003/feature_marapr03_sunstein.msp. Acesso em 5 de abril de 2013.

superando os resquícios autoritários presentes na ordem jurídica, a postura adotada nos primeiros anos foi muito tímida. Para um órgão acostumado a um papel de pouca relevância na era imediatamente anterior, subserviente aos interesses dos governantes do período ditatorial, não se revelava tarefa simples uma mudança substancial de perspectiva²⁵⁵.

Apesar do processo de expansão do Poder Judiciário²⁵⁶ depois de 1988, isso não conduziu imediatamente a uma definição clara de seu papel no cenário político-institucional. Essa indefinição resultou numa atuação ambígua do próprio STF²⁵⁷, já que, num primeiro momento, em vez de se utilizar das potencialidades dos mecanismos processuais previstos no novo texto constitucional, a fim de construir uma sólida jurisprudência a respeito dos direitos fundamentais, ele adotou um comportamento mais contido²⁵⁸. Por outro lado, através de declarações informais de seus ministros e de decisões esparsas²⁵⁹, acabou estabelecendo um espaço relevante de atuação na esfera política.

É curioso notar, ainda, que houve um certo “estímulo” ao protagonismo institucional do STF, por parte de outros poderes, com o objetivo de combater o ativismo das cortes inferiores, que configurava uma ameaça à continuidade de vários projetos de governo. Nesse contexto, pode-se compreender o motivo da criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade sem qualquer paralelo em realidades constitucionais contemporâneas. Por meio dele, conferiu-se a

²⁵⁵ Havia certa desconfiança em relação à postura do STF na garantia dos direitos albergados na Constituição Republicana de 1988, visto que sua atuação, salvo raras exceções, fora de muita condescendência com o regime ditatorial instaurado no período de 1964-1985. Não bastasse isso, o Min. Oscar Corrêa, afirmou, poucos meses antes da promulgação da vigente Constituição, que as decisões tomadas pelo constituinte deixariam o país ingovernável. Diante do grande impacto de sua declaração, Oscar Corrêa concedeu entrevista à jornalista Teresa Cardoso, do *Jornal do Brasil*, ratificando sua posição contrária ao texto constitucional que estava prestes a ser promulgado; porém, acrescentou que, assim que a Constituição fosse promulgada, sua obrigação seria interpretá-la e cumpri-la. Cf. CARDOSO, Teresa. Ministro do STF garante que cumprirá a nova Constituição. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 22 set. 1988, p. 3. Acrescente-se a isso a visão generalizada, entre ministros conservadores e progressistas, de que inovadores dispositivos da Constituição dependeriam de lei, pois não seriam dotados de aplicabilidade imediata (taxa de juros de 12% ao ano, *habeas data*, mandado de injunção, entre outros). Cf. KOERNER, Andrei, FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. In: *Lua Nova*, São Paulo, 2013, nº 88, pp. 141-184, p. 177.

²⁵⁶ Castro indica três motivos relacionados entre si para esse processo: aumento da mobilização social, canalizada pelo processo judicial, contra reformas da política econômica empreendidas pelo governo; postura mais ativista dos juízes; e mudanças introduzidas pela Constituição de 1988, tais como o amplo catálogo de direitos fundamentais e a independência do Poder Judiciário. Cf. CASTRO, Marcus Faro de. The courts, law, and democracy in Brazil. In: *International Social Science Journal*, jun. 1997, nº 152, pp. 241-252, p. 242-243.

²⁵⁷ Cf. *Idem*, *ibidem*.

²⁵⁸ Um exemplo disso, inclusive mencionado por Castro, foi a interpretação conferida ao mandado de injunção no julgamento do MI 107-3/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 02/08/1991, que acabou por restringir substancialmente o alcance desse mecanismo, ao equipará-lo, quanto aos efeitos, à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Cf. *Id.*, *ibid.*, p. 246.

²⁵⁹ Castro aponta a decisão cautelar do Min. Marco Aurélio, por provocação de partidos políticos de esquerda, que determinou a suspensão dos trabalhos legislativos relacionados à reforma constitucional prevista pelo art. 3º do ADCT. Embora tenha sido revogada pelo plenário do tribunal, acabou mandando uma mensagem clara de que o STF era um poder político que não poderia ser subestimado. Cf. *Id.*, *ibid.*, p. 248.

determinadas autoridades²⁶⁰ (Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados e Procurador-Geral da República) a possibilidade de paralisar, com efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*, o andamento de processos judiciais nos quais se questionasse a constitucionalidade de atos normativos. Por isso, Vieira afirmou que a referida ação “[...] abre espaço para que se estabeleça uma cooperação entre Governo e Supremo Tribunal Federal”²⁶¹.

Várias reformas constitucionais e legais recentes, a exemplo da que instituiu a ADC, têm privilegiado o controle abstrato de constitucionalidade em detrimento do incidental. Por trás desse processo, não se vislumbra qualquer intento democrático, pois se objetiva sobretudo

[...] facilitar a governabilidade. Mais que o propósito de reforçar o sistema de direitos, este movimento forneceu, mais do que nunca, os meios para fazer política no controle de constitucionalidade. O sistema abstrato de controle de constitucionalidade teve que ser redesenhado para unir de maneira mais flexível direito e política²⁶².

Amparado pelo instrumental disponibilizado por essas reformas, o STF tem abandonado o comportamento vacilante no processo político, característica que marcara sua atuação nos primeiros anos depois da promulgação da Constituição Republicana, em prol de uma participação mais intensa e inovadora. Ao invés de se afirmar apenas por meio de decisões monocráticas e de declarações informais de alguns ministros, ou melhor, de maneira episódica, tem construído uma ampla jurisprudência que o coloca numa posição singular na definição de temas e questões de grande alcance político, social e econômico.

Vieira²⁶³ cunhou o termo “supremocracia” para designar esse fenômeno recente de nossa história institucional. Segundo ele, o termo possuiria dupla acepção. Na primeira, indica a autoridade adquirida pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário de governar jurisdicionalmente os demais órgãos desse próprio poder. Na segunda, refere-se ao novo arranjo institucional, responsável pela expansão da autoridade do Poder Judiciário sobre os demais poderes.

A análise aqui empreendida concentra-se justamente na segunda faceta do termo

²⁶⁰ Como se explicitou no item anterior, tal rol de legitimados foi alargado por meio da EC nº 45, de 2004.

²⁶¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 136.

²⁶² [...] to facilitate the governability. More than the purpose of reinforcing the system of rights, this movement provided, more than ever, the means to do politics in constitutional adjudication. The abstract system of judicial review had to be redesigned to more flexibly conjoin law and politics (tradução livre). BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the limits of constitutional adjudication**: deconstructing balancing and judicial activism. Berlim: Springer, 2010, p. 100.

²⁶³ Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. In: **Revista de Direito do Estado**, Ano 3, nº 12, out-dez 2008, pp. 55-75.

cunhado por Vieira, ou seja, no processo de “expansão” das atribuições da Suprema Corte sobre o Poder Legislativo, operacionalizada pela assunção de competências típicas das casas legislativas de qualquer regime democrático contemporâneo. À primeira vista, isso pode gerar fortes conflitos e instabilidade institucional, em virtude da possível concorrência entre diversos poderes no exercício das mesmas atribuições. Como acentua Benvindo²⁶⁴,

[i]ronicamente, o que começou como uma colaboração entre os diferentes poderes para impedir o ativismo das Cortes inferiores promoveu o ativismo da mais alta Corte, agora com um impacto mais amplo.

(...)

A expansão da influência, depois de tudo, não é tão fraternal para permitir uma duradoura simbiose de interesses entre os diferentes poderes, especialmente quando observamos que, por trás desse movimento, estão em questão o exercício e a definição da política.

Em alguns casos recentes, contudo, apontar-se-á para o fato de que esse alargamento da esfera de atuação do STF não produz necessariamente atritos institucionais, sendo, em alguns casos, objeto de um processo de negociação/cooperação que transfere a definição de temas polêmicos para aquele órgão de cúpula do Poder Judiciário, retirando o ônus deliberativo dos poderes que possuem responsabilidade político-eleitoral (Legislativo e Executivo).

É interessante observar que não se desenvolveu no Brasil²⁶⁵ uma sólida tradição jurídico-constitucional e democrática capaz de legitimar e oferecer argumentos para o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público e para a consolidação do sistema de direitos, assim como de refletir criticamente sobre a prática institucional do Poder Judiciário. Por essa razão, o aumento da participação do STF no processo político, por meio da correção dos excessos dos demais poderes, foi articulado, inicialmente, pelo recurso aos conceitos de razoabilidade e de devido processo legal substantivo, oriundos da prática constitucional estadunidense. Em seguida, no âmbito da interpretação das cláusulas de direitos

²⁶⁴ [i]ronically, what began as collaboration among the different powers to prevent the lower courts’ activism promoted the higher court’s activism, now with a much greater impact.

(...)

The expansion of influence, after all, is not so fraternal as to allow a longstanding symbiosis of interests among the different powers, especially when we remark that, behind this movement, the exercise and definition of politics are at issue (tradução livre). BENVINDO, Juliano Zaiden. Op. cit., 2010, p. 107-108.

²⁶⁵ O longo período de suspensão do Estado de Direito e das garantias democráticas no passado recente de nosso país pode ser indicado como um dos motivos do não florescimento, na prática dos tribunais e no pensamento jurídico, de sólidas construções teóricas aptas a fundamentar uma articulação adequada entre direito e política. Isso pode explicar o encanto exercido sobre a cultura jurídica brasileira por modelos desenvolvidos em regimes democráticos já consolidados. Neves observa que o fascínio recente pela principiologia jurídico-constitucional “[...] poderia ser associado simplesmente aos processos de democratização e constitucionalização que, no último quartel do século XX, ocorreram na América Latina em geral e no Brasil em especial, após um período de regimes autoritários com efeitos desastrosos sobre as liberdades civis e políticas”. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 171.

fundamentais, houve um crescente emprego da técnica da ponderação, por meio do princípio da proporcionalidade, tal qual se desenvolveu na doutrina constitucional alemã e na praxis do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal)²⁶⁶. Ultimamente, objetivando solucionar casos de suposta omissão constitucional, o STF tem recorrido à experiência da *Corte Costituzionale* italiana, mais precisamente às sentenças aditivas, como forma de justificar decisões de conteúdo mais criativo.

Deve-se advertir, desde já, que esse último passo não se confunde com o debate jusfilosófico que se ocupa de precisar se os juízes, no processo interpretativo, criam direito²⁶⁷. A afirmação da competência para emitir sentenças manipulativas envolve uma definição mais contundente de poder normativo, pois pretende legitimar, por meio do controle das omissões constitucionais do Poder Legislativo, uma atuação ampliada do STF no cenário institucional. Não se trata, portanto, de uma competência que possa ser abarcada pela descrição positivista *hartiana*²⁶⁸ do caráter discricionário da atividade de interpretação do direito pelo Poder Judiciário.

Com efeito, a referência sistemática ao modelo da sentença aditiva articula-se num conjunto de temas polêmicos (direito de greve dos servidores públicos, demarcação de terras indígenas, etc.), nos quais a Suprema Corte brasileira busca legitimar a tomada de posições que não são facilmente amparadas na sua competência precípua de guarda da Constituição. Nem sempre são casos clássicos de omissão constitucional, que legitimariam uma atuação supletiva em relação ao Poder Legislativo, objetivando tornar a Constituição efetiva na realidade social. Em algumas hipóteses, trata-se de um juízo corretivo da atividade legislativa, um verdadeiro aperfeiçoamento efetivado pelo próprio tribunal, como se constata na tentativa de fixar condições às pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF, Rel. Min.

²⁶⁶ Cf. BENVINDO, Juliano Zaiden. Op. cit., 2010, p. 112.

²⁶⁷ No mundo anglo-saxão, esse debate opôs Hart e seus seguidores, de um lado, e Dworkin, de outro. Não se pretende tecer considerações aprofundadas sobre os desdobramentos dessa controvérsia teórica, mas tão somente indicar alguns elementos sobre a tese da discricionariedade judicial. Hart sustentou que a textura aberta da linguagem abriria uma margem de escolha à autoridade chamada a decidir (juiz). Para ele, era um equívoco da teoria jurídica considerar que os juízes “descobrem” o direito, e não o “fazem”. Embora as regras possam ter uma zona de certeza, em algumas situações, o direito não ofereceria uma resposta prévia para um caso concreto, ocasião em que caberia uma escolha discricionária. Cf. HART, H.L.A.. **The concept of law**. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 12. Dworkin, por sua vez, criticou essa tese, pois ela importaria na aplicação de uma regra nova para as partes *ex post facto*, levando a uma confusão entre juiz e legislador. A par disso, seria uma descrição falsa do processo judicial e do que fazem os tribunais nos “casos difíceis”. Cf. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard, 1977, p. 31-45.

²⁶⁸ No Pós-Escrito à obra “O Conceito de Direito”, Hart buscou replicar as críticas de Dworkin às suas teses. Especificamente quanto à discricionariedade judicial, Hart sustentou que os poderes de criação atribuídos ao juiz diferem substancialmente daqueles conferidos ao Poder Legislativo, visto que o poder de criação do primeiro esgota-se na resolução do caso concreto (episódico), ao passo que o do segundo é mais livre e ampliado. Por isso, o juiz não poderia utilizá-lo (poder discricionário) para introduzir amplas reformas na ordem jurídica, estando, assim, sujeito a maiores limitações. Cf. HART, H.L.A.. Op. cit., p. 273.

Ayres Britto, DJe 28/05/2010)²⁶⁹.

Nesse julgamento, o voto do Ministro Gilmar Mendes lança considerações relevantes a respeito do novo papel que a Corte pretende desempenhar no cenário institucional:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas.

As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um *espaço democrático*. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.

Essa compreensão aproximaria (ou igualaria) Poder Judiciário e Poder Legislativo, permitindo que, em algumas hipóteses²⁷⁰, o STF fosse considerado verdadeiro poder constituinte reformador, algo que provoca um impacto bem mais expressivo na relação entre os poderes do que a “simples” edição ou correção de atos normativos infraconstitucionais. De qualquer forma, parte da doutrina²⁷¹ classifica as decisões sobre a fidelidade partidária (MS 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 17/10/2008; MS 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19/12/2008; MS 26.604/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 03/10/2008) como sentenças aditivas, por meio das quais se introduziu uma nova hipótese de perda do mandato parlamentar, em caso de mudança de partido político, diversa daquelas previstas no art. 55 da CR/88.

A partir de agora, a análise terá como objeto a estrutura das decisões que fazem expressa referência à experiência constitucional italiana, mais especificamente as duas

²⁶⁹ No julgamento da ADI 3510, o voto do Min. Menezes Direito, que abriu a divergência, mas que não alcançou maioria, pretendeu fixar diversas condicionantes às pesquisas com células-tronco embrionárias, autorizadas pela Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. No rol de condições à declaração de constitucionalidade, o que mais impressiona é a interpretação extensiva do tipo penal previsto no art. 24 do ato normativo, de forma a alcançar outras condutas não previstas pelo legislador. Vale registrar que, na Itália, não se admite sentença aditiva para conferir interpretação penal desfavorável (cf. capítulo anterior).

²⁷⁰ Eis o trecho da ementa do MS 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19/12/2008: [n]o poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "a Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". No mesmo sentido, pode-se mencionar o voto do Min. Gilmar Mendes na Rcl 4.335-5/AC, ainda pendente de julgamento. Com base na mutação constitucional, pretende-se reduzir a competência do Senado Federal, prevista no art. 52, X, da CR/88, à mera publicidade da decisão de inconstitucionalidade proferida em controle incidental pelo STF. No entanto, segundo o citado dispositivo constitucional, compete àquele órgão do Poder Legislativo editar resolução para suspender a execução do ato normativo declarado inconstitucional. Até então, a interpretação do próprio tribunal e da doutrina eram praticamente uníssonas no sentido da necessidade da resolução daquele órgão legislativo, para que a decisão de inconstitucionalidade tivesse eficácia *erga omnes*.

²⁷¹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8 ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1275.

premissas argumentativas lançadas com o fim de justificar a emissão de uma sentença aditiva: a) negação de um pressuposto orientador da prática do controle de constitucionalidade no Brasil (tese do **legislador negativo**), à medida que ele se apresenta como obstáculo ao exercício de competências legislativas inovadoras; b) equiparação do contexto jurídico-constitucional e político brasileiro pós-88 àquele presente na República Italiana instituída pela Constituição de 1947.

3.3 O percurso argumentativo da sentença aditiva na jurisprudência do STF

3.3.1 O abandono da ideia de “legislador negativo”?

Em relação ao primeiro aspecto, deve-se destacar o rechaço à ideia de **legislador negativo**, expressão cunhada por Hans Kelsen para caracterizar a atividade do tribunal encarregado com exclusividade da garantia da Constituição. É preciso recordar que, tradicionalmente, o STF recorria²⁷² a essa fórmula para justificar uma postura de *self-restraint* no enfrentamento de diversos temas submetidos ao seu escrutínio.

Todavia, em recentes decisões²⁷³, o Min. Gilmar Mendes tem lançado o seguinte vaticínio:

[...] é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

Em outras decisões, afirma-se de maneira mais contundente que o dogma do legislador negativo estaria sendo abandonado, inclusive com apoio em Rui Medeiros²⁷⁴, para quem a atribuição de uma função positiva ao juiz constitucional estaria em consonância com a valorização da criatividade da função jurisdicional e “[o] alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui[ria], outrossim, uma resposta à crise das

²⁷² Cf. ADI 1.822, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 26/06/1998; ADI 1.063 MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/1994; ADI 779 AgRg, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 11/03/1994; ADI 696, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 20/10/1995; AI 151.855 AgRg, Rel. Min. Paulo Brossard, Segunda Turma, DJ 02/12/1994; RE 181.138, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 12/05/1995; entre outros.

²⁷³ Cf. ADI 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 30/03/2007, julgada em conjunto com a ADI 1.354, de mesma relatoria; ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 26/05/2010; ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 30/04/2013; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 13/10/2011, julgada em conjunto com a ADI 4.277, de mesma relatoria; RE 405.579, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 04/08/2011.

²⁷⁴ Cf. MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 493-494.

instituições democráticas”.

É preciso proceder, inicialmente, a uma leitura cautelosa de alguns aspectos da obra de Hans Kelsen, sem a pretensão de traçar uma ampla análise de seu pensamento, apenas com o intuito de perceber a razão pela qual ele comparou a atuação do tribunal constitucional à de um legislador negativo.

Em primeiro lugar, deve-se lançar o olhar sobre a ideia de autocriação do direito, ou seja, para o fato acentuado por Kelsen de que a ordem jurídica regula a sua própria criação e aplicação, pois “[...] *ela determina o início e o fim da validade das normas jurídicas que a integram*”²⁷⁵.

Uma vez que o Direito apresenta um caráter dinâmico²⁷⁶, a validade de uma norma repousa em uma outra norma, ou melhor, esta última regula as condições de produção da primeira. Logo, “[a] *norma regulamentante da produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações é a norma inferior*”²⁷⁷. Isso constitui o núcleo da teoria da estrutura escalonada (*Stufenbaulehre*) da ordem jurídica, sistematizada pelo jurista da Escola de Viena.

Esse encadeamento entre os vários estratos de atos produtores e atos produzidos permite que se visualize a ordem jurídica como um sistema, principalmente porque a norma fundamental (*Grundnorm*), considerada como pressuposto lógico-transcendental, assegura a unidade²⁷⁸ da pluralidade de normas gerais e individuais que constituem o ordenamento jurídico.

Kelsen, todavia, considerou que criação e aplicação, na estrutura escalonada da ordem

²⁷⁵ “[...] *bestimmt sie den Beginn und das Ende der Geltung der zu ihr gehörigen Rechtsnormen*” (tradução livre). KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Reimp. da 2ª ed. 1960. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p. 213.

²⁷⁶ Segundo Kelsen, “[o] tipo dinâmico é de tal forma caracterizado que a norma fundamental pressuposta contém tão somente a instituição de uma hipótese normativa criadora de normas, a autorização conferida a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra, que determina como as normas gerais e individuais que se baseiam nessa norma fundamental devem ser criadas”. Eis a versão original: “[d]er dynamische Typus ist dadurch gekennzeichnet, daß die vorausgesetzte Grundnorm nichts anderes beinhaltet als die Einsetzung eines normerzeugenden Tatbestandes, die Ermächtigung einer normsetzenden Autorität oder — was dasselbe bedeutet — eine Regel, die bestimmt, wie die generellen und individuellen Normen der auf dieser Grundnorm beruhenden Ordnung erzeugt werden sollen” (tradução livre). KELSEN, Hans. Op. cit., 1992, p. 199. Optou-se, aqui, pela tradução proposta por Neves do termo *Tatbestand* como “hipótese normativa do fato” ou simplesmente “hipótese normativa”. Cf. NEVES, Marcelo. Op. cit., 2013, p. 4.

²⁷⁷ “[d]ie die Erzeugung regelnde ist die höhere, die bestimmungsgemäß erzeugte ist die niedere Norm” (tradução livre). KELSEN, Hans. Op. cit., 1992, p. 228.

²⁷⁸ A partir da unidade da pluralidade de normas que constitui o ordenamento, assegurada pela norma fundamental (*Grundnorm*), Kelsen derivou a unidade lógica da ordem jurídica, ou seja, a possibilidade de sua descrição por proposições jurídicas não contraditórias. Cf. KELSEN, Hans. Op. cit., 1992, p. 209. Neves, contudo, critica tal posição, já que ela “*desconhece o princípio semiótico de que as características da linguagem-objeto não se transferem para a metalinguagem descritiva e vice-versa*”. NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 35.

jurídica, não se contrapõem de maneira absoluta, já que “[u]ma norma, que determina a criação de uma outra norma, é aplicada na criação dessa outra norma por ela determinada. Aplicação do Direito é ao mesmo tempo criação do Direito”²⁷⁹. Porém, há duas exceções a esse caráter ambivalente, quais sejam: a execução de uma sanção num caso concreto e a determinação pela norma fundamental da criação da primeira constituição²⁸⁰.

Na perspectiva *kelseniana*, por exemplo, a decisão judicial não é apenas ato de aplicação do direito, mas também de criação. Ao decidir um caso submetido à sua apreciação, o juiz aplica uma norma geral legislada ou consuetudinária; todavia, sua tarefa não se resume a isso. A decisão cria, outrossim, a norma individual que determinará as obrigações das partes. Seria impossível ao legislador predefinir todas as hipóteses de aplicação, o que deixaria uma certa margem de criação para o juiz²⁸¹.

Por sua vez, a norma geral editada pelo Parlamento possuiria idêntica natureza, já que, nesse processo, aplicam-se os dispositivos constitucionais definidores do iter procedimental de elaboração normativa e, eventualmente, do conteúdo do ato inovador. Além disso, a norma geral é ato de criação, pois veicula direitos e obrigações.

Assim, a diferença entre a norma geral (Poder Legislativo) e o ato do juiz (Poder Judiciário) seria de grau ou nível de abstração, pois “o processo por meio do qual o direito constantemente cria a si próprio novamente vai do geral e abstrato ao individual e concreto. É um processo de individualização e concretização sempre crescentes”²⁸².

E o que dizer do tribunal constitucional? Qual seria o conteúdo de sua função? Criadora ou aplicadora?

É sabido que Kelsen, como já se disse páginas atrás, defendeu ser este órgão o mais adequado para o exercício da guarda da constituição, já que não participaria do exercício do poder, ao contrário do Parlamento e do Governo. O tribunal constitucional estaria incumbido de anular os atos normativos contrários à constituição, desempenhando, por isso, função similar à de um legislador, “[...] pois a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua confecção, sendo apenas uma confecção com um sinal negativo, logo

²⁷⁹ “[e]ine Norm, die die Erzeugung einer anderen Norm bestimmt, wird in der von ihr bestimmten Erzeugung der anderen Norm angewendet. Rechtsanwendung ist zugleich Rechtserzeugung” (tradução livre). KELSEN, Hans. Op. cit., 1992, p. 240.

²⁸⁰ Cf. Id., ibid., p. 242.

²⁸¹ Cf. Id., ibid., p. 250.

²⁸² “[t]he process through which law constantly creates itself anew goes from the general and abstract to the individual and concrete. It is a process of steadily increasing individualization and concretization” (tradução livre). KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Trad. Anders Wedberg. New York: Russel & Russel, 1961, p. 135.

ela mesma uma função legislativa”²⁸³. Logo, eliminaria uma norma geral, emitindo um ato contrário ao de produção jurídica²⁸⁴. A função legislativa estaria, por essa razão, dividida entre o Parlamento e aquele tribunal, já que a anulação de uma norma que integra a própria legislação. A anulação de uma norma em virtude de sua inconstitucionalidade não seria apenas aplicação do Direito, mas também criação, ainda que em menor medida²⁸⁵.

A ideia de “legislador negativo” parece gerar uma certa confusão entre o papel do Parlamento e o do tribunal constitucional. Se este último deve ser chamado de “legislador negativo”, porque sua atribuição circunscreve-se principalmente à aplicação do Direito, já que predeterminada em grande medida pela Constituição, em certas situações, o Parlamento também poderia ser denominado de idêntica forma, bastando que a Constituição não lhe deferisse espaço discricionário relevante, prescrevendo com detalhes a forma e o conteúdo do ato normativo de sua competência²⁸⁶.

Schönberger²⁸⁷ indica que esse aspecto é um dos pontos frágeis da teoria do jurista da Escola de Viena, visto que ele confunde duas ordens de argumentos. Em primeiro lugar, Kelsen²⁸⁸ apresenta a necessidade de garantia da Constituição associada à própria teoria escalonada da ordem jurídica (*Stufenbaulehre*), ou seja, como mecanismo de manutenção da primazia daquela diante dos estratos inferiores da ordem jurídica. Nesse ponto, desenvolve um tipo de argumentação teórico-jurídica. Em seguida, busca justificar a existência de um tribunal constitucional como a mais adequada instância de garantia da supremacia da Constituição. Todavia, não há necessária correlação lógica entre a defesa da Constituição e a instituição de um tribunal (constitucional) para cumprir essa função, motivo pelo qual Schönberger indica que se trata de um argumento jurídico-político. Essa confusão radicaliza-se na apresentação do tribunal constitucional como órgão em cuja atividade prepondera o momento da vinculação (aplicação) e não o da criação, equiparando-o aos tribunais²⁸⁹, quando, em outras passagens, Kelsen já havia aproximado sua função à do Parlamento. A este

²⁸³ “[...] car l’annulation d’une loi a le même caractère de généralité que sa confection, n’étant pour ainsi dire que la confection avec un signe négatif, donc elle-même une fonction législative” (tradução livre). KELSEN, Hans. Op. cit., 1928, p. 28-29.

²⁸⁴ Cf. KELSEN, Hans. Op. cit., 2008, p. 78.

²⁸⁵ KELSEN, Hans. Op. cit., 1928, p. 30.

²⁸⁶ Cf. TROPER, Michel. Kelsen et la cour constitutionnelle. In: BEAUD, Olivier, PASQUINO, Pasquale (org.). **La controverse sur “le gardien de la Constitution” et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt**. Paris: Panthéon-Assas, 2007, p. 94.

²⁸⁷ Cf. SCHÖNBERGER, Cristoph. Die Verfassungsgerichtsbarkeit bei Carl Schmitt und Hans Kelsen: Gemeinsamkeiten und Schwachstellen. In: BEAUD, Olivier, PASQUINO, Pasquale (org.). **La controverse sur “le gardien de la Constitution” et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt**. Paris: Panthéon-Assas, 2007, p. 188-192.

²⁸⁸ Cf. KELSEN, Hans. Op. cit., 1928, p. 5.

²⁸⁹ Cf. Id., *ibid.*, p. 30.

último, por sua vez, seria conferido um espaço de ampla criação do Direito, visto que se encontra submetido a limitações mais suaves²⁹⁰. Em síntese, na estrutura escalonada, Parlamento e tribunal constitucional estariam igualmente submetidos diretamente à Constituição, porém, somente o primeiro gozaria de uma maior liberdade de criação.

Deve-se destacar, ainda, que por trás dos textos sobre o defensor da Constituição, escritos no período seguinte à instauração da República de Weimar, pode estar uma divergência teórica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt a respeito da própria concepção de democracia²⁹¹. Não interessa aqui tratar da argumentação de Schmitt sobre esse ponto. No entanto, quanto à abordagem *kelseniana*, serão lançadas rápidas observações, a fim de perceber como ela pode relacionar-se com sua visão a respeito do controle de constitucionalidade.

Segundo Kelsen, a democracia funda-se no princípio majoritário parlamentar, que é adequado para evitar a dominação de classes²⁹². Do conceito de maioria decorre o de minoria; o direito da primeira pressupõe o direito à existência da segunda, que deve ser protegida por meio dos direitos fundamentais ou direitos de liberdade²⁹³. Os procedimentos parlamentares, com sua estrutura dialético-contraditória, direcionam-se à formação de compromettimentos entre a maioria e a minoria representadas no Parlamento, motivo pelo qual o princípio majoritário, numa democracia, deveria ser melhor descrito como princípio majoritário-minoritário²⁹⁴. À minoria deve ser assegurada a possibilidade de se dirigir, direta ou indiretamente, ao tribunal constitucional para proteção contra o arbítrio da maioria²⁹⁵. Assim, o controle efetivado pelo tribunal assegura as próprias condições de existência da democracia, mas não o conteúdo dos compromettimentos entre maioria e minoria. Por essa razão, pode-se dizer que a tese do legislador negativo encaixa-se à teoria democrática *kelseniana*, já que atribui uma posição de menor espaço criativo ao tribunal constitucional, reservando a tomada de decisões aos acordos entre maioria e minoria no Parlamento.

Na argumentação desenvolvida pelo STF, contudo, as inconsistências e fragilidades da tese do “legislador negativo” não são enfrentadas. De fato, a construção teórica *kelseniana* tem sido constantemente utilizada para fundamentar uma atuação mais restritiva no controle

²⁹⁰ Cf. Id., *ibid.*, p. 4.

²⁹¹ Cf. LEPSIUS, Oliver. Der Hüter der Verfassung – demokratietheoretisch betrachtet. In: BEAUD, Olivier, PASQUINO, Pasquale (org.). **La controverse sur “le gardien de la Constitution” et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt**. Paris: Panthéon-Assas, 2007, p. 109-110.

²⁹² Cf. KELSEN, Hans. Vom Wesen und Wert der Demokratie (2. Auflage 1929). In: JESTAEDT, Matthias, LEPSIUS, Oliver (ed.). **Verteidigung der Demokratie**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 193.

²⁹³ Cf. Id., *ibid.*, p. 193-194.

²⁹⁴ Cf. Id., *ibid.*, p. 196.

²⁹⁵ Cf. Id., *ibid.*, p. 209.

de constitucionalidade, associada inclusive ao estabelecimento de limites à interpretação conforme à Constituição. Embora o debate desenvolvido em nossa Suprema Corte não tenha articulado, de maneira tão detalhada como na Itália (cf. capítulo anterior), a relação entre texto e norma, a admissão da *interpretação conforme à Constituição* revela-se como um forte indício de que aquela disjunção possui relevância no controle de constitucionalidade pátrio. Segundo a jurisprudência do STF, a técnica da *interpretação conforme* teria como limites a expressão literal do ato normativo e a vontade do legislador²⁹⁶.

Por conseguinte, pretendendo superar as balizas fixadas na sua jurisprudência à interpretação conforme à Constituição, o STF vê apenas uma saída: abandonar o “vetusto dogma *kelseniano*”. Assim, o tribunal estaria liberado para editar as chamadas sentenças aditivas, “modelo” de decisão consolidado na experiência constitucional italiana (cf. capítulo anterior) por meio do qual se atribuem sentidos (normas) a um texto, os quais não poderiam ser deduzidos imediatamente de sua expressão literal. Nessa mesma linha, aponta-se a inadequação da ideia de legislador negativo para enfrentar problemas relacionados à omissão constitucional.

Porém, uma análise mais detalhada da jurisprudência do STF revela um comportamento ambíguo em relação a esse ponto. Com efeito, em duas decisões recentes²⁹⁷, foi evocada a atuação do tribunal apenas como “legislador negativo”. Além disso, persiste o enunciado nº 339 da súmula de jurisprudência predominante do tribunal, que parece ratificar a postura de *self-restraint* no controle de constitucionalidade, por meio da expressa referência à premissa *kelseniana*. Poder-se-ia, até mesmo, reler o enunciado nº 339 da seguinte forma: “*Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa [positiva], aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia*”.

Ressalte-se, também, como exemplo da contradição do STF quanto ao rechaço da tese do “legislador negativo”, a decisão proferida no RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 17/11/2011, por meio da qual foi afastada a aplicação da Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa), às eleições gerais de 2010, por violação à anterioridade eleitoral (art. 16 da CR/88). Com efeito, o voto condutor teceu considerações sobre o papel contra-majoritário do tribunal constitucional numa democracia, com forte apoio na visão de Kelsen sobre a relação entre jurisdição constitucional e proteção das minorias num regime democrático, fazendo referência direta à segunda edição (1929) do texto “*Vom Wesen und*

²⁹⁶ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8 ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1271.

²⁹⁷ Cf. AI 737.185 AgR, Rel. Min. Dias Tóffoli, Primeira Turma, DJe 18/12/2012; e RE 493.234 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 18/12/2007.

Wert der Demokratie” (“Da Essência e Valor da Democracia”). A linha de argumentação seguida parece mais próxima da teorização do legislador negativo, sobretudo quando correlaciona jurisdição constitucional e democracia, ressaltando o papel daquela na imposição de “*limites aos ímpetos da maioria*” e na disciplina do “*exercício da vontade majoritária*”. Ainda que não tenha feito menção expressa ao papel do tribunal como “legislador negativo”, a compreensão que subjaz à decisão é de um exercício incisivo, porém menos criativo da jurisdição constitucional, evitando corrigir materialmente o conteúdo da lei. A decisão volta-se ao controle do processo político, se e à medida que houver riscos de violação aos direitos da minoria.

Essa indefinição aponta para o risco de particularismos e de instrumentalização do Direito, visto que a autocompreensão do tribunal quanto ao alcance de suas atribuições permanece fluida, promovendo insegurança e instabilidade. Em outras palavras, não se pode precisar de antemão se o STF desempenha uma função mais restrita ou mais ampliada no controle de constitucionalidade, mudando sua compreensão a depender do contexto. Algumas vezes, recorre-se a Kelsen e sua perspectiva do legislador negativo; noutras, busca-se o apoio daqueles que advogam maior protagonismo no controle de constitucionalidade. Nem se pode invocar em defesa desse comportamento uma compreensão metodológica orientada ao caso concreto e suas particularidades, visto que não se está discutindo a aplicação de soluções anteriores a novos casos, mas o alcance dos poderes da mais alta Corte do país.

3.3.2 Semelhanças entre o contexto jurídico-constitucional brasileiro e o italiano

Após a contraditória superação da tese do legislador negativo, o percurso argumentativo empreendido pelo STF concentra-se na comparação entre a realidade italiana e a brasileira. Para tanto, desenvolve-se a análise de alguns aspectos que estariam presentes nos dois contextos e que explicariam a adoção das sentenças manipulativas. Nesse sentido, há constante remissão a La Vega²⁹⁸, estudioso da jurisprudência da *Corte Costituzionale*, que elencou os seguintes motivos para a proliferação das sentenças aditivas:

[...] la existencia de una Constitución con una fuerte carga programática y “avocada” a un desarrollo progresivo, la continuidad básica de un ordenamiento legal con fuertes resquicios no solo protoliberales sino incluso autoritarios, y la simultánea ineficacia del Parlamento para dar una respuesta en el tiempo socialmente requerido tanto a las demandas de actuación de la Constitución, como a la necesaria

²⁹⁸ LA VEGA, Augusto Martín de. **La sentencia constitucional en Italia** – tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 229-230.

Com efeito, há certas similitudes entre a Constituição italiana de 1947 e a brasileira de 1988. Em relação ao momento histórico, por exemplo, ambas foram editadas após regimes ditatoriais, que suspenderam liberdades civis e políticas, nos quais o Direito foi instrumentalizado para o exercício da dominação política. As Assembleias Constituintes²⁹⁹ instaladas aqui e lá foram interpretadas como símbolo de uma ruptura com a ordem pretérita, estabelecendo os parâmetros de uma nova relação entre o poder político e o Direito, protegendo o cidadão contra o arbítrio estatal, por meio de um ampliado catálogo de direitos fundamentais, e assegurando a participação nos processos de tomada de decisão política.

Nesse sentido, manifestou-se a tensão entre validade e facticidade na dimensão da validade do direito (cf. primeiro capítulo), ou seja, entre positividade e legitimidade, apontando para a necessidade de participação popular nos processos decisórios de formação do direito como condição para a produção de normatização vinculante. Mas não é só. O aspecto da autonomia privada também mereceu destaque, compreendida como espaço de auto-realização do cidadão³⁰⁰, que se operacionaliza pela técnica da divisão dos poderes e da garantia de direitos fundamentais. Em síntese, houve uma forte conexão entre as tradições liberal e da soberania popular, característica típica de Constituições promulgadas na Europa depois da Segunda Grande Guerra, assim como depois da queda dos regimes ditatoriais na Espanha, Portugal e Brasil. Como esclarece Möllers³⁰¹,

[c]om o ato coletivo de uma instituição constitucional democrática coloca-se, porém, em vigência uma ordem que institucionaliza tanto liberdade individual quanto democracia, sem prever entre ambas uma regra de primazia abstrata.

No caso italiano, o processo de adaptação da legislação infraconstitucional à Constituição de 1947 foi lento, levando a uma delegação tácita ao *Palazzo della Consulta* da tarefa de moldar a ordem jurídica aos ditames da nova Constituição. Como já se afirmou no capítulo anterior, esse período ficou conhecido como “*supplenza maggiore*”, visto que o

²⁹⁹ Enquanto o povo italiano foi convocado a eleger seus representantes na Assembleia Constituinte de 1947, no Brasil, por outro lado, não foi convocada eleição específica para escolha de representantes na Constituinte de 1987-1988. Assim, muitos dos parlamentares que aprovaram a vigente Constituição Republicana eram provenientes de uma legislatura parcialmente definida pelos mandatários do regime autoritário (parlamentares “biônicos”).

³⁰⁰ A proteção da autonomia privada não pode ser equiparada à simples ausência do Poder Público, visto que ela implica, muitas vezes, presença estatal, como ocorre na defesa do patrimônio. Cf. MÖLLERS, Cristoph. Op. cit., 2008, p. 76. Além disso, não exclui a possibilidade de direitos sociais ou direitos a prestações estatais, visto que sem eles não se estruturam as condições para a auto-realização do cidadão. Tanto a Constituição italiana quanto a brasileira estabeleceram vários desses direitos (trabalho, educação, etc.).

³⁰¹ [m]it dem kollektiven Akt demokratischer Verfassungsgebung wird vielmehr eine Ordnung in Kraft gesetzt, die sowohl individuelle Freiheit als auch Demokratie institutionalisiert, ohne zwischen beiden eine abstrakte Vorrangregel vorzusehen (tradução livre). Id., ibid., p. 74.

imobilismo e omissão do Parlamento levaram a Corte a atuar de forma marcante no controle de constitucionalidade dos atos normativos oriundos do regime fascista. Inicialmente, esse processo desenvolveu-se com o beneplácito do próprio Poder Legislativo, sofrendo a *Corte Costituzionale*, contudo, oposição incisiva dos órgãos do Poder Judiciário. Apenas num segundo instante, começaram os conflitos com o Parlamento, mais precisamente, com a prolação das sentenças manipulativas. Depois de alguns anos de embates, estabeleceu-se um novo arranjo institucional, no qual esses três atores (Corte Constitucional, Poder Judiciário e Parlamento) estabeleceram espaços de convivência menos conflitivos. Esse caminho foi trilhado por meio da inserção de novas técnicas de decisão pela Corte, que permitiram maior participação do Poder Judiciário no processo de interpretação/aplicação constitucional e melhor interação com o Poder Legislativo na tarefa de concretização normativa dos dispositivos constitucionais.

Vale recordar que, no debate constitucional italiano, desde a primeira decisão da Corte Constitucional (Sentença nº 1, de 1956), houve a superação da dicotomia entre normas preceptivas e normas programáticas, utilizada pela Corte de Cassação para reduzir a aplicabilidade imediata de diversos dispositivos constitucionais. Como já se explicitou anteriormente (cf. capítulo anterior), esse *leading case* foi determinante para os sucessivos desdobramentos da jurisprudência constitucional italiana, sobretudo na estruturação das chamadas sentenças manipulativas.

Por outro lado, o processo que se seguiu à promulgação da Constituição Republicana de 1988 foi de recusa à aplicação imediata de variados dispositivos constitucionais, sobretudo daqueles que permitiriam uma ampla modificação do quadro de desigualdades sociais e econômicas característico de nossa realidade. Havia entre os grupos conservadores a percepção de que a nova ordem deixaria o país ingovernável, motivo pelo qual a reforma constitucional prevista para o ano de 1993, que seria realizada com quórum simplificado em relação ao processo de emenda à Constituição, seria uma oportunidade para a correção de inconsistências presentes no texto constitucional promulgado³⁰². Nesse contexto, o STF teve papel destacado, sobretudo pela atribuição de eficácia limitada a algumas cláusulas de direitos fundamentais, condicionando o exercício desses direitos à edição do ato normativo regulamentador pelo Poder Legislativo³⁰³. Assim, de um lado, o Poder Legislativo não editava

³⁰² No II Fórum Jurídico de Belo Horizonte (1988), Ives Gandra, Oscar Corrêa, Moreira Alves e Celso Bastos externaram a expectativa de que a reforma constitucional de 1993 pudesse superar obstáculos do texto constitucional promulgado em 1988. Cf. KOERNER, Andrei, FREITAS, Lígia Barros de. Op. cit., 2013, p. 176.

³⁰³ Essa foi, por exemplo, a interpretação dada ao direito de greve dos servidores públicos. Cf. MI 20-4/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/11/1996.

os atos infraconstitucionais reputados necessários à eficácia jurídica de variados dispositivos constitucionais, de outro, o STF entendia que, sem aquela regulamentação, direitos e garantias não poderiam ser aplicados imediatamente.

No Brasil, parece que houve um compromisso tênuo com a efetividade do texto constitucional por parte dos poderes públicos. Isso pode configurar um cenário de constitucionalização simbólica³⁰⁴, no qual “a *práxis dos órgãos estatais é orientada não apenas no sentido de ‘socavar’ a Constituição (evasão ou desvio de finalidade), mas também no sentido de violá-la contínua e casuisticamente*”³⁰⁵. Esse aspecto de ausência de normatividade concreta, de maneira generalizada, do texto constitucional constitui a dimensão negativa³⁰⁶ da constitucionalização simbólica, à qual se acrescenta uma dimensão positiva, caracterizada pela função político-ideológica da atividade constituinte e do texto constitucional. Nas palavras de Neves, “o problema ‘ideológico’ consiste no fato de que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas”³⁰⁷.

Embora a Constituição italiana de 1947 e a Constituição brasileira de 1988 sejam marcadas pela previsão de rol ampliado de direitos fundamentais e tentativa de domesticação do exercício do poder político (técnica da separação de poderes), bem como pela garantia de direitos de participação política necessários à garantia da legitimidade da normatização estatal, o grau de envolvimento dos órgãos estatais na efetividade de seus dispositivos, principalmente nos primeiros anos após a promulgação dos referidos documentos, foi completamente diverso.

3.4 A sentença aditiva na jurisprudência do STF

3.4.1 Sistematização dos pressupostos da sentença aditiva na prática constitucional italiana

Na experiência da *Corte Costituzionale*, a sentença aditiva desenvolveu-se de maneira

³⁰⁴ Conquanto a análise de Neves tenha sido conduzida no contexto imediatamente posterior à promulgação da Constituição de 1988, visto que a primeira edição brasileira de sua obra é de 1994, seu diagnóstico permanece atual. Cf. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³⁰⁵ Id., *ibid.*, p. 94.

³⁰⁶ O diagnóstico de Neves parte de uma perspectiva das teorias dos sistemas, associada à metódica normativo-estruturante de Friedrich Müller, recorrendo a este último para explicar a dimensão negativa da constitucionalização simbólica. Apesar de tais supostos teóricos não serem abordados neste trabalho, a análise pode ser utilizada para a compreensão da realidade constitucional brasileira.

³⁰⁷ NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2007, p. 98.

complexa, consolidando, pelo menos, dois modelos: sentença **aditiva clássica** e a de **princípio**. Na primeira, a intervenção do tribunal constitucional é mais acentuada, corrigindo materialmente o ato normativo com o objetivo de evitar sua declaração de inconstitucionalidade, dando origem ao que se convencionou chamar de decisão constitucional atípica. Na segunda, por sua vez, sobressai o aspecto de diálogo institucional, já que a Corte indica os princípios que devem nortear a atuação do Poder Legislativo na produção normativa tendente à implementação dos dispositivos constitucionais, respeitando a esfera de discricionariedade deste último.

Com base na reconstrução histórica e metodológica dos pronunciamentos manipulativos da Corte Constitucional italiana realizada no capítulo anterior, podem ser destacados os seguintes traços característicos da sentença aditiva clássica: a) controle da omissão parcial, por meio da declaração de inconstitucionalidade de uma norma de exclusão (implícita ou não), conduzindo à extensão do alcance normativo do dispositivo questionado; e, b) presença de uma solução constitucionalmente obrigatória ou *rime obbligate* na expressão consagrada por Vezio Crisafulli, de forma que a Corte Constitucional não “adicionaria” um novo conteúdo ao ato normativo questionado, mas apenas daria consecução a uma solução predeterminada pela ordem jurídica.

Quanto ao primeiro ponto, consoante já foi explicado no capítulo anterior, a construção teórica da sentença aditiva como anulação de uma norma implícita de exclusão, e consequente extensão do conteúdo normativo para outros casos antes não previstos, foi articulada por Costantino Mortati. Todavia, isso não obsta que o efeito aditivo seja resultado também da declaração de inconstitucionalidade de uma norma expressa de exclusão, como ressaltara Giovanni Duni. Ainda que indiretamente, essa descrição possui um nexo com o princípio da isonomia, ou seja, a emissão de um pronunciamento aditivo implicaria a extensão de um dispositivo, aplicando ao grupo de casos X a mesma consequência jurídica prevista inicialmente apenas para o grupo de casos Y. Logo, a exclusão inicial é afastada, porque a discriminação de tratamento entre os dois grupos não se justifica à luz da Constituição.

No que diz respeito à tese da *rime obbligate*, não se deve compreendê-la no sentido descritivo, mas sim prescritivo³⁰⁸, funcionando como um parâmetro orientador na delimitação entre o âmbito de atividades da Corte Constitucional e o do Parlamento. Disso não decorre, entretanto, uma contraposição abstrata entre criação e aplicação como critério para tal distinção; porém, exige um processo de justificação do que pode ser reconduzido ou não³⁰⁹ ao

³⁰⁸ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo, MARCENÒ, Valeria. Op. cit., 2012, p. 397.

³⁰⁹ Cf. Idem, ibidem.

texto constitucional. Pode-se interpretar essa exigência, com a devida cautela, como a admissão da tese da única “decisão correta”, que aponta para a validade deontológica do Direito e sua indisponibilidade diante de pressões sistêmicas³¹⁰. Assim, a “única decisão correta” funcionaria como um ideal regulativo, não na perspectiva monológica do juiz Hércules de Dworkin³¹¹, mas levando em consideração o pensamento pós-metafísico e a intersubjetividade que lhe é conexas. O processo decisório seria orientado, então, para a verificação da qualidade dos argumentos e de sua estrutura, não sob a perspectiva de uma teoria da verdade como correspondência, mas sim da correção (*Richtigkeit*) como aceitabilidade racional³¹². Esse processo argumentativo não pode ocorrer, contudo, de modo ilimitado, como poderiam pressupor as fortes pretensões de validade da teoria do discurso (cf. capítulo 1), já que essas devem ser adaptadas à necessidade da regulamentação fática que acompanha o Direito como sistema de ação³¹³.

No tópico seguinte, serão analisados três casos que envolvem o debate a respeito da sentença aditiva clássica no Brasil. No primeiro deles, o julgamento do direito de greve dos servidores públicos, um dos casos mais citados quando se fala de utilização da sentença aditiva. No segundo, o julgamento sobre a extensão de um benefício fiscal do IPI, sob o fundamento de afronta ao princípio da isonomia. Por fim, o terceiro, apesar de ser o único que não traz em seu bojo uma fundamentação extensa sobre a aplicação dos parâmetros da sentença aditiva, é classificado como tal, principalmente pela inserção de inúmeras condicionantes a novos processos demarcatórios de terras indígenas.

3.4.2 Análise de casos envolvendo a aplicação da sentença aditiva na jurisprudência do STF

3.4.2.1 Direito de greve dos servidores públicos

No julgamento conjunto dos mandados de injunção relacionados à greve no serviço público (MI 670-9/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 31/10/2008; MI 708-0/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 31/10/2008; e MI 712-8/PA, Rel. Min. Eros Grau, DJe 31/10/2008), o STF determinou, em linhas gerais, a aplicação da legislação que regulamenta o direito de greve no âmbito dos serviços essenciais (Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989) aos servidores

³¹⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 1992, p. 256.

³¹¹ Cf. DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 105 e ss.

³¹² Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 1992, p. 277.

³¹³ Cf. Id., *ibid.*, p. 287-288.

públicos, assim como de dispositivos de índole processual sobre o julgamento de dissídios coletivos dos trabalhadores da iniciativa privada (Lei nº 7.701, de 21 de dezembro de 1988), com algumas “alterações” para adaptar os referidos atos normativos às peculiaridades do regime estatutário dos servidores públicos.

Inicialmente, far-se-á referência a alguns trechos do voto do Min. Gilmar Mendes, relator de duas dessas ações, sem, contudo, descuidar das contribuições do relator da outra ação, Min. Eros Grau, e de outros Ministros, o que nos auxiliará na compreensão de alguns aspectos problemáticos desses julgamentos.

No início de seu voto, o Min. Gilmar Mendes traçou um breve histórico do mandado de injunção na jurisprudência do STF, ressaltando o *leading case* consubstanciado no MI 107-3, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 02/08/1991, que equiparou o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conferindo-lhe o efeito de “*declaração da omissão com mora do Poder, órgão ou autoridade que deve regulamentar a norma constitucional para viabilização do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa por ela concedido*”.

Em seguida, fez referência ao MI 283/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/11/1991, no qual, pela primeira vez, a Corte teria determinado ao Parlamento prazo para suprimento da mora em editar a norma regulamentadora para o exercício de um direito constitucionalmente garantido, sob pena de assegurar ao titular do direito a sua satisfação, independentemente de edição do ato normativo. Tratava-se, com efeito, da reparação econômica prevista no art. 8, § 3º, do ADCT, destinada a pessoas perseguidas por atos do regime militar, que deveria ter sido fixada por meio de lei de iniciativa do Congresso Nacional, no prazo de doze meses contados da promulgação da CR/88.

Depois, mencionou o MI 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27/03/1992, no qual o tribunal fixou o prazo de seis meses para que o Congresso Nacional editasse a norma regulamentadora da imunidade tributária prevista no art. 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, expirado esse lapso, o impetrante poder gozar da imunidade prevista. Idêntica solução teria sido adotada no julgamento do MI 284/DF, Rel. originário Min. Marco Aurélio, Rel. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26/06/1992. Nesse último caso, o tribunal afirmou que, ainda que subsistente a omissão legislativa na regulamentação da indenização prevista no art. 8, § 3º, do ADCT, os titulares desse direito poderiam acionar imediatamente o Poder Judiciário, com o objetivo de pleitear a reparação econômica que lhes fora garantida.

O Min. Gilmar Mendes considerou, então, que nas decisões dos Mandados de Injunção 283/DF, 232/RJ e 284/DF, o STF, embora “*sem assumir compromisso com o*

exercício de uma típica função legislativa”, acabou aceitando “a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Poder Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano”.

Depois desse breve apanhado histórico, a argumentação concentrou-se na análise dos mandados de injunção relacionados ao direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII, CR/88). A solução dada pelo tribunal, até aquele instante, acompanhou o mencionado MI 20-4/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/11/1996, segundo o qual a norma que institui tal direito é de eficácia limitada, dependendo de regulamentação legislativa para a produção de efeitos.

A partir daí, a solução alvitrada pelo Min. Gilmar Mendes foi a adoção de uma sentença aditiva, recorrendo à prática de algumas cortes constitucionais europeias. Contudo, dada a diferença entre o regime trabalhista (empregados, em regra, pertencentes à iniciativa privada) e o regime estatutário (servidores públicos), o STF permitiu que fossem feitas “adaptações” à Lei nº 7.783, de 1989, pelos órgãos do Poder Judiciário chamados a decidir conflitos relacionados ao exercício do direito de greve dos servidores públicos. Além disso, determinou-se a aplicação da Lei nº 7.701, de 1988, que dispõe sobre a especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho para julgamento de processos coletivos, aos processos que envolvam o direito de greve dos servidores públicos. Como a Justiça do Trabalho não é competente para julgar causas estatutárias, a extensão da lei processual foi mediada pelo STF, o que acabou criando uma legislação completamente diversa, que atribui competência a órgãos que nem sequer haviam sido mencionados no ato normativo em sua redação original³¹⁴.

³¹⁴ “[...]”

6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei nº 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, **se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, "a", da Lei no 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais”** (grifou-se). Ementas do MI 670-9/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 31/10/2008; e do MI 708-0/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 31/10/2008.

Um primeiro aspecto digno de análise cuidadosa consiste na expressa vedação prevista no art. 16³¹⁵ da Lei nº 7.783, de 1989, à aplicação desse ato normativo aos movimentos paredistas de servidores públicos. Com efeito, nos debates ocorridos na sessão do dia 07/06/2006³¹⁶, o Min. Sepúlveda Pertence alertou para esse óbice, mas ele não foi objeto de maiores considerações. Nesse ponto, reside um importante elemento que diferencia a decisão tomada pelo STF das sentenças aditivas italianas. Isso porque não se afastou a norma de exclusão, que na hipótese é explícita, a fim de estender as consequências jurídicas do ato normativo a um grupo não alcançado originalmente por elas (servidores públicos). Como afirma Moraes³¹⁷, para que fosse considerada uma sentença aditiva, o dispositivo do art. 16 deveria ter sido declarado inconstitucional, sob o fundamento de excluir uma determinada categoria (servidores públicos) que constitucionalmente mereceria idêntico tratamento quanto ao direito de greve fixado para outra (trabalhadores da iniciativa privada que prestam serviços essenciais).

Nessa mesma linha, a posição do Min. Eros Grau, manifestada não só nos debates, como também no item 8³¹⁸ da ementa do MI 712-8/PA, fragiliza o argumento de que se editou uma sentença aditiva. Com efeito, ele teceu amplas considerações sobre as diferenças entre o exercício e as consequências do direito de greve na iniciativa privada e no setor público, evidenciando a impossibilidade de equipará-las. Ora, como pensar em atuação corretora de uma violação ao princípio da isonomia (sentença aditiva italiana) por parte do STF, se as categorias às quais se aplicou idêntico tratamento foram descritas exatamente como diversas?

No item 4.1³¹⁹ da ementa do MI 670-9/ES e do MI 708-0/DF, menciona-se que o legislador não está vinculado à normatização provisória fixada pelo STF, podendo conferir

³¹⁵ “Art. 16. Para os fins previstos no art. 37, VII, da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido”.

³¹⁶ Cf. MI 712-8/PA, Rel. Min. Eros Grau, DJe 31/10/2008.

³¹⁷ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção. In: MENDES, Gilmar Ferreira, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Quintas. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 350.

³¹⁸ “[...]”

8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. **O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público**” (grifou-se).

³¹⁹ “[...]”

novos contornos ao direito de greve dos servidores públicos. Diante desse quadro, como justificar que se trata de uma sentença aditiva, uma vez que a decisão proferida não se apresenta como a única constitucionalmente obrigatória (*rime obbligate*)? Na experiência constitucional italiana, se a decisão não se revelar como uma solução constitucionalmente obrigatória, deve o tribunal reservá-la ao Poder Legislativo, sob pena de invadir sua esfera de atribuições.

Outro aspecto polêmico, presente no item 4.3³²⁰ da ementa do MI 670-9/ES e do MI 708-0/DF, consiste na possibilidade de eventuais adaptações da legislação regulamentadora do movimento paredista na iniciativa privada ficarem submetidas ao exame de cada situação particular, criando quase um método de ponderação, pois o direito seria garantido de acordo com as circunstâncias fáticas, o que praticamente aniquila o caráter deontológico do direito de greve³²¹. Assim, segundo o que decidido pelo STF, cabe ao tribunal competente para julgar as ações de greve dos servidores públicos estabelecer regime mais severo do que aquele fixado na Lei nº 7.783, de 1989, caso imperativos relacionados à continuidade do serviço público assim o exijam.

Por conseguinte, nos mandados de injunção relativos ao direito de greve dos servidores públicos, mostra-se difícil sustentar a presença dos pressupostos típicos das sentenças aditivas, tal como eles se consolidaram na experiência constitucional italiana. Talvez a remissão feita ao modelo da *Corte Costituzionale* tenha objetivado justificar uma

4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às "atividades essenciais", é especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9º, caput, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9º, §1º), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. **Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional**" (grifou-se).

³²⁰ "[...]"

4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, **de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989**. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais" (grifou-se).

³²¹ Para uma crítica ao método da ponderação na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal e na perspectiva desenvolvida por Robert Alexy, cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 1992, p. 315-316; e BENVINDO, Juliano Zaiden. Op. cit., 2010.

virada jurisprudencial considerável, que, inclusive, ainda não se repetiu em qualquer decisão recente no âmbito do mandado de injunção. Faz-se alusão especificamente à atribuição de eficácia *erga omnes*³²² às decisões supracitadas, visto que, em outros julgados que supriram a omissão legislativa na regulamentação de direitos de servidores públicos, como no caso da aposentadoria especial (art. 40, § 4º, da CR/88), a eficácia atribuída foi tão somente *inter partes*³²³.

3.4.2.2 Extensão de benefício fiscal

No julgamento do RE 405.579-1/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 04/08/2011, o STF foi instado a decidir sobre a possibilidade de extensão do benefício fiscal previsto no art. 5º, §1º, X, da Lei nº 10.182, de 12 de fevereiro de 2002, a uma categoria que estava dele excluída, sob a alegação de violação ao princípio da isonomia tributária (art. 150, II, da CR/88).

Trata-se de redução da alíquota do IPI no percentual de 40% (quarenta por cento), que se aplica, por determinação legal, exclusivamente às importações destinadas aos processos produtivos das empresas montadoras e dos fabricantes de veículos, autopeças, componentes, conjuntos e subconjuntos necessários à produção dos veículos listados nos incisos I a IX (art. 5º, §1º), incluídos os destinados ao mercado de reposição.

A empresa recorrida havia obtido decisão favorável em segunda instância, estendendo-lhe o citado benefício sob o fundamento de que, embora não atuante no mercado de reposição, fazia *jus* ao favor fiscal, com fundamento no princípio da isonomia tributária. Contudo, o STF, nos termos do voto do relator, reformou a decisão, a fim de afastar o benefício.

Não interessa ao presente trabalho discutir o mérito da questão tributária, apenas

³²² Não se pode esquecer da corrente minoritária formada pelos Ministros Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Marco Aurélio, que defendia a concessão de efeitos *inter partes* aos mandados de injunção sobre direito de greve dos servidores públicos.

³²³ MI 721-7/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 29/11/2007; e MI 795-1/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 21/05/2009. Continentino traçou profundo histórico do mandado de injunção na Assembleia Constituinte e na jurisprudência do STF, chegando à conclusão de que a atribuição de eficácia *erga omnes* não condiz com a história institucional desse mecanismo de controle da omissão legislativa. Cf. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma reflexão histórica sobre o mandado de injunção e a eficácia subjetiva das decisões. In: MENDES, Gilmar Ferreira, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Quintas. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 57-94. Benvindo também criticou a atribuição de eficácia *erga omnes* aos referidos mandados de injunção, porém a partir da distinção entre discursos de aplicação e de justificação, articulada por Klaus Günther. Além disso, indicou nesse movimento o sintoma de um processo mais amplo de enfraquecimento do controle difuso de constitucionalidade. Cf. BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Quintas. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 255-280.

ressaltar que se configuram, nesse caso, os pressupostos da decisão de efeitos aditivos. Com efeito, há uma norma de exclusão que, se afastada com fundamento no princípio da isonomia, importará na aplicação da mesma consequência jurídica a uma categoria não incluída originalmente no âmbito de incidência do dispositivo. Além disso, o ônus argumentativo no sentido de explicitar que essa é a única solução constitucionalmente obrigatória (*rime obbligate*) é mais leve que na hipótese do direito de greve dos servidores públicos, já que se julga a constitucionalidade do dispositivo que institui o próprio benefício. Caso se entenda que ele viola o princípio da isonomia, basta afastar a norma de exclusão, permitindo, assim, que ele seja aplicado a outros grupos ou situações. Essa foi, inclusive, a solução preconizada no voto do Min. Gilmar Mendes, que abriu a divergência para manifestar a necessidade de emissão de um provimento de efeitos aditivos para restauração da isonomia. Contudo, ela não foi acatada pelo Pleno do STF, pois ao Poder Judiciário não seria legítimo estender benefício fiscal, sob pena de afronta à separação dos poderes, como restou firmado no voto condutor do Min. Joaquim Barbosa.

3.4.2.3 Reserva Indígena “Raposa Serra do Sol”

No julgamento da Pet 3.388-4/RR, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 25/09/2009, o STF julgou improcedente ação popular³²⁴ proposta por Augusto Affonso Botelho Neto, Senador da República, por meio da qual se buscava a anulação da Portaria do Ministério da Justiça nº 534/2005, homologada pelo Presidente da República em 15 de abril de 2005, e de qualquer outra Portaria que tivesse por objetivo frustrar o andamento judicial das ações que questionem a demarcação da terra indígena denominada “Raposa Serra do Sol”, localizada no Estado de Roraima.

A decisão do tribunal foi favorável à manutenção dos parâmetros demarcatórios da reserva indígena que haviam sido fixados pelo Poder Executivo. Não obstante isso, o STF estabeleceu algumas condicionantes, com a pretensão de regular não o caso que lhe fora submetido, mas futuros procedimentos de demarcação de áreas indígenas. Com efeito, constam dezenove condicionantes na ementa desse julgado. É verdade que algumas delas configuram mera reprodução de dispositivos constitucionais ou legais, tais como aquelas fixadas nas alíneas “o”³²⁵ e “p”³²⁶. Por outro lado, há outras polêmicas, que não decorrem

³²⁴ É interessante notar que o Estado de Roraima foi admitido como assistente do autor, potencializando o risco de conflito federativo, que servira de fundamento à definição da competência do STF (art. 102, I, f, CR/88).

³²⁵ “[...] o) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico

imediatamente de qualquer dispositivo presente na ordem jurídica, como aquela que veda a ampliação de terra indígena já demarcada (alínea “r”), o que levanta o debate sobre sua legitimidade.

Nessa perspectiva, a Procuradoria-Geral da República opôs embargos de declaração³²⁷, objetivando afastar todas as condicionantes ou adequá-las aos ditames da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho-OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. O fundamento da impugnação reside, em síntese, na violação ao princípio da separação dos poderes e ao princípio democrático, aspectos que merecem uma consideração cautelosa, alcançando também a decisão conjunta proferida nos mandados de injunção sobre o direito de greve dos servidores públicos.

3.5 A sentença aditiva entre Estado de direito e soberania popular

Em algumas situações, parece que houve uma indisfarçável aquiescência por parte dos Poderes Executivo e Legislativo com a assunção desse “poder normativo” pela Suprema Corte brasileira, ao contrário do que uma análise apressada poderia sugerir³²⁸. Como já se disse no início deste capítulo, talvez não se deva falar em choques e embates entre os poderes, mas em cooperação que pode produzir efeitos negativos sobre a relação entre autonomia pública e privada.

Com efeito, passados mais de cinco anos do julgamento conjunto das ações relativas ao direito de greve dos servidores públicos (MI 670-9/ES, MI 708-0/DF, MI 712-8/PA), não houve qualquer votação, nas Comissões ou no Plenário das Casas Legislativas, de projetos que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos³²⁹.

Quanto ao Poder Executivo, não houve envio de qualquer mensagem presidencial para submissão de novo projeto à apreciação do Poder Legislativo. Ao invés disso, a Presidente da

que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973)”.

³²⁶ “[...] p) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973)”.

³²⁷ Os embargos de declaração ainda estão pendentes de julgamento.

³²⁸ É o que sugere Barbosa, ao afirmar que seria simplista visualizar esse processo como se se tratasse de um avanço do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo. Cf. BARBOSA, Leonardo. Armadilhas constitucionais: estudo sobre a regulamentação do mandado de injunção sob a perspectiva das relações entre Legislativo e Judiciário. In: MENDES, Gilmar Ferreira, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Quintas. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 290.

³²⁹ PL nº 6.032/2002, apensado ao PL nº 4.497/2001, em trâmite na Câmara dos Deputados; enquanto que, no Senado Federal, tramitam o PLS nº 83/2007, PLS nº 710/2011 e o PLS nº 120/2013.

República editou o Decreto nº 7.777, de 24 de julho de 2012, que “*dispõe sobre as medidas para a continuidade de atividades e serviços públicos dos órgãos e entidades da administração pública federal durante greves, paralisações ou operações de retardamento de procedimentos administrativos promovidas pelos servidores públicos federais*”.

No preâmbulo do referido ato infralegal, a Presidente da República fez expressa menção ao ato normativo primário que pretende regulamentar, qual seja, a Lei nº 7.783, de 1989. Isso comprova que a edição do decreto partiu do pressuposto de que a decisão proferida pelo STF tem plena validade e inovou a ordem jurídica, autorizando o Poder Executivo, inclusive, a editar atos normativos tendentes à fiel execução daquele ato normativo primário. Em síntese, a chefia do Poder Executivo federal parece ter assentido com o conteúdo da decisão tomada pelo STF.

Como ressalta com propriedade Barbosa³³⁰:

Ao dar uma solução para a questão da greve do servidor público ou para sua aposentadoria especial, o Supremo Tribunal Federal, ainda que contrarie pontualmente algum interesse estatal, faz ao governo um favor: retira de sua conta (e do debate público) o ônus político de quaisquer restrições que devam ser impostas a esses direitos. E é difícil negar que, exatamente por essa razão, é muito, muito improvável que o Congresso venha a se debruçar sobre os temas objeto de decisão em sede de mandado de injunção, pois seriam, no jargão legislativo, “matéria vencida”. A deferência ao Legislador, que sempre poderia editar uma nova norma, alterando a solução adotada pelo Judiciário, é, assim, algo ilusória.

No que diz respeito ao julgamento da Pet 3.388-4/RR, que estabeleceu algumas condicionantes aos procedimentos administrativos de demarcação de terras indígenas, situação semelhante pode ser verificada. Com efeito, o então Advogado-Geral da União, chefe da instituição responsável pela representação judicial e extrajudicial da União e pela consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo federal (Advocacia-Geral da União, art. 131 da CR/88), ainda na sessão de julgamento da referida ação, externou que a União adotaria todas as condicionantes fixadas para aquele caso a todos os processos de demarcação vindouros³³¹. Não se pode deixar de registrar que, naquele julgamento, importante limitação às prerrogativas do Poder Executivo federal fora aprovada, consubstanciada na vedação de aumentar reserva indígena já demarcada. Logo, foi estabelecida uma espécie de coisa julgada administrativa nos procedimentos demarcatórios, afastando o poder de revisão que é

³³⁰ BARBOSA, Leonardo. Op. cit., p. 291.

³³¹ Cf. Sessão realizada no dia 19/03/2009, na qual foi concluído o julgamento da Pet nº 3.388-4/RR, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 25/09/2009.

tradicional no Direito Administrativo brasileiro, inclusive amparado pelo enunciado nº 473³³² da súmula de jurisprudência predominante do STF.

A par disso, o Advogado-Geral da União editou a Portaria nº 303³³³, de 16 de julho de 2012, com o intuito de orientar os órgãos integrantes da Administração Pública federal quanto ao cumprimento de todas as condicionantes fixadas pelo STF, antes mesmo de iniciado o julgamento dos embargos de declaração opostos pela Procuradoria-Geral da República, cujo desfecho poderia até mesmo afastar algumas daquelas limitações.

No contexto estadunidense, há uma importante contribuição na área da Ciência Política que pode auxiliar na compreensão desse deslocamento do foro de decisões entre os poderes. Com efeito, Whittington traçou uma análise interessante sobre a relação entre os Presidentes da República e a Suprema Corte norte-americana, demonstrando que a dinâmica sobre uma possível prevalência no processo de interpretação constitucional é flutuante³³⁴. Como a associação entre supremacia constitucional e supremacia judicial não é pressuposta, ela precisa ser construída politicamente³³⁵. Se é verdade que a supremacia judicial implica o controle de constitucionalidade, este último não supõe a primeira³³⁶. Por conseguinte, a ideia de que a Suprema Corte possui a última palavra na definição do significado e alcance da Constituição não se constituiu de maneira tão estável e linear.

Assim, Presidentes da República com planos ambiciosos de reconstrução da ordem política e social (Franklin Roosevelt, por exemplo) acabaram afrontando os poderes interpretativos da Suprema Corte. Tais líderes são caracterizados pela adoção de um amplo espectro de reformas institucionais, tendendo a uma perspectiva “departamentalista” na interpretação constitucional, ou seja, cada poder seria supremo na interpretação constitucional em sua respectiva esfera de atuação.

Por outro lado, a maior parte dos Presidentes norte-americanos não assumiu esse comportamento, sendo classificados como líderes subordinados, que se adequam a uma estrutura predeterminada de possibilidades, não se envolvendo em debates sobre reformas

³³² “Súmula 473. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

³³³ Depois de várias pressões de movimentos sociais ligados à causa indígena, esse ato normativo foi suspenso até o dia 24 de setembro de 2012, por meio da Portaria nº 308, de 25 de julho de 2012. Diante da reiteração dos protestos, o Advogado-Geral da União editou a Portaria nº 415, de 17 de setembro de 2012, afastando a aplicação das condicionantes até que ocorra a publicação do acórdão de julgamento dos embargos de declaração apresentados pela Procuradoria-Geral da República.

³³⁴ Cf. WHITTINGTON, Keith E.. **Political foundations of judicial supremacy: the President, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history**. New Jersey: Princeton University, 2007, 18.

³³⁵ Cf. Id., *ibid.*, p. 4.

³³⁶ Cf. Id., *ibid.*, p. 5-6.

institucionais de grande alcance. Ao escolher uma política mais tímida, de manutenção e ampliação de um modelo já consolidado, eles não desafiam a interpretação constitucional produzida pelo Poder Judiciário.

Assim, a ideia de supremacia judicial na interpretação constitucional pode ter efeitos interessantes e estratégicos no âmbito da política. Para os líderes subordinados, que não querem enfrentar o custo político decorrente de grandes reformas, a ideia de que o Poder Judiciário possui a última palavra na interpretação constitucional possui aspectos positivos. Contudo, para os Presidentes com desejo de reconstrução da ordem, deferir ao Poder Judiciário aquela prerrogativa representa um risco aos seus projetos. Como afirma Whittington³³⁷:

[a] autoridade judicial para interpretar a Constituição não é nem absoluta nem estável. O Judiciário tem sido capaz de sustentar suas exigências de predominância interpretativa primariamente porque, e quando, outros atores políticos tiveram razões próprias para reconhecer tais exigências.

Verifica-se, assim, que, “à medida que a autoridade presidencial para interpretar a Constituição diminui, a autoridade judicial aumenta”³³⁸ e vice-versa, a depender do tipo de líder que assume a Presidência dos Estados Unidos da América.

De certa maneira, Hirschl já havia apontado para esse aspecto, ao analisar o processo recente de constitucionalização e de instituição de mecanismos de garantia da Constituição em Israel, África do Sul, Canadá e Nova Zelândia. Ele acentua o papel estratégico do reforço das competências do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade, visto que oferece uma válvula de escape para políticos que querem reatardar ou impedir efeitos indesejáveis de um processo deliberativo majoritário para seus próprios interesses. Por isso,

conflitos envolvendo assuntos políticos controversos são tratados principalmente como questões jurídicas do que como questões políticas, com a suposição concomitante de que supremas cortes nacionais, ao invés de representantes eleitos, deveria resolvê-los³³⁹.

Essas reflexões auxiliam na compreensão da sentença aditiva como um importante mecanismo de alteração do fluxo de decisões. Assim, quando se trata de temas com forte custo político, que autoridades de outros poderes não pretendem enfrentar, parece ser uma alternativa interessante reservar ao Poder Judiciário a sua definição. A delimitação do

³³⁷ WHITTINGTON, Keith E.. Op. cit, p. 27.

³³⁸ “As presidential authority to interpret the Constitution wanes, judicial authority waxes”. Cf. Id., *ibid.*, p. 287.

³³⁹ [c]onflicts involving contentious political issues are treated as primarily legal questions rather than political ones, with the concomitant assumption that national high courts, instead of elected representatives, should resolve them. HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard, 2004, p. 15.

usufruto dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, por exemplo, pode causar entraves a projetos estratégicos de energia capitaneados pelo Poder Executivo federal nos últimos anos. O direito de greve dos servidores públicos também se configura como um tema polêmico para a arena pública, já que opõe a lógica da continuidade na prestação de serviços públicos ao direito daqueles servidores de interrompê-los.

Contudo, esse processo de reconhecimento de um espaço institucional relevante para o STF, por parte de outros poderes, não é linear, tal qual ocorre no contexto estadunidense em relação à Suprema Corte. Embora haja acordos e soluções de consenso, desenvolvem-se também conflitos e oportunidades de fixação de novos arranjos institucionais. Nesse sentido, pode-se explicar a Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011, que tramita na Câmara dos Deputados, com o objetivo de limitar o alcance do controle de constitucionalidade exercido pelo STF, concentrando-se nos seguintes aspectos: quórum para declaração de inconstitucionalidade, súmula vinculante e declaração de inconstitucionalidade de emendas à Constituição³⁴⁰. Na justificativa da PEC nº 33/2011, há menção a várias decisões do STF que não teriam observado as competências do Poder Legislativo, tal como aquela sobre a “fidelidade partidária”, já analisada acima.

Isso indica que a expansão do poder interpretativo do STF pode ser um fenômeno intersticial, a depender dos temas e interesses envolvidos. Todavia, não se deve afastar a necessidade de lançar um olhar crítico sobre a prática da sentença aditiva, à medida que ela se torna importante elemento de justificação do deslocamento do processo decisório.

Nas democracias contemporâneas, que receberam influxos das tradições do Liberalismo Político e da Soberania Popular, o direito não vale apenas por ser posto pelos órgãos estatais, mas sim por ter se originado num procedimento democrático com iguais chances de participação, nos quais a única coerção deve ser a do melhor argumento. Se o

³⁴⁰ Caso aprovada a PEC nº 33/2011, em vez de obedecer à regra da maioria absoluta dos membros do tribunal ou de seu órgão especial para declaração de inconstitucionalidade de ato normativo do Poder Público (art. 97 da CR/88), como é da tradição do direito constitucional brasileiro, tal decisão submeter-se-á a um quórum mais gravoso, qual seja, de quatro quintos dos seus membros. Quanto às súmulas vinculantes, as alterações são profundas. Em primeiro lugar, para a propositura de uma proposta de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal observará o quórum de quatro quintos dos seus membros. A par disso, o efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal ficará condicionado à aprovação da súmula pelo Congresso Nacional. Se este não se manifestar no prazo de noventa dias sobre ela, em sessão conjunta, por maioria absoluta, seu efeito vinculante será considerado tacitamente aprovado. Por fim, em relação às decisões de declaração de inconstitucionalidade material de emendas à Constituição proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, o efeito vinculante e a eficácia contra todos dependerão de ratificação ulterior do Congresso Nacional, reunido em sessão conjunta, mediante quórum de três quintos dos seus membros. Caso a manifestação do Poder Legislativo não ocorra em noventa dias, dar-se-á a ratificação tácita da decisão do Supremo Tribunal Federal, situação em que lhe serão atribuídos efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Por fim, a PEC sob exame veda, em qualquer hipótese, a suspensão cautelar de emenda constitucional por parte do Supremo Tribunal Federal.

direito ficar exposto aos riscos sistêmicos (dinheiro e poder administrativo), pode ser instrumentalizado para a simples dominação, perdendo o caráter de indisponibilidade que lhe garante o papel de transformador entre sistema e mundo da vida, ou seja, seu papel de integração social³⁴¹. Há, assim, risco de dissolução da tensão entre validade e facticidade que, na dimensão da validade do direito, ocorre entre legitimidade e positividade. Como disse Habermas, o direito recebe sua força legitimadora principalmente dessa aliança entre a positividade do direito e a pretensão à legitimidade³⁴². Portanto, se a autonomia pública perder sua importância, rompe-se a necessária conexão interna entre ela e a autonomia privada, que se reflete na tensão interna entre positividade e legitimidade.

A prática da sentença aditiva efetivada pelo STF, ao retirar temas do debate público, atinge exatamente o plano da legitimidade do direito, provocando o risco de sua instrumentalização pelo poder político ou pelo poder econômico. Percebe-se que os temas reservados à esfera pública podem sofrer a filtragem do poder administrativo, motivada pela necessidade de retardar a decisão de temas controvertidos, restringindo as capacidades argumentativas dos participantes, condicionadas pela necessidade de decisão oriunda dos imperativos de segurança jurídica que acompanham a definição do direito pelos tribunais. Portanto, o processo argumentativo fica condicionado por interesses particularistas do poder administrativo, colocando em risco o papel integrador do direito. Esse contexto produz uma fratura na circulação entre poder comunicativo e poder administrativo³⁴³, que, segundo a teoria *habermasiana*, serve para compreender a ideia do Estado de direito.

Nem mesmo a previsão de novos mecanismos de participação política no âmbito do controle de constitucionalidade, tais como as audiências públicas (arts. 9º, § 1º, e 20, § 1º, ambos da Lei nº 9.868, de 1999; e art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 3 dezembro de 1999), é capaz de favorecer o exercício pleno da autonomia pública, visto que não suplanta as possibilidades amplificadas de debate em procedimentos institucionalizados e informais de conformação da opinião e da vontade. Ao contrário disso, “[o] *ativismo da Corte, agora municiado com instrumentos legais que permitem a modelagem axiológica da constituição, diminui a relevância da participação dos cidadãos nos debates dos temas constitucionais*”³⁴⁴.

³⁴¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 1992, p. 78.

³⁴² Id., *ibid.*, p. 57-58.

³⁴³ De acordo com Habermas, o direito legitimamente produzido pelo poder comunicativo conforma o poder administrativo, permitindo, assim, que o primeiro seja transformado, por meio do direito, no segundo. Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 1992, p. 209.

³⁴⁴ “[t]he court’s activism, now equipped with legal instruments allowing the axiological shaping of the Constitution, diminished the relevance of the citizen’s participation in the debates on constitutional matters”. BENVINDO, Juliano Zaiden. Op. cit., 2010, p. 109.

Aqui, cabe mencionar Möllers e sua teoria da estruturação dos poderes (*Gewaltengliederung*), que se afasta da perspectiva da separação dos poderes como divisão (*Trennung*) ou como “*checks and balances*”. Nessa vertente teórica, a articulação entre autonomia privada e autonomia pública ocupa lugar de destaque, sendo que alguns critérios são desenvolvidos para explicar a diferença de legitimidade entre uma e outra³⁴⁵.

Quanto ao alcance jurídico das decisões estatais, a legitimação individual está relacionada ao titular de um direito individual num contexto *exclusivo* definido. Logo, não se afirma uma pretensão a um direito abstratamente considerado, mas sim na concretude de seu exercício. Decisões democráticas são, por sua vez, *inclusivas*, pois alcançam potencialmente todos, conformando a esfera de liberdade de todos os participantes.

No que diz respeito à relação entre ordem jurídica e tempo, a liberdade individual juridicamente validante funda uma relação *retrospectiva* com a ordem jurídica e o ato de autodeterminação individual. Por outro lado, a expressão da vontade democrática é *prospectiva*, orientada para o futuro, porque ela se constitui no procedimento de formação da vontade.

Por fim, quanto à intensidade da vinculação jurídica, a autonomia privada é definida de maneira conclusiva pelo direito democrático, ou melhor, a legitimidade individual é garantida de antemão pelo direito no processo de legitimação individual. A legitimidade coletiva permanece aberta, pois, caso contrário, não se poderia falar de formação da vontade. Logo, “[s]omente o procedimento de formação da vontade democrática deve ser definido pelo direito, não a decisão democrática sobre o assunto”³⁴⁶.

Apesar de algumas divergências teóricas com o projeto *habermasiano*, tal como a crítica ao consenso como risco de “desdemocratização”³⁴⁷, existem alguns pontos de contato, como a articulação entre os dois tipos de autodeterminação (individual e coletiva), que Möllers afirma poder ser compreendida, à luz da formulação teórico-constitucional, como relação entre direito e política³⁴⁸. Nesse sentido, ele ressalta que “[o] processo de legitimação da proteção do direito individual e do procedimento democrático não se dá ao custo um do outro. Legitimação democrática e individual não produzem uma soma igual a zero”³⁴⁹.

³⁴⁵ Cf. MÖLLERS, Cristoph. Op. cit., p. 89.

³⁴⁶ “[n]ur das Verfahren demokratischer Willensbildung soll durch Recht definiert werden, nicht die demokratische Entscheidung in der Sache” (tradução livre). Id., ibid., p. 90.

³⁴⁷ Cf. Id., ibid., p. 85.

³⁴⁸ Cf. Id., ibid., p. 88.

³⁴⁹ “[d]ie Legitimationsleistung von individuellem Rechtsschutz und demokratischen Verfahren geht nicht auf Kosten des jeweils anderen. Demokratische und individuelle Legitimation schaffen kein Nullsummenspiel” (tradução livre). Idem, ibidem.

Pode-se interpretar, ainda, o limite à autonomia pública como um momento de indisponibilidade para Möllers, que também encontra ressonância na visão de Habermas. Para o primeiro³⁵⁰, ele se constitui como o direito a ter direitos (*Recht auf Rechte*), invocando a perspectiva *arendtiana*, o que implica direito a procedimentos independentes de controle para a proteção contra ataques à liberdade individual³⁵¹. Na perspectiva *habermasiana*, por sua vez, o dique à autonomia pública é formado pelos direitos pré-políticos, numa perspectiva de forte viés *kantiano*, como já se explicitou no primeiro capítulo.

Não obstante Möllers aponte as dificuldades de articular essas diferenças entre a autonomia pública e privada no contexto do tribunal constitucional, parece que esses elementos servem para lançar um juízo crítico reflexivo a respeito da sentença aditiva, tal como foi introduzida na prática do STF.

Assim, analisando a sentença aditiva do direito de greve dos servidores públicos, conclui-se que ela só poderia ser legítima, se alcançasse apenas os impetrantes, como o STF tem feito em todos os demais mandados de injunção³⁵², pois aquilo que diz respeito à coordenação das esferas de liberdade de todos compete ao processo democrático, não aos processos de legitimação individual. Não se trata apenas da definição do alcance de um direito de modo *exclusivo*, mas sim *inclusivo*, porque precisa mediar o interesse de toda a sociedade na continuidade dos serviços públicos com o direito de greve dos servidores públicos.

O mesmo vale para a “Raposa Serra do Sol”, já que as condicionantes não poderiam ter validade para além daquele contexto. Não se discutirá, aqui, o conteúdo delas, mas apenas a necessidade de submetê-las a amplo processo de deliberação pública. Em síntese, elas não deveriam atingir a demarcação de todo e qualquer território indígena, cujos povos nem mesmo tiveram a oportunidade de apresentar razões quanto à legitimidade de sua fixação.

Por outro lado, as sentenças aditivas orientadas à correção de casos de afronta ao princípio da isonomia, como aquela do RE 405.579/PR (extensão de benefício fiscal), apresentam forte relação com a autodeterminação individual, justificando uma atuação incisiva do STF. Caso se confira o devido alcance à sentença aditiva, como meio idôneo à

³⁵⁰ Cf. Id., *ibid.*, p. 85-87.

³⁵¹ Cf. Id., *ibid.*, 87.

³⁵² Isso garantiria, inclusive, a coerência entre os pronunciamentos do próprio tribunal, produzindo previsibilidade e segurança em relação à paulatina alteração de entendimento verificada na jurisprudência do mandado de injunção. Não se pode alegar que, no caso do direito de greve dos servidores públicos, o tribunal evitou uma enxurrada de ações, pois, se admitido o argumento, a eficácia *erga omnes* também deveria ter sido conferida no caso do mandado de injunção da aposentadoria especial para servidores públicos. A coerência que se exige do tribunal não é, contudo, somente de cunho semântico, mas se refere às condições pragmáticas que tornam o julgamento imparcial possível. Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 1992, p. 279.

correção de violações ao princípio isonômico, tal como ela se consolidou na prática constitucional italiana, há boas razões para sustentar sua legitimidade. Ela pode representar, nesse sentido, mecanismo de proteção da autonomia privada, assegurando que todos sejam tratados com igual consideração e respeito, exatamente como Kant preconizava. Em outras palavras, a sentença aditiva pode servir como meio para assegurar direitos pré-políticos contra tendências de exclusão do Outro, principalmente quando se tratar de processos racionais de formação da vontade, institucionalizados e programados pelo direito procedimental, nos quais ele não tenha o direito de participar, como no caso de um estrangeiro vivendo num país em que ele não tenha direito a voto.

Contudo, se a sentença aditiva for utilizada para a definição de temas que dizem respeito à coordenação da esfera de liberdade de várias pessoas, que possuem direito à ampla participação em processos institucionalizados ou não de formação da opinião e da vontade, ela representará uma ameaça à autonomia pública, na reconstrução de Kant e Rousseau pela teoria procedimentalista, e à estruturação dos poderes (Möllers).

Na vertente aqui defendida, não se recusa o controle de constitucionalidade operacionalizado por órgãos do Poder Judiciário (difuso) ou por uma corte constitucional (concentrado), não obstante as dificuldades de conciliá-lo com o exercício da autonomia pública. Adverte-se quanto ao perigo de pesadas idealizações em relação ao órgão de controle, que suponham uma racionalidade superior, mais bem adaptada à produção de resultados justos, se comparada à “irracionalidade” dos processos de deliberação institucionalizados no Parlamento³⁵³. Logo, o *background* expertocrático presente no controle de constitucionalidade institucionalizado não pode se sobrepor à autonomia dos sujeitos de direito de regularem autonomamente aquilo que os vinculará.

Portanto, a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade deve ser a de mediador da relação (tensa) entre autonomia pública e privada. Em outras palavras, cabe-lhe articular essas duas fortes tradições do pensamento político (Liberalismo e Soberania Popular), tarefa que é, sem dúvida, uma das mais desafiadoras do constitucionalismo contemporâneo. Nesse sentido, a Filosofia e a Ciência Políticas podem oferecer subsídios para lidar com esse complexo jogo, pois “[q]uando um texto constitucional

³⁵³ No contexto germânico, Maus critica a compreensão suprapositiva dos direitos fundamentais, que tem se consolidado na prática do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal), colocando-o numa posição de *expert* em relação ao Parlamento e, por isso, de supremacia. Cf. MAUS, Ingeborg. Op. cit., 2011, p. 62 e ss. Algumas semelhanças podem ser encontradas na jurisprudência do STF, tal como na aplicação de sofisticadas teorias que fariam do tribunal o melhor *locus* para a interpretação constitucional, inclusive com a ajuda das audiências públicas, responsáveis por abrir o debate constitucional à coletividade. Confira-se, a propósito, o voto do Min. Gilmar Mendes na ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 28/05/2010.

positiva democracia ou liberdade, recorre com isso o direito positivo à filosofia política”³⁵⁴. Tratar aquelas duas tradições com o devido cuidado requer considerar a complexidade e a contingência de sua relação, sem qualquer teleologia a guiar os resultados dos processos democráticos, mas sem olvidar a necessária abertura para o Outro, que decorre da garantia da autonomia privada num viés de indisponibilidade. Assim, para que o STF ingresse nessa complicada teia, sem desarticular os pressupostos da democracia contemporânea, forjada depois de experiências de forte negação da democracia e do constitucionalismo, principalmente em nossa história recente, não é preciso recorrer a fórmulas prontas como a da sentença aditiva, mas atentar para a circularidade que suspende qualquer precedência. Nas palavras de Michelman: “[...] o direito na fórmula do ‘governo das leis’ deve permanecer numa relação circular com a política simultaneamente como resultado e ponto de partida, produto e condição prévia”³⁵⁵.

³⁵⁴ “[w]enn ein Verfassungstext Demokratie oder Freiheit positiviert, rekuriert damit das positive Recht auf die politische Philosophie” (tradução livre). MÖLLERS, Cristoph. Op. cit., p. 15.

³⁵⁵ “[...] the law in the ‘government of laws’ formula must stand in a circular relation with politics as both outcome and input, both product and prior condition” (tradução livre). MICHELMAN, Frank. Op. cit., 1988, p. 1501.

4. CONCLUSÃO

Os desafios da democracia contemporânea, marcada pela concorrência de duas tradições da Filosofia Política que se afirmam com pretensão de primazia, foram bem equacionados pela leitura procedimentalista. Com efeito, Habermas retoma o debate estadunidense entre Liberalismo e Republicanismo, tomados como tipos ideais, a fim de propor uma possível articulação entre essas perspectivas contrapostas. Daí formula o modelo procedimentalista, que articula de forma renovada essas duas tradições, pretendendo superar suas limitações e deficiências. Em relação à primeira, na consideração da política como uma articulação tão somente estratégica de parceiros intressados no sucesso individual. Quanto à segunda, na sobrevalorização da dimensão ética, capaz de dissolver o indivíduo e seus interesses em projetos de bem comum.

O projeto *habermasiano* parte, então, da superação da filosofia do sujeito, pois se articula na dimensão da alteridade (intersubjetividade), caminho que se tornou possível não apenas pela tematização da linguagem pela Filosofia, mas, sobretudo, pela dimensão comunicativa da linguagem, como acentua Milovic (cf. nota de rodapé 96). Ao recusar os pressupostos da filosofia do sujeito implícitos no Liberalismo e no Republicanismo, que permitem a identificação da soberania no indivíduo ou no povo, Habermas aponta para a relevância das comunicações não definidas a partir de um sujeito específico, mas que ocorrem nas arenas informalmente constituídas, e que discutem temas relevantes e matérias que necessitam de regulamentação. Por conseguinte, a leitura procedimentalista confere importância não somente aos processos institucionalizados juridicamente para a formação racional da vontade, mas também para a esfera pública informalmente constituída, na qual se estrutura a formação da opinião pública de maneira difusa.

É preciso perceber que, por trás dessa controvérsia, pode estar uma confrontação entre as heranças da Revolução Francesa, na perspectiva da democracia, e da Revolução Americana, na vertente dos direitos humanos (*Menschenrechte*), já que ambas constituem o núcleo universalista do Estado constitucional³⁵⁶. Para lidar com a permanente tensão decorrente da pretensão de primazia de uma sobre a outra, Habermas propõe uma imbricação interna³⁵⁷ entre direitos humanos, entendido como Estado de Direito, e democracia, associada à tradição da Soberania Popular.

³⁵⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. Volkssouveränität als Verfahren. In: HABERMAS, Jürgen. **Philosophische Texte**. Volume IV. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009c, pp. 35-69, p. 38.

³⁵⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie. In: HABERMAS, Jürgen. **Philosophische Texte**. Volume IV. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009d, pp. 140-153.

Seguindo essa perspectiva de relação interna, que não significa, contudo, uma convivência harmoniosa ou teleológica, mas aponta para um processo de aprendizagem aberto às contingências, concebe-se um modelo normativo de democracia. No presente trabalho, ele serviu como ideal regulativo, mas não de uma maneira transcendental *kantiana*, apartada da realidade, pois o plano da validade na teoria do discurso é articulado intersubjetivamente, de maneira reflexiva. Assim, trata-se de uma transcendência fraca ou contextual, que se articula reflexivamente no plano da validade, para, em seguida, destranscendentalizar-se e permitir um olhar crítico sobre o plano da facticidade.

Nesse sentido, a sentença aditiva foi reconstruída na prática da Corte Constitucional italiana, acentuando a complexa relação entre democracia e constitucionalismo que subjaz a esse processo. Nas democracias erguidas sobre o rastro de destruição da Segunda Grande Guerra, principalmente na Alemanha e na Itália, foram instituídos modelos de imunização da democracia contra suas próprias contingências, evitando que a regra da maioria tivesse prevalência sobre os direitos humanos. Nesse contexto, compreende-se a escolha pelo tribunal constitucional como mecanismo de suspensão do princípio majoritário, quando configurado risco aos direitos fundamentais (momento de indisponibilidade).

Porém, a atuação dos tribunais constitucionais é controversa e sua instituição não é auto-evidente. A articulação entre jurisdição constitucional, Poder Judiciário e Parlamento foi complexa no cenário italiano, sobretudo nos primeiros anos depois da entrada em funcionamento da *Corte Costituzionale*. Ao longo dos anos, foram abertos espaços para o diálogo institucional, forjado depois de muitos embates e conflitos. Por isso, as competências da Corte Costituzionale para edição das chamadas sentenças manipulativas não permaneceram estanques, sofrendo redimensionamento pela inserção de novas técnicas de decisão (*moniti* e sentenças aditivas de princípio), que se orientaram para uma convivência menos conflitiva com o Parlamento e o Poder Judiciário.

Na história institucional brasileira, o acentuado interesse pelas decisões de efeitos aditivos pode ser associado a uma postura mais ativista do STF, que não significa aqui uma qualificação negativa, apontando tão somente para o maior envolvimento desse órgão na definição de temas de amplo espectro social, político e econômico.

A suposição de um poder normativo para emitir sentenças aditivas não se confunde, porém, com a prerrogativa de interpretar o texto normativo (significante) e dele extrair normas (significados). Trata-se, com efeito, de atribuição de uma prerrogativa mais ampla, já que supõe a atribuição de significados que não podem ser facilmente reconduzidos ao texto (dispositivo).

Nesse ponto, a argumentação do STF voltou-se contra a tese do “legislador negativo”, tradicionalmente aceita em nosso sistema de controle de constitucionalidade. A utilização desse modelo na jurisprudência foi associada a posturas mais contidas no controle de constitucionalidade. A partir do momento em que ocorre uma reorientação do papel do STF, a tese do “legislador negativo” parece mostrar-se ultrapassada para descrever o alcance de suas novas decisões (sentenças aditivas).

Contudo, conforme se explicitou, a tese do “legislador negativo” possui algumas deficiências e contradições, que se relacionam primordialmente com a confusão entre argumentos teórico-jurídicos (manutenção da estrutura escalonada da ordem jurídica) e políticos-jurídicos (instituição de um tribunal constitucional para a guarda da Constituição) levada a cabo por Kelsen.

Malgrado a categórica recusa do “**vetusto dogma do legislador negativo**” em alguns precedentes, a jurisprudência do STF é vacilante, pois adota em outras decisões relevantes (aplicação da Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010) compreensões a respeito da função da jurisdição constitucional (proteção das minorias parlamentares) que remetem diretamente à compreensão democrática de Kelsen, cuja implicação lógica com a ideia de “legislador negativo” foi devidamente ressaltada.

A partir da análise de alguns casos, verificou-se que o STF pretendeu conferir um alcance mais amplo às sentenças de efeitos aditivos do que aquele consolidado na prática da *Corte Costituzionale*. Caso sejam considerados os parâmetros de restauração de uma afronta à isonomia e de solução constitucionalmente obrigatória (*rime obbligate*), algumas decisões do STF, como o julgamento da “Raposa Serra do Sol” e dos mandados de injunção relacionados ao direito de greve dos servidores públicos, não poderiam ser caracterizadas exatamente como sentenças aditivas.

O maior perigo, contudo, não reside na discordância entre o modelo teórico italiano e aquele construído no Brasil. Na verdade, a “sentença aditiva à brasileira” pode indicar uma espécie de cooperação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que tem como consequência a retirada de temas do amplo debate público. Todavia, esse tipo de deslocamento do processo decisório não é típico apenas de nosso país. Whittington identificou tal dinâmica no contexto político estadunidense, enquanto que Hirschl apontou tal fenômeno no contexto político de alguns países que passaram por recente processo de constitucionalização.

É preciso advertir que tal deslocamento produz efeitos deletérios para a tensão entre validade e facticidade, que, no plano da validade do direito, ocorre entre legitimidade e

positividade. Não se pode, com efeito, prescindir da dimensão da autonomia pública que, na forma de poder comunicativo, por meio do direito, transforma-se em poder administrativo. Se se admitir a dissolução daquela tensão, o direito estará exposto aos imperativos sistêmicos, notadamente ao poder administrativo, perdendo a função de charneira entre sistema e mundo da vida. Em síntese, o direito será instrumentalizado apenas para a dominação política.

Por isso, qualquer atuação do tribunal constitucional ou de quem lhe faça as vezes, no controle de constitucionalidade, que desconsidere a centralidade da articulação entre autonomia pública e autonomia privada para a democracia contemporânea, colocará em risco a própria possibilidade desta última. Assim, as sentenças aditivas da Pet 3.388-4/RR e dos mandados de injunção do direito de greve dos servidores públicos (MI 670-9/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 31/10/2008; e do MI 708-0/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 31/10/2008) configuram grave risco para a autonomia pública, pois dissolvem a necessária co-originalidade entre autonomia pública e autonomia privada, que é a própria condição de mediar essa complexa e contingente relação entre duas tradições políticas, que se afirmaram no mundo ocidental depois de graves experiências de negação de liberdades civis e políticas.

No entanto, não se rechaça completamente a sentença aditiva, sobretudo aquela relacionada à garantia da isonomia, já que vocacionada à garantia dos direitos pré-políticos no sentido articulado por Kant, também introduzido na proposta *habermasiana*. Por outro lado, qualquer tentativa de substituição dos processos de legitimação democrática por outras formas excludentes de participação deve ser recusada.

Por fim, isso não quer dizer que democracia e constitucionalismo estejam numa relação estanque, na forma da co-originalidade ou da imbricação interna, como se se tratasse de categorias fora do curso histórico. Como disse Thomassen³⁵⁸, a democracia é constantemente mediada pelo constitucionalismo, conferindo-lhe legitimidade, ao passo que o constitucionalismo é por aquela conformado, assegurando legitimidade ao âmbito da *rule of law*, sem qualquer teleologia guiando esse processo, já que imerso nas contingências e vicissitudes históricas.

³⁵⁸ Cf. THOMASSEN, Lasse. A bizarre, even opaque practice: Habermas on constitutionalism and democracy. In: THOMASSEN, Lasse (ed.). **The Derrida-Habermas Reader**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2006, pp. 176-194.

BIBLIOGRAFIA

ASCARELLI, Tullio. Jurisprudencia constitucional y teoría de la interpretación. Trad. Alberto Puppo. In: POZZOLO, Susanna, ESCUDERO, Rafael (ed.). **Disposición vs. Norma**. Lima: Palestra, 2011, pp. 19-38.

ASSINI, Nicola. **L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la guerra delle due Corti**. Milão: Giuffrè, 1973.

AZZARITI, Gaetano. **Discorso pronunciato dal Presidente Gaetano Azzariti alla presenza del Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte 8 maggio 1957**. Disponível em http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_245.do. Acesso em 5 de março de 2013.

AZZARITI, Gaetano. Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Volume V, Parte I. Padova: CEDAM, 1950, pp. 185-204.

_____. La mancata attuazione della costituzione e l'opera della magistratura. In: **Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei**. Vol. IV. Padova: CEDAM, 1958, pp. 3-24.

BARBOSA, Leonardo. Armadilhas constitucionais: estudo sobre a regulamentação do mandado de injunção sob a perspectiva das relações entre Legislativo e Judiciário. In: MENDES, Gilmar Ferreira, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Quintas. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 281-299.

BARILE, Paolo. **Scritti di diritto costituzionale**. Padova: CEDAM, 1967.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the limits of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism**. Berlim: Springer, 2010.

_____. Mandado de injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Quintas. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 255-280.

CALAMANDREI, Piero. **La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile**. Padova: CEDAM, 1950.

CAPPELLETI, Mauro. **La giurisdizione costituzionale delle libertà**. Milano: Giuffrè, 1976.

CARDOSO, Teresa. Ministro do STF garante que cumprirá a nova Constituição. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 22 set. 1988.

CARRASCO, Ángel M. Varas, DIEGUES, Carlos Dias. O contexto histórico das Cartas do Cárcere. *In*: GRAMSCI, Antonio. **Cartas do cárcere**: antologia. Galiza: Estaleiro, 2011.

CASTRO, Marcus Faro de. The courts, law, and democracy in Brazil. *In*: **International Social Science Journal**, jun. 1997, n.º 152, pp. 241-252.

CERRI, Augusto. **Corso de giustizia costituzionale**. Milão: Giuffrè, 1994.

CHELI, Enzo. **Il giudice delle leggi**: la Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri. 2 ed. Bologna: Il Mulino, 1999.

COLAPIETRO, Carlo. **Le sentenze additive e sostitutive della Corte Costituzionale**. Pisa: Pacini Editore, 1990.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma reflexão histórica sobre o mandado de injunção e a eficácia subjetiva das decisões. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Quintas. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 57-94.

CORRÊA, Oscar Dias. 160.º aniversário do STF e o novo texto constitucional. *In*: **Arquivos do Ministério da Justiça**. Ano 41, n 173, pp. 67-88.

CORTE COSTITUZIONALE (ITÁLIA). **L'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale**. XIV Conferenze delle Corti Costituzionali europee. Vilnius: 2008, p. 6. Disponível em http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/XIV_Conferenza_Vilnius_2008.pdf. Acesso em 2 de março de 2013.

COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria e crítica. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CRISAFULLI, Vezio. La corte tra magistratura e parlamento. *In*: **Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei**. Vol. IV. Padova: CEDAM, 1958.

_____. **Lezioni di diritto costituzionale**: La Corte Costituzionale. Vol. II. 4 ed. Padova: CEDAM, 1976.

_____. La Corte ha vent'anni. *In*: OCCHIOCUPO, Nicola (org.). **La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale**. Padova: CEDAM, 1984.

_____. Disposición (y norma). Trad. Mar Fernández Pérez. *In*: POZZOLO, Susanna, ESCUDERO, Rafael (ed.). **Disposición vs. Norma**. Lima: Palestra, 2011.

DERRIDA, Jacques. **Politiques et amitié**: entretiens avec Michael Sprinkler sur Marx et Althusser. Paris: Galilée, 2011.

DUNI, Giovanni. L'oggetto dei giudizi di costituzionalità e la problematica dei dispositivi additivi. Additività testuale e additività normativa. *In*: **Scritti in onore di Costantino Mortati**. Vol. IV. Milano: Giuffrè, 1977.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard, 1977.

ELIA, Leopoldo. La Corte nel quadro dei poteri costituzionale. In: BARILE, Paolo, CHELI, Enzo, GRASSI, Stefano (org.). **Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia**. Bologna: Il Mulino, 1982.

_____. Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale (ottobre 81 – luglio 85). In: **Scritti su la giustizia costituzionale**: in onore di Vezio Crisafulli. Padova: CEDAM, 1985.

ESPOSITO, Carlo. Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Vol. V. Parte I. CEDAM: Padova, 1950.

FEREJOHN, John, PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. In: **Texas Law Review**, vol. 82, p. 1671-1704.

FIORAVANTI, Maurizio. **Stato e costituzione**: materiali per una storia delle dottrine costituzionali. Torino: Giappichelli, 1993.

GIANNINI, Massimo Severo. Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme. In: **Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei**. Vol. IV. Padova: CEDAM, 1958.

GIOVANETTI, T., BELLOCCI, M. **Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte Costituzionale**: Quaderno predisposto in occasione dell'Incontro di Studio con la Corte Costituzionale di Ungheria. Palazzo della Consulta. 11 de junho de 2010. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>. Acesso em 19 de janeiro de 2013.

GHISALBERTI, Carlo. **Storia costituzionale d'Italia**: 1848/1994. Roma: Laterza, 2003.

GREEN, Roger Craig. An intellectual history of judicial activism. In: **Selected works of Roger Craig Green**. Disponível em http://works.bepress.com/roger_craig_green/1/. Acesso em 5 de abril de 2013.

GROPPI, Tania. ¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? tendencias recientes de las relaciones entre la Corte Constitucional y los jueces comunes en la experiencia italiana. Trad. Miguel Carbonell. In: **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furió Ceriol**. Nº 38/39. Valencia, 2002.

GUASTINI, Riccardo. Disposizione vs. norma. In: **Giurisprudenza costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1989, Ano XXXIV, pp. 3-14.

_____. **Lezioni di teoria costituzionale**. Torino: Giappichelli, 2001.

_____. La “constitucionalización” del ordenamento jurídico: el caso italiano. Trad. José María Lujambio. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4 ed. Madrid: Trotta, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

_____. **Kommunikatives Handeln und detranszendentalisierte Vernunft.** Stuttgart: Reclam, 2001.

_____. Drei normative Modelle der Demokratie. In: HABERMAS, Jürgen. **Philosophische Texte.** Volume IV. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009a, pp. 70-86.

_____. Der demokratische Rechtsstaat – eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien. In: HABERMAS, Jürgen. **Philosophische Texte.** Volume IV. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009b, pp. 154-175.

_____. Volkssouveränität als Verfahren. In: HABERMAS, Jürgen. **Philosophische Texte.** Volume IV. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009c, pp. 35-69.

_____. Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie. In: HABERMAS, Jürgen. **Philosophische Texte.** Volume IV. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009d, pp. 140-153.

HART, H.L.A.. **The concept of law.** 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy:** the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard, 2004.

HOBBSBAWN, Eric. **Era dos extremos - o breve século XX: 1914-1991.** Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

HONIG, Bonnie. Dead rights, live futures. In: THOMASSEN, Lasse (ed.). **The Derrida-Habermas Reader.** Edinburgh: Edinburgh University Press, 2006.

KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten.** Köln: Anaconda, 2008.

_____. **Metaphysik der Sitten.** Stuttgart: Reclam, 2007.

_____. **Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis. Zum ewigen Frieden:** ein philosophischer Entwurf. Hamburg: Felix Meiner, 1992.

KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la constitution: la justice constitutionnelle. Trad. Charles Eisenmann. In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger,** abril-maio-junho, tomo 45, 1928.

_____. **General theory of law and state.** Trad. Anders Wedberg. New York: Russel & Russel, 1961.

_____. **Reine Rechtslehre.** Reimp. da 2^a ed. 1960. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.

_____. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? In: OUYEN, Robert Chr. van. (org.). **Wer soll der Hüter der Verfassung sein?** Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

_____. Vom Wesen und Wert der Demokratie (2. Auflage 1929). In: JESTAEDT, Matthias, LEPSIUS, Oliver (ed.). **Verteidigung der Demokratie**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

KERSTING, Wolfgang. The civil constitution in every state shall be a republican one. In: HÖFFE, Otfried, AMERIKS, Karl (orgs.). **Kant's moral and legal philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

KOERNER, Andrei, FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. In: **Lua Nova**, São Paulo, 2013, nº 88, pp. 141-184.

LA VEGA, Augusto Martín de. **La sentencia constitucional en Italia** – tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

LEPSIUS, Oliver. Der Hüter der Verfassung – demokratiethoretisch betrachtet. In: BEAUD, Olivier, PASQUINO, Pasquale (org.). **La controversie sur “le gardien de la Constitution” et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt**. Paris: Panthéon-Assas, 2007.

LOCKE, John. Two treatises of government. **The Works of John Locke**. Vol. V. Londres: Tegg, 1823. Reproduzida em fac-símile por Scientia Verlag Aalen, 1963.

MALFATTI, Elena, PANIZZA, Saule, ROMBOLI, Roberto. **Giustizia costituzionale**. Torino: Giappichelli, 2003.

MAUS, Ingeborg. **Über Volkssouveränität**: Elemente einer Demokratiethorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2011.

_____. **Zur Aufklärung der Demokratiethorie**: Rechts- und demokratiethoretische Überlegungen im Anschluß an Kant. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8 ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

MEZZETTI, L. *et al.* **La giustizia costituzionale**. Padova: CEDAM, 2007.

MICHELMAN, Frank. **Law's republic**. In: The Yale Law Journal, vol. 97, n. 8, jul. 1988, pp. 1493-1537.

_____. Jürgen Habermas: Between Facts and Norms. In: **Journal of Philosophy**, 1996, 93, 307-315, pp. 308-309.

_____. Constitutional Authorship by the people. In: **Notre Dame Law Review**, 1998-1999.

MILOVIC, Miroslav. **Filosofia da comunicação**: para uma crítica da modernidade. Brasília: Plano, 2002.

MODUGNO, Franco. Corte Costituzionale e Potere Legislativo. In: BARILE, Paolo, CHELI, Enzo, GRASSI, Stefano (org.). **Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia**. Bologna: Il Mulino, 1982.

_____. La corte italiana oggi. In: **Scritti su la giustizia costituzionale**: in onore di Vezio Crisafulli. Padova: CEDAM, 1985.

_____. **Scritti sull'interpretazione costituzionale**. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2008.

MÖLLERS, Cristoph. **Die drei Gewalten**: Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Euopäischer Integration und Internationalisierung. Velbrück: Velbrück Wissenschaft, 2008.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2005.

_____. As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção. In: MENDES, Gilmar Ferreira, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Quintas. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORTATI, Costantino. Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore. In: MORTATI, Costantino. **Raccolta di scritti**: problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Vol. III. Milão: Giuffrè, 1972.

_____. **Istituzione di diritto pubblico**. Tomo I. 10 ed. Padova: CEDAM, 1991.

_____. **Istituzione di diritto pubblico**. Tomo II. 9 ed. Padova: CEDAM, 1976.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

PASQUINO, Pasquale. L'origine du contrôle de constitutionnalité en Italie. In: PASQUINO, Pasquale, BILLI, Francesca. **The political origins of constitutional courts: Italy, Germany, France, Poland, Canada, United Kingdom**. Roma: Fondazione Adriano Olivetti, 2009, pp. 115-127.

PICARDI, Nicola. Sentenze 'integrative' della Corte Costituzionale. In: **Scritti in onore di Costantino Mortati**. Vol. IV. Milão: Giuffrè, 1977.

PIERANDREI, Franco. Corte Costituzionale. In: **Enciclopedia del Diritto**, vol. X. Milão: Giuffrè, 1962, p. 894.

PINARDI, Roberto. **L'horror vacui del giudizio sulle leggi**: prassi e tecniche utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore. Milão: Giuffrè, 2007.

PIZZORUSSO, Alessandro. Garanzie costituzionali: art. 134-139. In: BRANCA, Giuseppe (org.). **Commentario della costituzione**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1981.

_____. La justicia constitucional en Italia. In: **Teoría e Realidad Constitucional**, n. 4, 2º sem. 1999, pp. 151-171, p. 152. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/4/est/est6.pdf>. Acesso em 15 de janeiro de 2013.

PUGIOTTO, Andrea. Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive. In: **Giurisprudenza costituzionale**. Milano: Giuffrè, Ano XXXVII, set./out. 1992, pp. 3672-3711.

REBORIO, Francisco Javier Díaz. **Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional**. Valladolid: Lex Nova, 2001.

RODOTÀ, Carla. **Storia della Corte Costituzionale**. Roma: Laterza, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Du contrat social ou principes du droit politiques. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social**. Paris: Gallimard, 1993, p. 178.

_____. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Projet de constitution pour la Corse**. Edição eletrônica feita a partir do texto publicado em 1763. Jean-Marie Tremblay (responsável). Université du Québec à Chicoutimi: 2012. Disponível em http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/projet_corse/projet_corse.html. Acesso em 5 de janeiro de 2013.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Diritto costituzionale: lo stato democratico moderno**. Vol. II. Nápoles: Casa Ed. Dott. Eugenio Jovene, 1950.

_____. La costituzione italiana nell'ottica comparatistica. In: **Il Politico: Revista Italiana di Scienze Politiche**. Università degli Studi di Pavia, Ano LIV, jan/mar 1989, nº 1, p. 5-17

RUGGERI, Antonio, SPADARO, Antonino. **Lineamenti di giustizia costituzionale**. Torino: Giappichelli, 2009.

SANDULLI, Aldo. **Discorso pronunciato dal Presidente Sandulli per celebrare il dodicesimo dell'inizio dell'attività della Corte Costituzionale**. Disponível em: http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_510.do. Acesso em 2 de março de 2013.

_____. **Il giudizio sulle leggi: la cognizione della Corte Costituzionale e i suoi limiti**. Milano: Giuffrè, 1967.

SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. 4 ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

SCHÖNBERGER, Cristoph. Die Verfassungsgerichtsbarkeit bei Carl Schmitt und Hans Kelsen: Gemeinsamkeiten und Schwachstellen. *In*: BEAUD, Olivier, PASQUINO, Pasquale (org.). **La controverse sur “le gardien de la Constitution” et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt**. Paris: Panthéon-Assas, 2007.

SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della Corte Costituzionale. *In*: **Scritti su la giustizia costituzionale**: in onore di Vezio Crisafulli. Padova: CEDAM, 1985.

_____. La nascita della costituzione italiana ed suoi valori fondamentali. *In*: **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, vol. 56, nº 3, jul./set. 2006, pp. 585-596.

STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUNSTEIN, Cass. A hand in the matter: has the Rehnquist Court pushed his agenda on the rest of the country? *In*: **Legal affairs**, v. 26, mar/abr 2003. Disponível em: http://www.legalaffairs.org/issues/March-April-2003/feature_marapr03_sunstein.msp. Acesso em 5 de abril de 2013.

TARELLO, Giovanni. **L'interpretazione della legge**. Milano: Giuffrè, 1980.

THOMASSEN, Lasse. A bizarre, even opaque practice: Habermas on constitutionalism and democracy. *In*: THOMASSEN, Lasse (ed.). **The Derrida-Habermas Reader**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2006, pp. 176-194.

TROPER, Michel. Kelsen et la cour constitutionnelle. *In*: BEAUD, Olivier, PASQUINO, Pasquale (org.). **La controverse sur “le gardien de la Constitution” et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt**. Paris: Panthéon-Assas, 2007, p. 94.

TURPIN, Dominique. **Droit constitutionnel**. Paris: Quadrige/PUF, 2003.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. *In*: **Revista de Direito do Estado**, Ano 3, nº 12, out-dez 2008, p. 55-75.

_____. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 136.

WHITTINGTON, Keith E.. **Political foundations of judicial supremacy**: the President, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history. New Jersey: Princeton University, 2007.

WOOD, Gordon S.. **The idea of america**: reflections on the birth of the United States. New York: Penguin Books, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. Bologna: Il Mulino, 1977.

_____. La Corte Costituzionale e il legislatore. *In*: BARILE, Paolo, CHELI, Enzo, GRASSI, Stefano (org.). **Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia**. Bologna: Il Mulino, 1982, p. 105.

_____. La Corte Costituzionale Italiana. *In*: PASQUINO, Pasquale, RANDAZZO, Barbara (org.). **Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)**: Atti del Convegno Internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007. Milão: Giuffrè, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo, MARCENÒ, Valeria. **Giustizia costituzionale**. Bologna: Il Mulino, 2012.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Allgemeine Staatslehre**: Politikwissenschaft. Munique: C.H. Beck, 2010.