

SENTENÇAS ADITIVAS E O MITO DO LEGISLADOR NEGATIVO

Edilson Pereira Nobre Júnior

Juiz Federal / 4ª Vara - RN

Sumário: 1. Exposição do problema; 2. Juiz constitucional e função criadora; 3. O princípio da igualdade; 4. Sentenças aditivas: um breve apanhado da questão no direito estrangeiro; 5. Sentenças aditivas: óbices, limites e eficácia. 6. Análise da posição do Supremo Tribunal Federal e alguns remates.

1. EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA

O presente trabalho tem como inspiração o deliberado, sem discrepância, pelo Supremo Tribunal Federal na Representação nº 1.417-7/DF¹. Naquela oportunidade, examinava-se representação formulada pelo Procurador-Geral da República, então titular exclusivo da prerrogativa de ativar a fiscalização abstrata da constitucionalidade, em detrimento do §3º do art. 65 da Lei Complementar 35/79, que disciplina o estatuto da magistratura nacional, cujo acréscimo decorreu da Lei Complementar 54/86.

O dispositivo impugnado atribuiu ao respectivo tribunal competência para, nos termos dos seus incisos I e II, conceder, em favor dos magistrados a ele vinculados, auxílio-transporte e auxílio-moradia nos percentuais de até 25% e 30%, respectivamente.

Entendeu-se, na ocasião, por rejeitar pedido alternativo do autor da demanda, no sentido de ser ao dispositivo ofertado interpretação conforme, a fim

¹ Pleno, DJU de 15-04-88.

de que a competência conferida aos tribunais fosse exercida nos termos da lei, expressão constante do *caput* do art. 65 da Lei Complementar 35/79.

Argumentou-se, para tanto, que o princípio da interpretação conforme à Constituição, situado no âmbito do controle de constitucionalidade, encontra óbice intransponível no fato de, *in casu*, contrariar o sentido inequívoco que o legislador pretendeu legar ao dispositivo impugnado. Caso assim se tivesse laborado, haveria atuação como legislador positivo, função interdita à Corte Constitucional.

Do longo voto do relator, Min. Moreira Alves, destaco uma breve passagem:

O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza, aplicando a interpretação conforme à Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto – *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), o que implica dizer que o Tribunal Constitucional elimina – e atua, portanto, como legislador negativo – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição. Porém, a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode Corte dessa natureza atuar como legislador positivo, ou seja, o que cria uma norma nova.

Outro precedente reforçou essa orientação, retratado pela ADIN 896-0/DF (Medida Liminar)², na qual se examinava a argüição de inconstitucionalidade do art. 270, §§1º e 2º, e da expressão “não alcançados pelo artigo anterior” do art. 271, ambos da Lei Complementar 75/93.

Restou considerado que, não havendo sido articulada também a invalidade do art. 269 do referido diploma, o qual se encontrava indissolúvelmente ligado aos dispositivos questionados, não poderia o Supremo Tribunal Federal

declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada (quando isso ocorre, a declaração de inconstitucional-

² Pleno, mv, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 16-02-96.

lidade tem de alcançar todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo.

No item seguinte da ementa, ressaltou-se que, não podendo a Corte apreciar a inconstitucionalidade sem se transformar em legislador positivo, outra alternativa não se remanesce senão o reconhecimento da eliminação da possibilidade jurídica da demanda.

Tributa-se a Kelsen a afirmação de que o Tribunal Constitucional, no desempenho de sua missão de garante do cumprimento da Lei Fundamental, não poderia ir além da invalidação da norma que a esta se contrapõe. De fato, ao tentar justificar a legitimidade da jurisdição constitucional frente à independência dos órgãos de produção normativa, o mestre austríaco alvitra distinção entre a elaboração e a anulação de leis, limitando-se a esta o alcance da competência do Tribunal Constitucional.

Procurando afastar a anulação das leis do campo da função legislativa, acentuara:

É aqui que aparece a distinção entre a elaboração e a simples anulação das leis. A anulação das leis se produz essencialmente como aplicação da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne ao seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito³.

³ A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Martins Fontes, 2003. p. 153. Tradução de Maria Ermantina Galvão.

A partir dessa abalizada concepção, surge o questionamento a ser desenvolvido nestas linhas, qual seja o da admissibilidade, no sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade, das chamadas sentenças aditivas, consagradas nalguns países da Europa, como a Itália e a Espanha.

Tais decisões, quando, a partir do reconhecimento de inconstitucionalidade parcial, ampliam o sentido da lei impugnada, não estariam criando direito novo, invadindo, assim, seara inconciliável com a atividade de julgar? Em caso afirmativo, o órgão jurisdicional incumbido de custodiar a vontade do Constituinte não estaria exercendo missão de legislador positivo, com franca intromissão em atividade reservada ao legislador? Reservamo-nos a resposta para os tópicos seguintes.

2. JUIZ CONSTITUCIONAL E FUNÇÃO CRIADORA

A questão acerca da criação de normas jurídicas pelo magistrado ganhou especial relevo a partir da Revolução Francesa. Esta, dentre outros aspectos, auferiu notoriedade pela profunda deferência ao conceito de soberania, de enorme prestígio à época do *Ancien Régime*, mas com uma diferença, consistente na substituição do príncipe pelo povo como seu substrato básico.

Em conseqüência, irrompe a lei, produto da vontade geral, como instrumento para reger as condutas sociais e demarcar o campo de intervenção do Estado na província de atuação dos particulares. Surgiram, com a pretensão sistêmica de completude da regência das relações sociais, as codificações, cabendo o pioneirismo ao Código Civil dos franceses, de 21 de março de 1804, seguido pelos Códigos de Processo Civil (1807), Comercial (1807) e Penal (1810).

O papel do juiz, dada a aversão à sua figura pelos revolucionários, decorrente de sua forte vinculação com a nobreza, restou reduzido a de mero emissor da voz da lei.

Lastro teórico a esse pensar adveio da pena de Montesquieu, para quem o magistrado apenas seria a boca que pronuncia as palavras da lei (*la bouche de la loi*), verdadeiro ser inanimado que não poderia moderar seus vocábulos ou seu rigor⁴.

⁴ Útil conferir, no Livro Sexto, Capítulo III, do Espírito das Leis, a seguinte passagem: “Nos Estados despóticos, não existe lei; a regra é o próprio juiz. Nos Estados monárquicos, existe uma lei e, onde esta é exata, o juiz a observa; onde não existe, ele procura-lhe o espírito. Nos governos republicanos é da natureza da constituição que os juízes observem literalmente a lei. Não existe um cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei, quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida” (Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. p. 110. Tradução: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues).

Amostra dessa tendência recaiu no Título III, Capítulo V, da Constituição de 03 de setembro de 1791, cujo art. 3º dispunha: “Os tribunais não podem, nem se imiscuir no exercício do Poder legislativo, ou suspender a execução das leis, nem empreender funções administrativas, ou convocar diante deles os administradores por razão das funções destes”⁵.

Esse imoderado culto à lei (*règne de la loi*), que tão bem demarcou a escola da exegese, fez desembocar na instituição do *référé législatif* pelo Decreto que dispôs sobre a organização dos tribunais judiciários, de 16 a 24 de agosto de 1790, pelo qual toda vez que os juízes reputassem necessário interpretar uma lei por duvidar de seu sentido deveriam dirigir-se ao Poder Legislativo, juntamente com o Tribunal de Cassação, inicialmente órgão auxiliar do Parlamento, o qual foi instituído com a missão de corrigir os equívocos cometidos pelos tribunais sempre que configurassem contração do texto da lei⁶.

⁵ “Les tribunaux ne peuvent, ni s’immiscer dans l’exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l’exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions” (Disponível em: www.constitucion.rediris.es/principal. Acesso em 15-07-03). Imbuída dos eflúvios liberais, a Constituição brasileira de 25 de março de 1824, contrariamente às ordenações do reino, que conferiam à Casa de Suplicação a prerrogativa de tomar assentos, unificando a jurisprudência do império português, conferiu à Assembléia Geral o atributo de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las” (art. 15, nº 8º). O grave na subtração ao Judiciário da interpretação dos textos legais foi, como assinala Octaviano Nogueira (*Constituições Brasileiras*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2001. Tomo I, p. 39), que, durante os 65 anos de vigência de dita Constituição, o Legislativo não exerceu referida prerrogativa, a qual terminou sendo absorvida pelo Executivo. Sensato o entendimento extraído de Pimenta Bueno (Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império. In: KUGELMAS, Eduardo (Org.). *Coleção Formadores do Brasil - Marquês de São Vicente*. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 130-131.), ao frisar que o art. 15, nº 8º, da Constituição Imperial, apenas reserva ao corpo legislativo a atribuição para declarar, por via de autoridade ou por via de disposição geral obrigatória, o sentido da lei, porque tal atividade é a mesma de estabelecer o direito. Isso, contudo, não obsta, afirmava o autor, a existência da interpretação judicial ou doutrinal propriamente dita, da alçada dos juízes e tribunais superiores, “órgãos constitucionais e privativos, únicos autorizados para declarar, o que segundo as leis do Direito Comum é consequente, lícito ou proibido, punível ou não, válido ou nulo” (p. 140), competência que “não só é consagrada pela lei fundamental, pela instituição e independência do poder Judiciário, mas é de alta importância, e ampla garantia para a sociedade e para os direitos individuais” (p. 140). Este ponto de vista, como logo mais se observará, teve sua defesa por Portalis.

⁶ O encerro dos juízes e tribunais à simples execução das leis preponderou na Espanha até o princípio do último quartel do Século XIX. A Constituição gaditana de 1812, após prever, no seu art. 131, competir às cortes legislativas propor, decretar, interpretar e revogar as leis, circunscreveu a ação dos tribunais à aplicação das leis nas causas civis e criminais, vedando-lhes outras funções além de julgar e executar seus julgamentos (arts. 242 e 245). Verificando-se dúvida sobre a inteligência a ser conferida a um dispositivo legal, caberia sua suscitação, por parte dos tribunais, ao Tribunal Supremo que, por sua vez, elaboraria, com os respectivos fundamentos, consulta ao Rei, a quem competia solicitar o pronunciamento dos órgãos parlamentares (art. 261.10). O mesmo diapasão, com irrelevantes diferenças de texto, encontrou-se presente nas Constituições de 1837 (art. 63), 1845 (art. 66), 1856 (art. 67), 1869 (art. 91). Somente com a Constituição de 1873 (art. 77) adveio traço de mudança, atribuindo-se a um órgão diverso do Parlamento, no caso o Tribunal Supremo, a prerrogativa de suspender os efeitos duma lei tida como contrária à Constituição. A transcrição dos preceitos constitucionais citados é encontrada em Juan Manuel López Ulla (*Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*. Madri: Tecnos, 1999, p. 55-56. Prólogo: Luis López Guerra).

Movimento em direção contraposta surgiu ainda em plena ebulição do liberalismo político.

Marco disso recaiu no art. 4º do já referido Código Civil francês, ao dispor: “O juiz que se recusar de julgar sob pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser demandado como culpado de denegar justiça”⁷. Não mais ficaria o magistrado reduzido à figura de *l’esclave de la loi*, passando ao lugar de *ministre d’équité*.

Essa transmutação, irrompida para fazer frente aos pregoeiros do rechaço radical da possibilidade de uma criação judicial do direito, deveu-se, como noticia Ross⁸, a Portalis que, em seu célebre Discurso Preliminar quando da elaboração do Código Civil, lançou respeitável consideração à teoria das fontes, não considerando a lei como a única fonte do direito. Concebeu também um lugar ao costume e ao juiz, reconhecendo necessariamente neste uma atividade independente e criadora do direito⁹.

Isso golpeou duplamente o *référé législatif*, seja pela sua derrogação pelo art. 4º do Código Civil, seja pela mutação funcional que sofrera o Tribunal de Cassação, a qual, limitada por Decreto de 27 de novembro a 01 de dezembro de 1790 à existência de contravenção expressa ao texto da lei, estendeu-se, por força da experiência, à condição de garante da unidade da jurisprudência.

Esse novo contorno ganhou seu lastro legal com a Lei de 01 de abril de 1837, cujo art. 2º estabelecia que, após uma segunda cassação fundada nos mesmos motivos da primeira, os tribunais subordinados estariam obrigados a respeitar a decisão da Corte de Cassação.

Ao lado da incapacidade do ordenamento jurídico em eliminar a criatividade do juiz, pode-se notar, no seio da doutrina, o reconhecimento da atividade judicial como a manifestação mais evidente da vida do direito.

⁷ “Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice” (Disponível em: www.legifrance.gouv.fr. Acesso em: 09-01-2006).

⁸ *Teoria de las fuentes del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 1999. p. 92-93.

⁹ Conforme Portalis (*Discurso preliminar al Código Civil francés*. Madri: Civitas, 1997. p. 41-42. Introdução e tradução: I. Cremades e L. Guittérrez – Masson), diversamente da lei penal, em matéria civil se faz necessário a ação da jurisprudência, dado ser impossível regular-se todos os seus objetos mediante lei, enfatizando a existência de duas classes de interpretação, quais sejam: a por via de doutrina e a por via de autoridade. Apenas esta, que consistiria em resolver dúvidas por via de regulamentos ou disposições gerais, é que estava vedada aos juízes, de maneira que “forçar o magistrado a recorrer ao legislador, seria admitir o mais funesto dos princípios; seria renovar, entre nós, a desastrosa legislação dos rescritos” (Forzar al magistrado a recurrir al legislador sería admitir el más funesto de los principios; sería renovar entre nosotros la desastrosa legislación de los rescritos”. *Loc. cit.*, p. 43).

Em memorável estudo, Jean Cruet¹⁰ nos mostra que os diversos segmentos da evolução jurídica não prescindiram, para o seu salutar desenvolvimento, da prática judicial. Por isso, tanto em Roma, cujo direito recebera o seu impulso mais vigoroso através da figura do pretor, tendo em vista a lentidão do legislador em seguir, de forma ágil, a evolução dos costumes, como no contraposto direito mulçumano, a necessidade de conciliar o direito escrito com as exigências cambiantes da vida social impeliram os juristas à interpretação criadora e extensiva dos textos.

Destaca ainda o autor a notável influência que teve o juiz inglês na formação *common law*, a qual, mesmo com a crescente ampliação do domínio legislativo, não perdeu sua basilar importância, bem como o paradoxo vivenciado pela França que, não obstante conhecida como a pátria da lei clara e progressiva, sofreu a sólida marca da evolução do seu sistema jurídico através da atuação do agir do magistrado que, no tratamento de muitas relações sociais, sempre precedeu ao legislador¹¹.

A impossibilidade de separação do magistrado da criatividade jurídica é bem ressaltada por Cruet nessa passagem:

O juiz, esse “ente inanimado”, de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional. Esta participação do juiz na renovação do direito é, em certo grau, um fenômeno constante, podia dizer-se *uma lei natural da evolução jurídica*: nascido da jurisprudência, o direito vive pela jurisprudência, e é pela jurisprudência que vemos muitas vezes o direito de evoluir sob uma legislação imóvel¹².

Mesmo com menor ênfase do que Cruet, Henri Lévy-Bruhl¹³ não exclui a função criadora da jurisprudência, afirmando que muitas vezes o juiz se encontra

¹⁰ A vida do direito e a inutilidade das leis. Salvador: *Livraria Progresso Editora*, 1956. p. 23-70.

¹¹ Aponta o autor a iniciativa desbravadora da jurisprudência na disciplina das seguintes matérias: a) indenização por motivo de resolução imotivada de contrato de trabalho e acidentes do trabalho; b) impenhorabilidade dos pequenos salários; c) liberdade de associação; d) a disciplina dos valores mobiliários; e) o desaparecimento como hipótese de extinção da personalidade; f) a legitimação dos filhos havidos de relacionamento entre pessoas que ostentassem grau de parentesco; g) a teoria do herdeiro aparente; h) a elaboração das regras jurídicas administrativas, para a qual foi essencial a intervenção do Conselho de Estado (*loc. cit.*, p. 55-70).

¹² *Loc. cit.*, p. 24.

¹³ *Sociologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 73-76.

dividido entre a obrigação de aplicar a lei e aquela, não menos relevante, de ministrar uma justiça equitativa e adaptada às exigências atuais e, nesta ocasião, acha-se forçado a legar ao texto legal um sentido novo, diverso do atribuído por seu autor. Nessas hipóteses, é que teremos uma jurisprudência criadora, a ser incluída dentre as fontes do direito.

Isso não respalda – adverte o autor – a excessiva evasão do juiz à lei, a fim de julgar predominantemente por equidade, atribuindo-se àquele uma função que, teoricamente, não possui, qual seja a competência legislativa¹⁴.

No que concerne ao âmbito da fiscalização da constitucionalidade, o debate se apresenta revestido com não menos intensidade.

Fervoroso adversário do controle judicial de constitucionalidade das leis, Carl Schmitt¹⁵, embora defensor de que também ao juiz coubesse a outorga de uma certa liberdade, não seria possível transferir-lhe a decisão política, que é inerente ao legislador. Isso importaria alterar a posição constitucional do Judiciário.

Na concepção do professor germânico o Estado de Direito segue presupondo o axioma de que o Estado sem divisão entre legislação, execução e jurisdição, carece de Constituição, sem contar que naquela forma de organização estatal somente existe atividade judicial na forma de sentença elaborada com base numa lei.

Assim, a posição especial do juiz no Estado de Direito, sua objetividade, sua posição superior às partes, sua independência e inamovibilidade descansa no fato de que sua decisão é de fundar-se na lei, derivando, portanto, de outra decisão, a qual é definida pelo legislador.

Referindo-se à fórmula *due process of law* do direito anglo-saxão, recomenda ser

¹⁴ Relevo ao caráter, necessariamente criativo, da função judicial, consta de António Menezes Cordeiro (*Tratado de direito civil português – parte geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. I, tomo I, p.117), Adele Anzon (Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi – L'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del richterrecht. Milão: Dott A. Giuffrè Editore, 1995. p. 8), Juvêncio Gomes Garcia (*Função criadora do juiz*. 1 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996) e Mônica Sette Lopes (*A equidade e os poderes do juiz*. Del Rey: Belo Horizonte, 1993. p. 206-208). O primeiro deles indigita à jurisprudência, enquanto solução de casos concretos, o atributo de dado fundamental à realização da ordem jurídica. Já o segundo observa o contínuo crescimento, a partir do século XX, do papel criativo dos juízes, presente tanto nos países do *civil law* como do *common law*.

¹⁵ *La defensa de la Constitución*. 2. ed. Madri: Tecnos, 1998, p. 78-79. Tradução: Manuel Sanchez Sarto.

preciso distinguir entre lei e sentença e, por conseguinte, entre legislador e juiz. Por diversa que seja, na prática, a divisão de poderes nos diversos Estados, resulta sempre inerente à distinção constitucional dos poderes o fato de que a divisão das funções políticas em matéria de organização (pelo menos ao regular-se as competências normais) corresponde uma efetiva diversificação da atividade¹⁶.

Demais de considerar o controle judicial de constitucionalidade inadequado à função judicial, sustinha Schmitt, como decorrência lógica de seu ponto de vista, a necessidade de uma limitação de uma possível atividade criativa do juiz, eliminando-a no que tange à seara política.

Procedendo a minuciosa análise das tendências favoráveis e opositoras, Lafuente Balle¹⁷, autor mais moderno, posiciona-se no sentido de que a atividade da jurisdição constitucional é, indiscutivelmente, criativa, ainda quando atue como legislador negativo. Assim o impõe a especificidade da norma constitucional que, em virtude de seu contorno de incerteza, favorece a discricionariedade do juiz constitucional. A enunciação dos comandos constitucionais em forma de princípios, comportando certa vagueza, não exclui uma atividade criadora para que se torne possível sua concreção.

O pensamento é assim bem exposto:

A norma constitucional apresenta a diferencial característica de sua não concreção e de seu sentido político. Estas circunstâncias favorecem um número crescente de interpretações, todas distintas e que qualquer observador informado e imparcial as consideraria corretas e lógicas. É neste labor de optar por uma destas interpretações onde o Tribunal Constitucional exerce sempre sua função criadora e normativa. Por isso, não existe nenhum caso fácil do qual conheça o Tribunal Constitucional. Em nenhum caso, o Tribunal se limita a aplicar a norma constitucional simplesmente e

¹⁶ “preciso distinguir entre ley y sentencia judicial, y, por consiguiente, entre legislador y juez. Por diversa que sea en la práctica la división de poderes en los diferentes Estados, resulta siempre inherente a la diferenciación constitucional de los poderes el hecho de que a la división de las funciones políticas en materia de organización (por lo menos funciones al regularse las competencias normales), corresponde una efectiva diversificación de la actividad” (*Loc. cit.*, p. 79).

¹⁷ *La judicialización de la interpretación constitucional*. Madrid: Edirorial COLEX, 2000. p. 77-94.

sem interpretá-la. Este labor interpretativo é, precisamente, o fator determinante da transcendental importância do precedente constitucional¹⁸.

Essa característica indissociável do labor da Corte Constitucional, afirma o autor, não conduz a um risco de preponderância de critério antidemocrático, com a introdução de uma verdadeira terceira câmara parlamentar em detrimento dos legisladores eleitos. Isso se justifica porque o cometimento de tal tarefa não parte de uma decisão infundada, mas sim resulta da própria vontade do poder constituinte, originária, suprema, soberana e, portanto, necessariamente democrática.

Outro respaldo a uma mais ampla função interpretativa do juiz constitucional vem residindo em fator eminentemente prático, qual seja a opção, cada vez mais crescente dos tribunais constitucionais, pelas sentenças criativas (interpretativas, aditivas, manipulativas, apelativas etc.), cujo teor suaviza o enfrentamento com os órgãos parlamentares, porquanto, ao invés de invalidar uma lei contrária à Constituição, incorpora-se, através de um novo sentido, uma nova norma ao ordenamento jurídico.

Assim, o autor, na sua conclusão, não olvida em destacar que, não obstante o tribunal constitucional seja um órgão político com capacidade de legislar, dada a obviedade de que, ao criar direito, usurpa a função legislativa, quebrando a separação de poderes, o exercício de tal atribuição se tornou de grande utilidade à conservação da paz social, a qual consiste na principal função do Direito como instrumento de resolução de conflitos. Prova disso está em que nenhum órgão constitucional poderia haver legislado mais sobre temas como o aborto, o terrorismo, as liberdades públicas, a integração europeia, a distribuição de competências nos estados federais, e com a singularidade de usufruir do respeito dos partidos e demais operadores políticos.

Após exposição das críticas sofridas pela jurisdição constitucional, seja tanto no seu berço norte-americano, como se pode notar dos dois Roosevelt (Theodore e Franklin), como na França, em razão do desenvolvimento vivenci-

¹⁸ “La norma constitucional presenta la característica diferencial de su concreción y de su contenido político. Estas circunstancias favorecen un número creciente de interpretaciones, todas ellas distintas y que cualquier observador informado e imparcial consideraría correctas y lógicas. Es en esta labor de optar por una de estas interpretaciones donde el Tribunal Constitucional ejerce siempre su función creadora y normativa. Por ello, no existe ningún caso fácil del que conozca el Tribunal Constitucional. Em ningún caso, el Tribunal se limita a aplicar la norma constitucional simplemente y sin interpretarla. Esta labor interpretativa es, precisamente, el factor que determina la transcendental importancia del precedente constitucional” (*Loc. cit.*, p. 85).

ado pelo Conselho Constitucional a partir de 1974, Enterría¹⁹, demais de rebater os argumentos contrários à legitimidade daquela, sustenta a inevitável criatividade de sua atividade.

Segundo o autor, a partir da consideração da Constituição como autêntica norma jurídica, ao invés de mero compromisso ocasional de grupos políticos, não se pode negar a justiça constitucional como formidável instrumento de integração política e social da coletividade, atuando para que aquela constitua uma ordem a serviço da justiça e da dignidade dos homens.

Sustendo seus argumentos, afirma que foi justamente o labor criativo e adaptador, suficientemente expressivo nos Estados Unidos, o traço a afiançar a sobrevivência da Constituição de 1787 por mais de dois séculos (ou, como poderíamos agregar, para uma maior ênfase, da luz de vela à sociedade da informática)²⁰, enquanto que a hostilidade francesa à jurisdição constitucional acarretou o contraste da promulgação de quinze constituições no mesmo período de tempo.

Por isso, conclui que “a justiça constitucional é o instrumento através do qual o *fundamental law*, o pacto social constitucional retém e atualiza toda sua virtualidade e eficácia”²¹.

Interessante a referência à opinião de Cappelletti²². Este, ao depois de asseverar que as declarações de direitos, nacionais ou transnacionais, deixaram de ser proclamações meramente filosóficas a partir do instante em que a sua aplicação efetiva fora confiada a tribunais constitucionais, ou a tribunais transnacionais, como é o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, afirma peremptoria-

¹⁹ *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madri: Civitas, 1994. p. 167-196.

²⁰ Formidável amostra dessa afirmação consta de Christopher Wolf (*La transformación de la interpretación constitucional*. Madri: Civitas, 1991), onde se analisa, com pormenor, a evolução do significado da Constituição norte-americana pelo labor judicial em adaptá-la à passagem de mais de duzentos anos de sua vigência, percorrendo-se as fases que denomina de tradicional (1798 a 1890), a do *laissez-faire* e capitalista (1890 a 1937) e a da era moderna (posterior a 1937).

²¹ “la justicia constitucional es el instrumento a través del cual el *fundamental law*, el pacto social constitucional retiene y actualiza toda su virtualidad y eficacia” (*loc. cit.*, p. 195-196). Essa conclusão, ainda no que concerne à doutrina hispânica, resulta da pena de Enrique Alonso Garcia, ao reputar na Introdução da sua *La Interpretación de la Constitución* (Madri: Centro de estudios constitucionales, 1984. p. 4), como fato indiscutível, em todos os sistemas de jurisdição constitucional, o de que o intérprete judicial cria ou formula normas derivadas da Constituição, seja expressa, seja tacitamente.

²² Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 614-620.

mente que a interpretação e a proteção dos direitos sociais implicam nível bastante elevado da força criadora dos citados órgãos jurisdicionais, uma vez as constituições, bem assim as correspondentes declarações de direitos, demais de vazadas em termos vagos e sintéticos, expressam valores como liberdade, democracia, justiça, dignidade, igualdade, entre outros.

Esse pensar não passou despercebido na doutrina nacional. Francisco Campos, de há muito, destacara irresponsável realidade:

O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la; é o que demonstra a jurisprudência do nosso Supremo Tribunal, e, particularmente, a da Suprema Corte Americana. Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte”²³.

Passadas algumas décadas, Inocêncio Mártires Coelho, atento tanto ao fato da norma constitucional operar mediante fórmulas lapidares ou enunciados abertos, bem assim à localização das cortes constitucionais fora e acima da tripartição de poderes²⁴, reconhece que os membros destas, na condição de intérpretes finais da Lei Fundamental, terminam positivando a sua concepção de justiça²⁵.

Depreende-se, pois, não mais ser contestável o apanágio do juiz em levar a cabo renovação do sistema jurídico, seja pela natural falibilidade do legislador

²³ *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956. v. II, p. 403.

²⁴ A característica inerente à localização das cortes constitucionais no interior do aparato estatal, como órgão que está fora e acima dos chamados três poderes, vem ressaltada pelo art. 1.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol (LOTIC), de 03 de outubro de 1979, ao enfatizar: “O Tribunal Constitucional, como intérprete supremo da Constituição, é independente dos demais órgãos constitucionais, e está submetido somente à Constituição e à presente Lei Orgânica” (El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo da Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido solo a la Constitución y a la presente Lei Orgânica”. Disponível em www.bdd.unizar.es. Acesso em 27-06-2003).

²⁵ Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?. *Revista Jurídica Virtual*, v. 13. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 08-04-2002. Em suas conclusões, o autor deixa claro que se as cortes constitucionais, na qualidade de últimas instâncias de aplicação da Lei Maior, proferem julgamentos insuscetíveis de revisão, equivalentes a erratas e adendas daquela, significa rematar que a “questão da constitucionalidade/inconstitucionalidade fica sujeita a juízos políticos sobre a validade das leis, assim entendidas a sua conveniência, oportunidade e razoabilidade, conceitos abertos e indeterminados cuja densificação depende da pré-compreensão e da ideologia dos magistrados que exercem a jurisdição constitucional” (*loc. cit.*, p. 14 de 17).

em disciplinar todas as relações da cada vez mais complexa vida gregária, seja pela singularidade de que o texto legal deva ser interpretado em atenção às transformadoras reações ocorridas no meio social²⁶.

Além disso, a longa exposição de opiniões doutrinárias nos leva a considerar como irrecusável que, versando a Constituição uma disciplina não individualizada ou detalhada, mas que, ao contrário, caracteriza-se por cláusulas gerais e conceitos de valor, não se pode negar ao seu intérprete a imensa faculdade de tomar decisões com certa autonomia. Isso se dá principalmente no âmbito dos direitos fundamentais, no qual a menção a expressões como igualdade, dignidade da pessoa humana, construção de uma sociedade livre, justa e solidária, fornece elementos que, durante o esforço exegético para sua concreção, permitem uma pluralidade de deliberações.

No que concerne ao presente trabalho, particular importância ganha a idéia, positivada nas constituições hodiernas, de isonomia, a qual será alvo de desenvolvimento no tópico seguinte.

3. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Na atual fase de desenvolvimento da ciência jurídica ocidental, que para alguns se convencionou denominar pós-modernismo, é sabido que merecem destaque os princípios, cujo componente normativo serve de fundamento e de elemento decisivo para a interpretação das demais normas, denominadas, para fins de divisão didática, de regras.

Daí ser imprescindível uma referência, embora breve, à igualdade, tema que, desde a antiguidade clássica, já era demasiado caro à filosofia.

A sua inserção no plano jurídico pode ser indicada como coincidente com o constitucionalismo, movimento que servira de estuque ao surgimento do Estado liberal de direito.

Com efeito, à Seção I da Declaração de Direitos da Virgínia, de 16 de junho de 1776, coube o pioneirismo na explicitação do princípio, ao ditar que todos “os homens são por natureza igualmente livres e independentes”²⁷, sendo,

²⁶ Não é à toa que o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil recomenda ao juiz, na aplicação da lei, considerar os fins sociais a que aquela se dirige e as exigências do bem comum.

²⁷ O caráter precursor desse documento foi ressaltado por Carmen Lúcia Antunes Rocha (*O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990. p. 31), referenciando ainda a Constituição da Pensilvânia de 12 de novembro de 1776.

com a Constituição norte-americana²⁸, de 17 de setembro de 1787, inferido tacitamente do seu Artigo IV, Seção II, item 1, aportando no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²⁹, de 26 de agosto de 1789, de onde espraiou-se para outras constituições européias do século XIX³⁰.

A exaltação da isonomia foi uma constante nas leis fundamentais promulgadas posteriormente às duas guerras mundiais. Basta ver, dentre muitas, as Constituições do México de 1917 (art. 4º), da Alemanha de 1919 (art. 109) e de 1949 (art. 3º), da Áustria de 1920 (art. 7.1), do Japão de 1946 (art. 10º), da Itália de 1947 (art. 3º), da França de 1958 (art. 2º), da Grécia de 1975 (art. 4.1), de Portugal de 1933 (art. 5º) e 1976 (art. 13º, ° 1º), da Espanha de 1933 (art. 2º) e de 1978 (art. 14), do Chile de 1980 (art. 1º), da Holanda de 1983 (art. 4º), da Bulgária de 1991 (art. 6.1), da Romênia de 1991 (art. 4.2), da Rússia de 1993 (art. 6.2), do Uruguai de 1997 (art. 8º) e da Suíça de 1999 (art. 2º).

No Brasil, a preocupação com a garantia constitucional da igualdade foi uma constante, principiando-se com a Carta Imperial de 1824 (art. 179, §13), com reprodução nas posteriores de 1891 (art. 72, §2º), 1934 (art. 113, nº 1), 1937 (art. 112, nº 1), 1946 (art. 141, §1º), 1967 (art. 150, §1º), 1969 (art. 153, §1º), até culminar no texto promulgado em 1988 (art. 5º, I).

Particularidade da Constituição vigente, em prol duma maior afirmação do cânon, residiu na sua previsão específica com relação às diversas áreas de seu denso texto, sem que houvesse contentamento com sua explicitação genérica.

Daí se pode visualizar o ressaibo informador do vetor isonômico nas passagens, a saber: a) proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil, ou deficiência (art. 7º, XXX e XXXI), o que é extensível ao setor público (art. 39, §3º); b) a impossibilidade do legislador em estabelecer distinção entre brasilei-

²⁸ O dispositivo contém a mensagem de que os cidadãos de cada Estado gozarão, nos demais Estados, de todas as prerrogativas e garantias que gozarem os cidadãos destes. A consagração do princípio adveio reforçada com a Emenda XIV (item 01), de 09 de julho de 1868.

²⁹ Dito artigo se encontrava assim redigido: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”.

³⁰ A título exemplificativo, consultar o Preâmbulo da Constituição francesa de 03 de setembro de 1791, o art. 2º da Constituição do Ano I (1793), a Constituição portuguesa de 23 de setembro de 1822 (art.9º), a Constituição da Bélgica de 07 de fevereiro de 1831 (art. 6º), a Carta Constitucional francesa de 14 de agosto de 1830 (art. 1º) e o Preâmbulo da Constituição francesa de 04 de novembro de 1848 (IV).

ros natos e naturalizados (art. 12, §2º); c) vedação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, de criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si (art. 19, III); d) a observância pela Administração Pública da impessoalidade (art. 37, *caput*); e) a livre acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas, pelo regime de mérito (art. 37, I e II); f) à obrigatoriedade de licitação como indispensável pressuposto para as contratações administrativas (art. 37, XXI); g) proibição de instituir-se tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente (art. 150, II); g) a não possibilidade das empresas públicas e sociedades de economia mista, destinadas ao exercício de atividade econômica, de fruírem de privilégios não extensivos às do setor privado; h) a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (art. 194, parágrafo único, II); i) o acesso universal às ações e serviços de saúde (art. 196); j) a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (art. 206, II); l) a igualdade dos cônjuges na sociedade conjugal (art. 226, §5º) e da filiação (art. 227, §6º).

Exposto o desenvolvimento que alcançou o princípio na órbita constitucional, coube à doutrina lançar mão da determinação de seu conteúdo.

Sustém Larenz³¹, procurando construir exegese do art. 3º da Constituição alemã em vigor, que a igualdade proíbe diferenciações arbitrárias, de sorte a encontrar causa objetiva que, no caso concreto, a justifique. E não é só. O postulado coexiste com o da proporcionalidade, sendo de notar que o tratamento igualitário somente é admissível à medida que guarde correspondência com a situação diferenciadora que a respalde.

Daí segue, sustenta o mestre, que a isonomia não apenas torna defesa a abstenção de diferenciações quando estas contradigam uma causa evidente que resulte da natureza das coisas, mas, por outro lado, ordena que se produzam diferenciações quando estas, orientadas por um critério de justiça, visem a desigualdades resultantes de aspectos significativos e evidentes.

Nestas plagas, Celso Antônio Bandeira de Mello³², desvendando o ponto central da questão, alude à necessidade de investigar-se qual o critério diferenciador utilizado e, de outro lado, se este encontra, na situação vivenciada, justificativa racional para respaldar o tratamento desigual.

³¹ *Derecho justo – fundamentos de etica juridica*. Madri: Civitas, 1985, p. 139 e 142. Tradução e apresentação: Luiz Díez-Pacazo.

³² *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 48.

Diz o autor, em tom conclusivo: “é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto”³³.

Não distinta se mostra Carmem Lúcia Antunes Rocha³⁴. Para esta a necessidade de respeito à igualdade pretende a: a) não permissão ou manutenção de desigualdades não fundadas em critérios de fato ou legítimos de direito; b) não instituição de desigualdades entre pessoas em situações onde se permite igualação; c) não sedimentação de preconceitos ou discriminações; d) eliminação, por procedimento desigualado, de desigualdades sócio-econômicas e políticas encontradas na realidade assumida pelo Estado³⁵; e) legitimação das desigualdades quando estas forem mais relevantes para o interesse humano a ser protegido.

Em suma, a autora remata para que deva “prevalecer, como critério justo para a montagem e aplicação do princípio da igualdade, é que o elemento determinante do tratamento igual ou desigual seja o que se afasta do arbítrio e realize o ideal de Justiça prevalente na sociedade e que se justifique pela razão humana”³⁶.

Interessante saber, no âmbito do Estado, qual o destinatário do vetor isonômico³⁷. Isso porque as constituições pátrias, como é o caso da atual, optaram pela utilização da expressão “perante a lei”, o que poderia supor a restrição da força vinculativa do princípio ao seu aplicador, ou seja, aos órgãos incumbidos da função administrativa.

Ledo engano. Mesmo que assim possa parecer sob o prisma puramente gramatical, forçoso salientar que tal não exclui, antes impõe, que a obrigação de respeito à igualdade esteja presente quando da elaboração da própria norma, ou, como se convencionou atribuir no jargão jurídico, haveria que se cogitar também de “igualdade na lei”.

³³ *Loc. cit.*, p. 49.

³⁴ *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990. p. 39-40.

³⁵ Nesse ponto, conferir que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é, justamente, a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III).

³⁶ *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990. p. 40.

³⁷ Não se quer dizer que a isonomia sujeite apenas os poderes públicos. Malgrado o assunto ostente certa complexidade, decorrente da autonomia da vontade, necessário reconhecer a ingerência da isonomia nas relações entre particulares quando atingida a dignidade da pessoa humana.

Esse pensar tem granjeado integral adesão dos nossos doutrinadores, seja daqueles que escreveram sob a égide de constituições pretéritas, como é o caso de João Barbalho³⁸, San Tiago Dantas³⁹, Pontes de Miranda⁴⁰ e Pinto Ferreira⁴¹, seja pelos comentadores da Lei Fundamental de 1988. Dentre estes, destaque-se José Afonso da Silva⁴², ao explicitar que o princípio tem como destinatários, indistintamente, tanto o legislador como os aplicadores da lei.

Ponto sensível condiz com a configuração que a igualdade assume na sua vinculação do legislador.

Necessário saber se a sua influência sobre a atividade legislativa se faz apenas no sentido de impor interdições àquela, quando enverede pela senda das discriminações arbitrárias, ou se possui uma eficácia de maior densidade, traduzindo obrigação de extensão dos mandamentos legais a determinadas situações não colimadas por estes.

Atento a essa singularidade, Jorge de Miranda⁴³ expôs duas significações para o princípio. De logo, vem o sentido primário e original deste, que é o seu caráter negativo, consistindo na vedação de privilégios e de discriminações. Em segundo lugar, mais fecundo vem a ser o sentido positivo, a reclamar: a) tratamento igual ou semelhante de situações iguais ou semelhantes; b) tratamento desigual de situações substancialmente desiguais; c) tratamento em moldes de proporcionalidade de situações relativamente iguais ou desiguais; d) tratamento das situações não somente como existem, mas como devem existir⁴⁴.

³⁸ *Constituição Federal Brasileira (1891) – Comentada*. Coleção História Constitucional Brasileira. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 303.

³⁹ Igualdade perante a lei e “*due process of law*” – contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder legislativo. *Revista Forense*, p. 21, abr. 1948.

⁴⁰ *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. Tomo IV, p. 702 e 711.

⁴¹ Igualdade (direito constitucional). In: FRANÇA, Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 42, p. 161.

⁴² *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo; Malheiros Editores, 1992. p. 197.

⁴³ *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo IV, p. 238-242.

⁴⁴ Num rápido cotejo, pode-se verificar que o sentido positivo alvitado por Jorge de Miranda é bem mais amplo do que o indicado por Larenz, e aqui mencionado em instante anterior, uma vez este apenas compreender um mandamento de desigualdade para hipóteses diferentes.

Nesse último ponto, acresce o autor um competente ativo, fazendo com que a lei acarrete, por seu intermédio, o advento de situações de isonomia.

Diante disso, enumera o autor, em linhas posteriores, com o propósito de verificar o enquadramento do legislador nas balizas igualitárias, algumas situações, merecendo realce a inerente à omissão legislativa parcial – v.g., quando uma norma confere determinado direito a certas pessoas, silenciando em estendê-los a outras pessoas em posições assemelhadas – onde se mostra que a recomposição do tratamento igualitário não está em se impedir a concretização jurídica já obtida, mas, ao revés, em procurar obter, por meio da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, o suprimento desta.

A lacuna não se resolveria com o reconhecimento da inconstitucionalidade, em face da discriminação entre os destinatários da norma, resultando na sua expulsão do ordenamento jurídico. Absolutamente. A atuação da jurisdição supriria, assim, a parte omitida pelo legislador e sem a qual a norma por este editada seria inconstitucional.

O entendimento, que poderia chocar a noção tradicional construída acerca do princípio da igualdade, vem atender a uma característica inseparável dos princípios, qual seja o seu perfil positivo.

Realmente, constitui forte tendência, conforme muito bem se observa de Carmen Lúcia Antunes Rocha, que os princípios constitucionais têm funções positiva e negativa. Enquanto por via desta se rejeita a introdução no sistema normativo daquilo que se contraponha ou se incompatibilize com o quanto naqueles está assentado, pela primeira se afirma “a diretriz e o conteúdo dos sub-princípios e do regramento jurídico que se põe à observância dos membros da sociedade estatal”⁴⁵.

À vista de mais essa possibilidade, a ser extraída do culto constitucional à isonomia, é que se origina a sentença aditiva, cujo delineamento, a partir dos sistemas que a perfilharam, será objeto de melhor desenvoltura no tópico subsequente.

4. SENTENÇAS ADITIVAS: UM BREVE APANHADO DA QUESTÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Para que se possa chegar à delimitação do que vem a ser sentença aditiva, bem como o seu prestígio em alguns sistemas de fiscalização da constitucio-

⁴⁵ *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 27.

nalidade, há de se ter por ponto de partida o método da interpretação conforme a Constituição.

Referida técnica se apóia em três fundamentos. O primeiro deles decorre do papel que a Constituição exerce no ordenamento, ou, mais precisamente, do seu caráter de supremacia e de fonte central, do qual se subordina a validade das demais normas.

Disso resulta a obrigação, dirigida aos aplicadores das demais normas, sejam órgãos estatais, sejam particulares, de amoldar o sentido destas aos princípios e regras constitucionais.

Noutro plano, a interpretação conforme, tendo como ambiência a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos, resulta de imperativo imposto ao juiz e que diz respeito à eficiência da atividade estatal.

A declaração de inconstitucionalidade de regra jurídica, por partes dos tribunais, constitui, quando cotejada com o desate dos litígios ordinários, uma atividade que assume especial gravidade, ora pela insegurança jurídica que possa criar, ora por o legislador não possuir, na sua faina cotidiana, a presteza suficiente para preencher a lacuna porventura gerada pela decisão.

Imprescindível se faz que o juiz constitucional tenha consciência da enorme – e quase sempre, dispendiosa – atividade legislativa empreendida para que pudesse vir a lume a norma impugnada. Portanto, surge àquele o encargo de verificar se esta contém, nos vários sentidos que o seu texto permite interpretá-la, um que possa se harmonizar com a Lei Fundamental.

Corresponde, assim, a interpretação conforme a Constituição a um reclamo do princípio da conservação dos atos jurídicos. A idéia é bem sublinhada por Inocência Mártires Coelho:

Com efeito, ao recomendar – nisso se resume o princípio – que os aplicadores da constituição, em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, esse cânone interpretativo ao mesmo tempo em que valoriza o trabalho legislativo, aproveitando ou conservando as leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos legislativos⁴⁶.

⁴⁶ *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 137-138.

Ademais, impossível obscurecer a influência da máxima, de formulação americana, da presunção de constitucionalidade das leis. Há, em favor do legislador, a outorga de forte confiança no sentido de que a sua obra se guie pela interpretação correta da Constituição.

Dessa maneira, toda lei, grosso modo, apresenta-se compatível com a Norma Ápice, salvo quando, sem sombra de qualquer dúvida razoável, não se possa conciliar ambos os textos. Quer-se dizer que a inconstitucionalidade não se presume, cabendo ser demonstrada de modo cristalino.

Por conseguinte, mesmo que uma norma, diante da abstração de seu texto, permita vislumbrar contrariedade com a Lei Maior, mas que, igualmente, consinta, sob um determinado aspecto, uma compreensão de conformidade com esta, deve o intérprete preferir a solução que milite pela manutenção daquela no sistema jurídico.

Da interpretação conforme advêm conseqüências das mais variadas, dentre as quais, observa, com a acuidade que lhe é peculiar, García de Enterría⁴⁷, está algo além da mera exegese declarativa, importando naquela de colorido integrativo, destinada a colmatar insuficiências dos textos legais validados.

Desse efeito integrativo é que surge, exatamente, a sentença aditiva. Estas são consideradas as decisões que, num questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhe a impugnação, sem invalidá-lo.

Ao invés de aportar-se na drástica eliminação da norma jurídica, esta é mantida através do adicionamento ao seu conteúdo duma regulação que faltava para lastrear a concordância daquela à Constituição.

Nestas decisões, a estrutura literal da norma combatida se mantém inalterada, mas o órgão de jurisdição constitucional, criativamente, acrescenta àquela componente normativo, vital para que seja preservada sua conciliação com a Lei Fundamental.

A sua ocorrência coincide com as hipóteses onde o tribunal reconhece a existência de omissão parcial, justamente porque permitem o acréscimo do necessário para tornar a norma impugnada concordante com os mandamentos constitucionais.

⁴⁷ *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madri: Civitas, 1994. p. 167-196. Louva-se o autor, que aponta mais quatro resultados da interpretação conforme, no art. 1.4 do Título Preliminar do Código Civil espanhol, ao dispor que os princípios gerais do direito aplicar-se-ão na ausência de lei ou costume, sem prejuízo de seu caráter informador do ordenamento jurídico.

O foco da fiscalização da inconstitucionalidade recai não naquilo que a norma prescreve, mas, contrariamente, no fato desta não prever aquilo que deveria tratar para satisfazer ao reclamado pela Lei Máxima⁴⁸.

Dentre os vários autores, esclarecedora a definição de Zagrebelsky, ao ensinar que as sentenças aditivas, ou adjuntivas, são as

utilizadas quando uma disposição tem uma carga normativa inferior àquela que, constitucionalmente, deveria possuir. A corte constitucional interviém nestes casos declarando inconstitucional a disposição *na parte na qual não prevê algo*, pretendendo que este conteúdo normativo ulterior seja introduzido no ordenamento, não obstante em presença de um texto que – mesmo depois da sentença da corte – não é de per si idóneo a exprimi-lo⁴⁹.

Por essa técnica, o juiz constitucional pode suprir omissões levadas a cabo pelo legislador, louvando-se, para tanto, no cumprimento dos princípios constitucionais, com relação aos quais é freqüente a necessidade de observar-se a igualdade, o que justifica a atenção a esta dedicada no tópico passado, muito embora outros valores sejam levados em consideração⁵⁰.

⁴⁸ Essa a percepção que se pode haurir de abalizada doutrina (Jorge de Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Tomo VI – Inconstitucionalidade e garantia da Constituição, p. 79-80). Não obstante, na Itália, onde se pode indagar o berço das decisões adjuntivas, há quem proclame que o seu objeto seria uma norma existente (norma vivente), como é o caso de Andrea Pugiotto (Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive. In: *Giurisprudenza Costituzionale*, Milão, Dott. Antonio Giuffrè, ano XXXVII, p. 3.675, set./out. 1992), invocando como reforço, em nota de rodapé 11, opinião de G. Branca quando Presidente da Corte Constitucional. Voltaremos a essa particularidade doravante.

⁴⁹ “utilizzate quando una disposizione ha una portata normativa minore di quella che, costituzionalmente, dovrebbe avere. La corte costituzionale interviene in questi casi dichiarando incostituzionale la disposizione *nella parte in cui non prevede alcunché*, pretendendo che questo contenuto normativo ulteriore sai immerso nell’ordinamento, pur in presenza di un testo che – anche dopo la sentenza della corte – non è di per sé idóneo ad esprimerlo” (*La giustizia costituzionale*. Bolonha: Società editrice il Mulino, 1977, p. 157).

⁵⁰ Volta a anotar Jorge de Miranda (*Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Tomo VI – Inconstitucionalidade e garantia da Constituição, p. 83) a relevância aqui assumida pelo princípio da isonomia que compreende dever ser visto não mais tanto pela sua feição negativa, mas, por influxo da atualidade, pela sua vertente positiva, demandando algo além da supressão de diferenças, a importar a atribuição de benefícios por igual, nem que, em determinadas circunstâncias, tal se faça paulatinamente. Semelhante comentário se vê de Ignacio Villaverde Menéndez (*La inconstitucionalidad por omisión*. Madri: McGraw-Hill, 1997. p. 52) que, ao empregar o termo “omissões inconstitucionais relativas”, quer apontar aquelas situações onde o enunciado de uma lei vulnera o princípio da igualdade, ao excluir, sem qualquer razão justificável, um grupo determinado de pessoas do gozo de um benefício. Idem José Manuel Cardoso da Costa (*VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*. Lisboa, Relatório Geral, abril de 1987. Separata do suplemento do Boletim do Ministério da Justiça – documentação e direito comparado, p. 50). Na mesma direção, pode-se aqui consultar Gilmar Mendes (*Controle de constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 133) e Francisco Cavalcanti (*A inconstitucionalidade por omissão parcial e a revogação da Súmula nº 339 do STF*. In: BELLO FILHO, Ney de Barros (Coord.). *Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes*. São Luís: Seção Judiciária do Maranhão, 2001. p. 152-153).

Desde logo, tenho por oportuno distinguir as decisões aditivas, a que se detém este escrito, daquelas denominadas substitutivas ou manipuladoras. Nestas a corte constitucional não se restringe a preencher uma omissão, mas sim modifica, de maneira explícita, o preceito impugnado, patrocinando, desde logo, a inserção na norma invalidada da única norma reputada constitucionalmente legítima, a qual, no entanto, não tinha nenhuma existência no sistema jurídico antes do pronunciamento jurisdicional.

A menção aos estudiosos do tema torna fácil a compreensão da dessemelhança. Augusto Cerri, com clareza, enfoca a distinção:

Ao lado da *decisão* aditiva, está a *substitutiva*: neste caso, a Corte não se limita a censurar uma omissão e, portanto, a estender (ou, se é preferido, sugere a extensão de) uma norma (ou de um princípio) que pré-existe, mas, antes disto, cria essa mesma o <<vácuo>> legislativo com uma decisão de acolhimento⁵¹.

Acentuando a sua pouca freqüência perante as aditivas, as sentenças substitutivas, no dizer de Roberto Bin e Giovanni Pitruzzella: “São as decisões com as quais a Corte declara a ilegitimidade duma disposição legislativa “*na parte em que prevê X ao invés de Y*”. Com aquelas a Corte “substitui” uma locução da disposição, incompatível com a Constituição, com outra, constitucionalmente correta”⁵².

⁵¹ “Oltre la decisione additiva è quella sostitutiva: in questo caso, la Corte non si limita a censurare un’omissione e, dunque, ad estendere (o, se si preferisce, suggerire l’estensione di) una norma (o di un principio) che preesiste, ma, prima di ciò, crea essa medesima il <<vuoto>> legislativo con una decisione di accoglimento” (*Corso di giustizia costituzionale*. 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2001. p. 241).

⁵² “Sono le decisioni con cui la Corte dichiara l’illegittimità di una disposizione legislativa. Con esse la Corte “sostituisce” una locuzione della disposizione, incompatibile con la Costituzione, con altra, costituzionalmente corretta” (*Diritto costituzionale*. 3. ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2002. p. 425). Alguns exemplos podem ser constatados em pronunciamentos da Corte Constitucional italiana, mais precisamente na: a) *Sentenza* 15, de 17 de fevereiro de 1969, onde se analisava o art. 313.3 do Código Penal que, ao tipificar o delito de desacato contra a Corte Constitucional, condicionava a persecução à prévia autorização do Ministro da Justiça, havendo-se entendido, sob pretexto de violação ao art. 134 da Constituição, a consagrar a independência e autonomia da Corte Constitucional, que a esta caberia a legitimidade para tal fim; b) *Sentenza* 110/1974, ao censurar norma atributiva de competência para o Ministro da Justiça revogar medida de segurança, pondo em seu lugar o juiz de vigilância, tendo em vista estar reservada à jurisdição, nos termos do art. 13 da Constituição, todas as competências em matéria de liberdade pessoal; c) *Sentenza* 353, de 27 de julho de 1994, na qual se entendeu que o art. 600.3 do Código de Processo Penal ítico, ao facultar ao Tribunal de apelação suspender a execução provisória de uma condenação ao pagamento de pena pecuniária “quando puderem derivar-se danos graves e irreparáveis”, por ofensa à razoabilidade, constante no art. 3º da Lei Maior, em face de conferir ao juiz do recurso um amplo espaço decisório, substituindo-se a dição legal pela expressão “quando concorram motivos graves”. O mesmo foi objeto de atenção pelo Conselho Constitucional francês na DC 86, de 26 de junho de 1986, mediante a qual o art. 4º da Lei de Habilitação ao Governo para acordar privatizações, por maltrato ao art. 38 da Constituição de 1958, que cuida da legislação delegada ao Governo, tendo-se alterado a norma que atribuía ao Governo competência para privatizar sem prazo pela atribuição de idêntica competência até 11 de março de 1991.

A não admissibilidade de tal prática, no solo pátrio, parece sinalizada na ADIN 1.822-4/DF⁵³, destinada ao ataque da expressão “um terço” dos incisos I e II do §§2º a 4º, do art. 47 da Lei 9.504/97.

O Supremo Tribunal Federal reputou incabível a via eleita, anotando na respectiva ementa, quanto à inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.504/97, que

a declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo.

Efetuada tal digressão, retorna-se ao exame das decisões aditivas.

Interessante, neste ponto, a referência à acolhida que essa prática vem recebendo nalguns tribunais constitucionais.

Principia-se pelo notável desenvolvimento encontrado na Itália. Num compulsar dos anais da Corte Constitucional, pode-se vislumbrar o contido na *Sentenza* 190, de 16 de dezembro de 1970⁵⁴, a qual solucionou questionamento relacionado com o art. 304 bis do Código de Processo Penal de 1930 que, não obstante assegurar o direito do defensor a assistir perícias e exames domiciliares, manteve-se omissivo em reconhecer tal direito quanto ao interrogatório do acusado na fase de instrução, prevendo, ao invés, a presença do Ministério Público em tal ato.

A Corte, louvada no art. 24.2 da Constituição de 1947, assecuratório da inviolabilidade do direito de defesa em cada fase e grau dos processos judiciais, acolheu a ilegitimidade ativa do referido dispositivo legal no que concerne ao silêncio quanto à presença do defensor no interrogatório do réu, justamente porque este ato se refere à formação das provas na instrução.

Não esquecer que, muito embora parcela ponderável da motivação tenha gravitado em torno do direito de defesa, para demarcação da exata dimensão

⁵³ Pleno, ac. un., rel. Min. Moreira Alves, DJU de 10-12-99.

⁵⁴ Consoante Augusto Cerri (*Corso di giustizia costituzionale*. 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2001. p. 236), há precedentes mais remotos, sendo possível indicar como *leading case* a *Sentenza* 24/1957, seguida pelas *Sentenze* 168/1963 e 9/1964.

deste, a Corte se utilizou do princípio da igualdade, a informar reclamo de equilíbrio entre acusação e defesa na formação da prova durante a instrução⁵⁵.

Já recentemente se tem a *Sentenza 78*, de 11 de março de 1993, onde foi resolvida questão de inconstitucionalidade acerca do art. 9º da *Legge 389/63* que, com vistas a regular a faculdade das mulheres, seguradas domésticas, em aderir a regime voluntário de contribuição previdenciária, não previu mecanismo de adequação dos valores das contribuições frente à inflação e ao índice do custo de vida.

Com base nos arts. 3º e 38.2, ambos da Lei Fundamental italiana, os quais, respectivamente, consagram a igualdade e o direito à previdência social,

⁵⁵ Extrato dos argumentos da Corte, lançados pelo relator, Juiz Bonifácio, bem exemplificam a importância do cânon da igualdade: “Uma vez ao Ministério Público ser admitido assistir a todos os atos da instrução (art. 303, c.p.p.), em consideração à função pública que exerce no processo penal, esta função seria menosprezada e àquela regra se poria uma irracional exceção caso se excluísse o seu poder de assistir ao interrogatório. De outra parte, a particular importância do interrogatório e as conseqüências que derivam da proibição de assisti-lo, feita ao defensor, convencem que, para a remoção desta proibição, é a solução mais idônea a de restabelecer, em relação ao interrogatório, o equilíbrio do contraditório entre Ministério Público e imputado, enquanto vai também considerado que, no particular, as mais recentes inovações legislativas concorrerem para demonstrar uma tendência evolutiva mediante a qual a presença do defensor no interrogatório melhor se harmoniza do que a exclusão do Ministério Público. Portanto, segundo os critérios já enunciados pela Corte na ordenança n. 100 de 1970, e coerentemente com os princípios gerais quanto aos quais resultou inspirado o vigente Código Processual, e ainda com o princípio da inviolabilidade do direito de defesa, garantido pelo art. 24, segundo inciso, da Constituição, deve-se concluir que a paridade entre acusação e defesa vem assegurada, no quadro da legislação vigente, através da declaração de parcial ilegitimidade não do art. 303, inciso primeiro, mas do art. 304 bis, primeiro inciso, do c.p.p.” (“Poichè il pubblico ministero è ammesso ad assistere a tutti gli atti di istruzione (art. 303 c.p.p.) in considerazione della funzione pubblica da esso esplicata nel processo penale, questa funzione sarebbe menomata ed a quella regola si porrebbe una irrazionale eccezione se si escludesse il suo potere di assistere all’interrogatorio. D’altronde la particolare importanza dell’interrogatorio e le conseguenze che derivano dal divieto di assistervi fatto al difensore convincono che proprio la rimozione di questo divieto è la soluzione più idonea a ristabilire, in relazione all’interrogatorio stesso, l’equilibrio del contraddittorio tra pubblico ministero e imputado, mentre va anche considerato che proprio le più recenti innovazioni legislative concorrono a dismonstrare una tendenza evolutiva con la qual ela presenza del difensore nell’interrogatorio meglio si armoniza che non l’esclusione del pubblico ministero. Pertanto, secondo i criteri già enunciati dalla Corte nell’ordinanza n. 100 del 1970, e in coerenza con i principi generali a cui risulta ispirato il vigente codice processuale e con il principio della inviolabilità del diritto di difesa garantito dall’art. 24 secondo comma, Cost., se ne deve concludere che la parità tra accusa e difesa va assicurata, nel quadro della legislazione vigente, attraverso la dichiarazione di parziale illegittimità non dell’art. 303, comma primo, ma dell’art. 304 bis, primo comma, c.p.p.” Disponível em: www.cortecostituzionale.it. Acesso: 12-12-2005).

entendeu-se pela inconstitucionalidade, tendo em vista a falta de meio que preservasse o *quantum* nominal das contribuições efetuadas por tais seguradas⁵⁶.

Na *Sentenza* 220, de 08 de junho de 1994, agitou-se discussão sobre o art. 34.2 do Decreto Legislativo 511/46, relativo às garantias da magistratura e que, no particular do procedimento disciplinar ante o Conselho Superior da Magistratura, previa a possibilidade da defesa ser apresentada pelo indiciado ou por outro magistrado.

Compreendeu-se que, na hipótese do indiciado optar por ser defendido por outro magistrado, a norma fora omissa em nada estabelecer quando nenhum juiz aceitasse o encargo. Por isso, a eficácia do art. 24 da Constituição fez com que a Corte, declarando inconstitucional referido dispositivo, tivesse como resultado a designação, pelo Conselho Superior da Magistratura, de um magistrado para atuar como defensor de ofício.

Na Espanha, o fenômeno também está presente. Observando-se a *Sentencia* 103, de 22 de novembro de 1983, decorrente de questão de inconstitucionalidade suscitada pela Magistratura do Trabalho de Madri, relacionada ao direito de pensão postulado por pessoa do sexo masculino em virtude do falecimento de sua esposa.

A lide decorrerá da circunstância do art. 160.2 da Lei Geral de Seguridade Social, acrescentar, para a percepção do benefício pelo viúvo, que este se

⁵⁶ Interessante a transcrição da conclusão a que aportou a Corte Constitucional: “A ausência de um mecanismo de revalorização das contribuições, vertidas para a “mutualidade pensões”, em favor das seguradas domésticas, não somente discrimina, injusticadamente, tal forma assecurativa, relativa ao seguro facultativo para invalidez e a velhice – que tem idêntica estrutura técnica dos seguros assimiláveis ao setor privado – mas comporta, irracionalmente, que as seguradas domésticas que passaram do seguro facultativo à “mutualidade pensões” estejam privadas do benefício da revalorização das contribuições, da qual teriam fruído conservando a inscrição na primeira. Portanto, é ilegítimo constitucionalmente – por contraste com o art. 3º da Constituição (independentemente do também invocado art. 38 da Constituição) – o art. 9º da Lei n. 389, de 05 de março de 1963 (instituição da “mutualidade pensões” em favor das seguradas domésticas), na parte na qual não prevê um mecanismo de adequação do importe nominal das contribuições versadas”. (L’assenza di un meccanismo di rivalutazione monetaria dei contributi versati nella “mutualità pensioni” a favore delle casalinghe, non solo discrimina ingiustificatamente tale forma assicurativa rispetto all’assicurazione facoltativa per l’invalità e la vecchiaia – avente idêntica struttura tecnica e, al pari dell’altra, assimilabile alle assicurazioni del settore privato – ma comporta altresì, irrazionalmente, che le casalinghe passate dall’assicurazione facoltativa allà “mutualità pensioni” siano private del beneficio della rivalutazione dei contributi, del quale avrebbero fruito conservando l’iscrizione nella prima. Pertanto, è illegittimo costituzionalmente – per contrasto con l’art. 3 Cost. (independentemente dal pur anche invocato art. 38 Cost.) – l’art. 9, l. 5 marzo 1963, n. 389 (Istituzione della “mutualità pensioni” a favore delle casalinghe), nella parte in cui non prevede un meccanismo di adeguamento dell’importo nominale dei contributi versati”. Rel. Juiz Mengoni. Disponível em: www.cortecostituzionale.it. Acesso: 12-12-2005).

encontrasse, à época do falecimento, incapacitado para o trabalho, requisito não exigível para a viúva.

O Tribunal Constitucional reputou a existência de discriminação injustificada e, portanto, ofensiva ao princípio da igualdade que o direito dos viúvos à pensão sofra maiores limitações do que o das viúvas, assegurando àqueles o gozo de tal prestação nas mesmas condições.

A igualdade, prescrita pelo art. 14 da Constituição de 1978, serviu de estuque também a *Sentencia* 116, de 09 de julho de 1987, oriunda de questão de inconstitucionalidade suscitada pelo Contencioso-Administrativo da Audiência Territorial de Madri em face da *Ley* 37/1984.

Os fatos foram protagonizados por dezenove militares republicanos que deduziram perante o Ministério da Economia e Fazenda pleito, a fim de serem reformados, vindo a lume denegação, porquanto, pela *Ley* 37/1987, tal somente era cabível para os militares que tivessem ingressado nas Forças Armadas ao serviço da República, com a obtenção da graduação de suboficial, até 18 de julho de 1936, o que não cumpriam os requerentes, posto terem sido incorporados posteriormente.

O Tribunal, vislumbrando discriminação contrária ao princípio da igualdade, em virtude do critério meramente cronológico não ser suficiente para justificar o tratamento não paritário, adicionou aqueles que ingressaram depois de 18 de julho de 1936 como sujeitos do direito a obter a situação de reformados⁵⁷.

⁵⁷ A referência à isonomia como bússola, decorrente do fato de que, quanto aos civis anistiados, a legislação dispensou qualquer menção a tempo, é bem esgrimida na ementa do julgado: “1. Como regra geral, os valores superiores do ordenamento e os princípios constitucionais podem bastar para promover recursos ou propor questões de inconstitucionalidade. 2. A legislação de anistia, ainda que responda, em seu conjunto, a um valor superior de justiça, acha-se submetida ao princípio da igualdade (SSTC 28/1982 e 63/1983). 3. Uma vez que o legislador aplicara o critério do profissionalismo aos funcionários civis da República, para torná-los credores na plenitude dos direitos reconhecidos pela legislação de anistia, sem atender ao momento de sua incorporação à Administração, ou, o que é igual, sem referência alguma a se dita incorporação se produziu antes ou depois do começo da guerra civil, o princípio da igualdade obriga à aplicação de idêntico critério aos funcionários militares profissionais, qualquer que tenha sido a data – anterior ou posterior a 18 de julho de 1936 – de suas nomeações ou da consolidação de seus empregos com caráter definitivo”. (“1. Como regla general, los valores superiores del ordenamiento y los principios constitucionales pueden bastar para promover recursos o plantear cuestiones de inconstitucionalidad. 2. Una vez que el legislador ha aplicado el criterio de la profesionalidad a los funcionarios civiles de la República, para hacerles acredores a la plenitud de los derechos reconocidos por la legislación de amnistía, sin atender al momento de su incorporación a la Administración, o, lo que es igual, sin referencia alguna a si dicha incorporación se produjo antes o después del comienzo de la guerra civil, el principio de igualdad obliga a la aplicación de idéntico criterio a los funcionarios militares profesionales, cualquiera que haya sido la fecha – anterior o posterior al 18 de julio de 1936 – de sus nombramientos de la consolidación de sus empleos con carácter definitivo”. Pleno, Questão de Inconstitucionalidade, rel. D. Jesús Leguina Villa, publicação no BOE, edição de 29-07-87. Disponível em: www.boe.es. Acesso: 01-12-2005).

Mais uma vez a igualdade de trato jurídico ensejou decisão aditiva na *Sentencia 222*, de 11 de dezembro de 1992. Versava acerca de questão de inconstitucionalidade, oposta por juízo de primeiro grau frente ao art. 58 da Lei de Arrendamentos Urbanos que, ao prever a sub-rogação em favor do cônjuge, não contemplava as uniões concubinárias, mas tão-só as matrimoniais.

Em conseqüência, reconheceu-se a inconstitucionalidade, com a adição da sub-rogação em prol do sobrevivente que resultasse de união diversa do matrimônio civil⁵⁸.

Com o propósito de encerrar o levantamento, note-se que ao fenômeno também não restou estranho o Tribunal Constitucional português, conforme se pode notar, no conjunto de diversas manifestações, do Acórdão n.º. 545/99, proferido pela sua 2ª Seção⁵⁹.

⁵⁸ A ementa do julgado foi bastante extensa. Para uma clara visão do aspecto decisivo com que se houve a igualdade, de conferir-se os seus itens 12 e 13: “12. Os condicionamentos e limites que, em virtude do princípio da igualdade, pesam sobre o legislador, resumem-se numa tríplce exigência, pois as diferenças normativas terão de mostrar, em primeiro lugar, um fim discernível e legítimo, terão que se articular, ademais, em termos não inconsistentes com tal finalidade e deverão, por último, não incorrer em desproporções manifestas à hora de atribuir aos diferentes grupos e categorias direitos, obrigações, ou quaisquer outras situações jurídicas subjetivas (F.J. 6). 13. A união de caráter matrimonial proporciona a terceiros uma certeza jurídica nada irrelevante quando se trata do exercício de direitos frente a particulares, certeza, no caso da união <<more uxório>>, carente, por definição, de toda formalidade jurídica, mas esta consideração não dá razão bastante para a diferenciação que julgamos. A mera procura de uma maior certeza jurídica não pode levar a contrariar os imperativos da igualdade (art. 14 C.E.) e já se disse que a família é, para a Constituição, objeto de proteção em si mesma, e que a norma que assim quer não pode ser, por isso, reduzida a um mero expediente para a indireta proteção do matrimônio. Tampouco cabe olvidar, enfim, que a sub-rogação, arrendatícia que consideramos é uma das possíveis modalidades de realização do princípio rector, segundo o qual <<todos os espanhóis têm direito a desfrutar de uma morada digna e adequada>> (art. 47 C.E.) (F.J. 6)”. (12. Los condicionamientos y limites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas (F.J. 6). La unión de carácter matrimonial proporciona a terceros una certeza jurídica nada irrelevante cuando del ejercicio de derechos frente a particulares se trata, certeza en el caso de la unión <<more uxório>>, carente, por definición, de toda formalidad jurídica, pero esta consideración no da razón bastante para la diferenciación que enjuiciamos. La mera procuración de una mayor certeza jurídica no puede llevar a contrariar los imperativos de la igualdad (art. 14 C.E.) y ya se ha dicho que la familia es, para la Constitución, objeto de protección en si misma y que la norma que así lo quiere no puede ser, por ello, reducida a un mero expediente para la indirecta protección del matrimonio. Tampouco cabe olvidar, en fin, que la subrogación arrendatícia que consideramos es una de las posibles modalidades de realización del principio rector según el cual <<todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada>> (art. 47 C.E.) (F.J. 6)”. Pleno, Questão de Inconstitucionalidade, rel. D. Vicente Gimeno Sendra, publicação no BOE, edição de 19-01-93. Disponível em: www.boe.es. Acesso: 01-12-2005).

⁵⁹ A experiência vivenciada pelos irmãos lusitanos é bem mais antiga. O primeiro precedente, a bem da verdade, recua ao Acórdão n.º 95/78, proferido pela Comissão Constitucional, ao reputar inconstitucional o estabelecimento da idade para o matrimônio para o sexo feminino inferior ao daquela do sexo masculino.

O litígio decorreu de recurso interposto de decisão do Supremo Tribunal Administrativo, ao ratificar a improcedência de pleito individual que considerou, para fins da subvenção mensal devida aos titulares de cargos políticos, apenas o período de exercício do recorrente de 11 anos, desconsiderando, assim, o tempo em que este desempenhara o múnus de Secretário Adjunto do Governo de Macau.

O motivo para tanto estava em que tal cargo não fora objeto de menção pelo art. 24º, nº.1º, da Lei 4/85.

Com estuque na igualdade na lei, o Tribunal julgou inconstitucional referido preceito enquanto não considerara, para contagem do respectivo tempo de serviço, o exercício das funções de Secretário Adjunto do Governo de Macau, reformulando-se a decisão recorrida, com o deferimento do pedido⁶⁰.

Quanto ao experimento alemão, cuja descrição com maior detença fica omitida, é possível verificar-se sinalização afirmativa.

De fato, reporta-se Ignacio Villaverde Menéndez (*La inconstitucionalidad por omisión*. Madri: McGraw-Hill, 1997, p. 54-55) a que o Tribunal Constitucional, revendo o sustentado em anterior queixa constitucional (E 1, 97), deliberou em feito (E 6, 257) onde o recorrente impugnava Lei de 1951 que, para os fins de regulamentar o benefício previsto no art. 131 (situação jurídica dos antigos funcionários do serviço público), não incluía no conceito de serviço

⁶⁰ Na ocasião, asseverou a relatora, Cons. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza: “Já se decidiu, porém, neste Tribunal que violava o princípio da igualdade a não inclusão no nº 1 do artigo 24º da Lei nº 4/85 do cargo de Governador de Macau, no acórdão nº. 457/99 atrás citado. As razões aí enunciadas valem plenamente para o cargo de Secretário Adjunto do Governo de Macau. Transpondo a solução ali adoptada, o princípio da igualdade impõe que o tempo de exercício do cargo de Secretário Adjunto do Governo de Macau seja tido em conta, quer para a aquisição do direito ao pagamento da subvenção, quer para a determinação do respectivo montante, em termos idênticos aos do cargo a que se encontra equiparado. Com efeito, e para além das razões indicadas naquele acórdão, que aqui se adotam, a verdade é que as razões substanciais que justificam a atribuição da subvenção mensal vitalícia se verificam da mesma forma, quer para os cargos expressamente previstos no artigo 24º, quer para o exercício de funções no Governo de Macau. A identidade material das funções exercidas entre os membros do Governo de Macau e os do Governo da República; o interesse público em, por um lado, compensar o esforço dedicado ao exercício dessas funções com eventual prejuízo da actividade anteriormente desenvolvida e necessariamente interrompida e, por outro, afastar a consideração desse eventual prejuízo dos motivos que podem levar a aceitar ou não desempenhá-las; e, acima de tudo, a independência que se pretende no seu exercício são objectivamente as mesmas”. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em: 01-12-2005. Como a própria decisão deixa entrever, há precedente no Acórdão 220/94, relativo a idêntico pleito formulado por ex-Governador de Macau. Outros exemplos no Acórdão nº 272/99 (3ª Secção, rel. Cons. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza) e também no Acórdão nº 231/94 (Plenário, rel. Cons. António Vitorino), este último proferido em sede de fiscalização abstrata.

público a instituição onde prestara serviços até 1944 (Cruz Vermelha), sendo possível o controle de tal omissão legislativa, com o deferimento da vantagem aos destinatários excluídos.

No caso concreto, o pedido não fora concedido à luz de que referida instituição não pode ser considerada corporação de direito público, não havendo, assim, atentado ao art. 3º da Constituição, relativo à garantia de igualdade jurídica.

5. SENTENÇAS ADITIVAS: ÓBICES, LIMITES E EFICÁCIA.

Feita a exemplificação dessa modalidade de deliberações na praxe de algumas cortes constitucionais, impossível desprezar o exame dos óbices que lhe são apontados pela doutrina, juntamente com a preocupação em torno dos seus limites e efeitos.

No que concerne aos empecilhos apostos às decisões aditivas, ressalte-se que o principal deles pode ser sintetizado através duma inadmissível invasão do campo destinado ao atuar do legislador.

Secundando tal estorvo, mas acrescentando outro, inerente à intromissão na esfera reservada aos juízes ordinários, Zagrebelsky remata:

Em suma, não parece possível sair deste dilema: se a norma está presente no sistema, compete aos juízes (todos os juízes) extraí-la; caso não exista, compete ao legislador (somente ao legislador) estabelecê-la. Intervindo, ao invés, a corte constitucional, no primeiro caso, viola a esfera de competência dos juízes; no segundo caso, a do legislador⁶¹.

⁶¹ Insomma, non sembra possibile uscire da questo dilemma: se la norma è presente nel sistema, spetta ai giudici (tutti i giudici) ricavarla; se non c'è, spetta al legislatore (solo al legislatore) stabilirla. Intervenedo invece la corte costituzionale, nel primo caso viola la sfera di competenza dei giudici, nel secondo caso quella del legislatore”(*La giustizia costituzionale*. Bolonha: Società editrice il Mulino, 1977, p. 161). Em obra escrita quinze anos depois, no ano de 1992 (*El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia*. 6. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p. 152-153), o autor reafirmou seu pensamento, admoestando que num risco de exercício alternativo do direito incorre a Corte Constitucional quando pretende decidir as questões de inconstitucionalidade sem limitar-se à eliminação da norma impugnada, mas, diferentemente, estabelecendo, a partir da Constituição, a regra correta, o que debilita as atribuições do legislador e o caráter político da função deste, reduzindo suas leis a tímidas propostas facultativas.

Quanto à possível usurpação da função legislativa – que, diga-se de passagem, até bem pouco não vem encontrando maiores resistências do Parlamento⁶² –, a doutrina engendrou dualidade de argumentos que tornam tal alegação com viabilidade apenas aparente.

Na esteira de Crisafulli⁶³, em obra elaborada conjuntamente com Livio Paladin, a Corte Constitucional, mediante as sentenças aditivas, não cria livremente norma jurídica, como o faz o legislador, limitando-se a individuar aquela que, presente no ordenamento, ou suscetível de extração dos princípios constitucionais, é capaz de preencher o vazio que deriva da omissão reconhecida pela decisão.

A essa percepção se apresentam favoráveis Franco Modugno & Paolo Carnevale⁶⁴ e Leopoldo Elia⁶⁵.

⁶² Essa informação nos é fornecida por Leopoldo Elia (*Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale. In: Scritti sul a giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1985, p. 314-318), ao fazer referência ao funcionamento dos comitês de estudo para o exame dos problemas institucionais, constituídos na Câmara e no Senado, em 1982. Enfocando a atividade de ditos órgãos no período de 1982 a 1984, rico em deliberações parlamentares, não se notou, na Câmara, crítica a propósito das sentenças criativas, salvo as posições dos Deputados Pazzaglia (MSI) e Bozzi (PLI), que não recebeu adesão dos expoentes dos demais partidos. Pelo contrário, a presidência do comitê, ocupada pelo Deputado Roland Riz, em seu relatório, realçava o posto de singular relevo da Corte Constitucional, com o reconhecimento favorável à sua atuação na centralização do controle da constitucionalidade das leis, atribuindo à evolução de sua atividade, relacionada à tipologia das sentenças interpretativas, a uma lentidão da resposta dos órgãos legislativos em reparar os atos que editam. No comitê senatorial, raros foram os acenos em desfavor da Corte Constitucional. Não obstante, adveio documento apresentado pela Senadora Branca, da esquerda independente, propondo reformas à instituição, acompanhado de forte libelo à função aditiva por aquela assumida. Interessante se faz a leitura de passagem de dita manifestação: “Dever-se-iam proibir as sentenças aditivas: elas criam normas novas e, por isto, são expressão de um poder normativo que à Corte não compete, porque nem a Constituição nem outro lho deu. Então, se, por ex., a lei atribui uma vantagem a uma categoria de pessoas, negando-a a outra categoria, a Corte constitucional, quando se convença que isto contrasta com o princípio da igualdade, deverá, nem mais nem menos, anular a lei: com a consequência de tolher a vantagem àquela categoria, sem danos para o Estado, ao invés de estendê-la, com uma sentença aditiva, às outras categorias”. (“Si dovrebbero vietare le sentenze additive: esse creano norme nuove e perciò sono espressione di un potere normativo che allá Corte non spetta perché né la Costituzione né altro glielo danno. Dunque, se per es. la legge attribuisce un vantaggio a una categoria de persone e lo nega ad altre categorie, la Corte costituzionale, quando si convinca che ciò contrasti col principio di eguaglianza, dovrà né piú né meno annullare la legge: colla conseguenza di togliere il vantaggio a quella categoria senza danni per lo Stato invece di estenderlo, con una sentenza c.d. additiva, alle altre categorie”. *Loc. cit.*, p. 316). Em sua conclusão, a parlamentar reputa inacreditável a postura tolerante do Parlamento frente a tal desvio de poder.

⁶³ *Comentário breve alla Costituzione*. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990. p. 802.

⁶⁴ *Sentenze additive, <<soluzione costituzionalmente obbligata>> e declaratória di inammissibilità per mancata indicazione del <<verso>> della richiesta addizione. In: Giurisprudenza Costituzionale*, Milão, Dott. Antonio Giuffrè, ano XXXV, p.522. 1990).

⁶⁵ *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale. In: Scritti sul a giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1985. p. 303.

Por isso, não há que se equiparar tal atividade à legislação. O complemento introduzido pelas decisões em exame, além de efeito indireto da declaração de inconstitucionalidade, não deriva de pura imaginação da Corte Constitucional, mas de integração analógica resultante de outras normas ou princípios constitucionais, cuja descoberta advém do engenho daquela.

Perfilha o juiz constitucional, apenas e tão-só, solução constitucionalmente obrigatória, ou, para utilizar expressão cunhada para tanto, decide-se *a rime obbligate*.

Noutro passo, viceja raciocínio, com prestígio doutrinário⁶⁶, segundo o qual o objeto principal da sentença aditiva apenas ilusoriamente seria uma omissão legislativa parcial. Diversamente, constitui uma norma vivente a patrocinar exclusão não consentida constitucionalmente.

Daí que o perfil supressivo, assimilável ao legislador negativo, teria a serventia de contribuir para afastar a censura de apoderamento da função legislativa.

A crítica também se ampara na imputação de que aos juízes faltaria indispensável lastro democrático, para o fim de promover alterações, pela via da interpretação, aos ditames originais do legislador.

O obstáculo, que reconduz ao dilema da legitimidade da jurisdição constitucional, não mais convence.

Cappelletti⁶⁷, com base em cinco sólidas razões, demonstra a necessária legitimidade que usufrui, na atualidade, a jurisdição constitucional, acompanhada da capacidade criadora dos seus integrantes. Isto porque: a) se acha dissipada a ilusão ocidental relativa à capacidade dos ramos políticos (Executivo e Legislativo) em materializar o consentimento dos governados; b) não se pode

⁶⁶ Cf. Andréa Pugiotto *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*. In: *Giurisprudenza Costituzionale*, Milão, Dott. Antonio Giuffrè, ano XXXVII, p. 3.674-3679, set./out. 1992). À página 3.675, mais precisamente no rodapé 11, tem-se que, à época da Sentenza 190/1970, dessa compreensão partilhou a então Presidente, Juíza Branca, ao sustentar: “Quanto, afinal, à norma que tínhamos anulado, a qual não estava materialmente escrita no código, mas existia (tanto é verdadeiro que o advogado não tinha direito de ingresso no interrogatório); por isto, tínhamos podido suprimi-la, não diversamente caso a lei tivesse dito igualmente “ao interrogatório não pode assistir o advogado”. (“Quanto, poi, allá norma che abbiamo annullato, essa non era materialmente scritta nel código, ma esisteva (tanto è vero che l’avvocato non aveva diritto di ingresso nell’interrogatório); perciò abbiamo potuto sopprimerla non diversamente che se la legge avesse detto pari pari “all’interrogatório non può assistire l’avvocato”).

⁶⁷ Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 622-633.

negar o esforço dos tribunais em modelar suas decisões, não com arrimo nas idiosincrasias e predileções subjetivas de seus membros, mas com o escopo de permanecerem fiéis ao sentido de justiça e de equidade da comunidade; c) a justiça constitucional configura mecanismo de aumento da representatividade global do sistema através da proteção dos grupos que não têm acesso aos ramos políticos do Estado (Legislativo e Executivo); d) seja pela possibilidade de seleção dos juízes dentre as diversas camadas da população, seja pelas facilidades para que todos os interessados possam aceder aos tribunais, a jurisdição constitui, no Estado democrático, um forte sentimento de participação diante duma legislação e máquina burocrática distantes; e) considerando-se que uma democracia não poderá subsistir numa conjuntura onde os direitos e liberdades dos cidadãos careçam de proteção eficaz, apresenta-se como essencial daquela o controle judicial dos ramos políticos, porquanto a idéia democrática não se resume a simples maiorias, significando também participação, liberdade e tolerância.

Esses argumentos, cuja dissecação se dispensa, por não se comportar nos lindes deste trabalho, espancam qualquer dúvida quanto a ser legítimo ao juiz constitucional, tanto no sistema difuso quanto no concentrado, assumir, no exame de eventuais contrastes entre a Constituição e os atos estatais, uma postura ativa, dinâmica e criadora, objetivando, assim, garantir um adequado controle do poder frente ao arbítrio.

À derradeira, impende acrescentar, em face da ainda constante invocação do juiz constitucional como mero legislador negativo, duas observações. A primeira delas reside em que Kelsen, ao moldar sua teorização acerca do tribunal constitucional na década de 1920, não previu – nem poderia fazê-lo – todas as nuances do desenvolvimento a ser alcançado pela atividade daquele, de sorte a não ser de todo indevido afirmar que, nalgumas de suas manifestações, haveria que emergir também decisões de caráter normativo.

Em segundo lugar, calha advertir a forte hostilidade existente na Europa, durante o interregno entre as duas grandes conflagrações mundiais, à implantação da jurisdição constitucional, mesmo com funções eminentemente de legislador negativo.

Lastreando a forte tendência dum autoritarismo de direita, que iria embevecer a Europa Ocidental nessa época, a instituição dos tribunais constitucionais encontrava, sob o plano teórico, forte resistência em Carl Schmitt⁶⁸. Com arri-

⁶⁸ Cf. *La defensa de la Constitución*. 2. ed. Madri: Tecnos, 1998. Tradução: Manuel Sanchez Sarto. Prólogo: Pedro de Vega).

mo em que a essência da Constituição residiria em contrato firmado entre o Governo e a representação nacional, aquele chegara a propor que a defesa daquela caberia ao Presidente do Reich, o qual reunia os atributos de neutralidade e independência perante os partidos políticos. Revivia a teoria do *pouvoir neutre* de Constant e que inspirara a Constituição francesa de 1814.

E não é só. Para Schmitt tal alcançava amparo junto ao princípio democrático⁶⁹.

Uma convincente amostra do clima não propício ao triunfo da jurisdição constitucional pode ser exemplificada pelos trabalhos preparatórios da Constituição espanhola de 1931 que, para orgulho dos juristas ibéricos, teve como ponto de relevo a criação do Tribunal de Garantias Constitucionais, malgrado a sua efêmera vigência.

Da retrospectiva exposta por Juan Manuel López Ulla⁷⁰ é possível notar, dentre os constituintes, várias posições contrastantes com a do mestre austríaco, a saber: a) a repulsa do modelo concentrado da constitucionalidade das leis, caracterizado pela expulsão da norma do sistema, o qual significava pôr o tribunal constitucional acima do Parlamento, sendo admissível apenas a inaplicação, pelos organismos judiciais, das leis que não se adaptassem à Constituição (Royo Villanova); b) o perigo, em detrimento do funcionamento das instituições democráticas, a ser derivado duma excessiva atividade controladora dos juízes (Elo-la); c) a oposição ao controle difuso da constitucionalidade, nos moldes dos

⁶⁹ Para fins ilustrativos, revela-se com interesse a transcrição de aporte conclusivo do autor: “Que o Presidente do Reich seja o protetor da Constituição também corresponde, entretanto, ao princípio democrático sobre o qual descansa a Constituição de Weimar. O Presidente do Reich é eleito por todo o povo alemão, e suas faculdades políticas frente aos organismos legislativos (particularmente a de dissolver o Reichstag e a de promover um plebiscito) são, por natureza, uma <<apelação ao povo>>. Formando o Presidente do Reich o centro de um sistema de instituições e atribuições tanto plebiscitárias como neutralizadoras em face da política de partidos, a vigente Constituição do Reich trata de criar, partindo de princípios precisamente democráticos, um contrapeso ao pluralismo dos grupos sociais e econômicos do poder e garantir a unidade do povo como conjunto político”. (Que el Presidente del Reich sea el protector de la Constitución corresponde también, empero, al principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar. El Presidente del Reich es elegido por el pueblo alemán entero, y sus facultades políticas frente a los organismos legislativos (particularmente la de disolver el Reichstag y la de promover un plebiscito) son, por naturaleza, una <<apelación al pueblo>>. Haciendo al Presidente del Reich centro de un sistema de instituciones y atribuciones tanto plebiscitarias como neutralizadoras en orden a la política de partidos, la vigente Constitución del Reich trata de crear, partiendo de principios precisamente democráticos, un contrapeso al pluralismo de los grupos sociales y económicos del poder, y de garantizar la unidad del pueblo como conjunto político” (*La defensa de la Constitución*. 2. ed. Madri: Tecnos, 1998, p. 250. Tradução: Manuel Sanchez Sarto. Prólogo: Pedro de Vega).

⁷⁰ Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes. Madri: Tecnos, 199, p. 64-73. Prólogo: López Guerra.

Estados Unidos da América, em virtude da desconfiança na pessoa dos juízes, seja pelo seu conservadorismo ideológico, seja pela sua atitude complacente durante a ditadura de Primo Rivera (Salazar Alonso, Fernández Clérigo, Quintana Leon e Barriobero e Madariaga Rojo); d) a instituição, ao invés do Tribunal de Garantias Constitucionais, de um controle prévio da constitucionalidade, a cargo de um órgão político, a ser denominado de Conselho da República (Xirau e Franco).

Num ambiente de certa maneira adverso como esse, não poderia Kelsen nem cogitar de qualquer atividade criativa pelo tribunal constitucional, apresentando-se compulsório o encerro deste nos confins do que se denominou de legislador negativo, postura que, naquele instante, já se afigurava um tanto herética. Fazia-se prioritário, na ocasião, a afirmação da jurisdição constitucional como controle do poder estatal, sem contar que uma investida precipitada numa maior elasticidade das funções daquela poria em risco o meritório intento.

Isso, todavia, não teve o condão de impedir um maior desenvolvimento da missão das cortes constitucionais, levado a cabo com o propósito de contribuir para a concretização dos direitos fundamentais.

Visto não se mostrarem suficientes os estorvos às decisões aditivas, oriundos de uma visível intromissão na função legislativa, também não calha falar-se que, em assim agindo, estaria a Corte Constitucional penetrando em terreno exclusivo aos juízes ordinários.

O argumento, lembrado há pouco através do escólio de Zagrebelsky, e que possuiria sentido apenas quanto aos sistemas jurídicos que distinguem com nitidez Tribunal Constitucional e Judiciário, nem mesmo assim seduz.

Quando se diz, nesses sistemas, que aos juízes e tribunais ordinários tocam, na sua atividade de composição de litígios, enveredar pela técnica da interpretação conforme a Constituição⁷¹, apenas se almeja dizer que aqueles não carecem, mesmo diante da existência de um tribunal constitucional, de qualquer competência nessa matéria. Isso deriva da incontestável realidade da Lei Fundamental, na sua superioridade, ser tida como elemento de coordenação e integração de todo o ordenamento jurídico.

Mas daí não constitui o mais correto rematar que o Tribunal Constitucional esteja interditado em fazer uso da técnica da interpretação conforme. Absolutamente. Àquele, na qualidade de juiz constitucional em sentido estrito, em contraposição aos juízes constitucionais em sentido amplo, não está excluído de conservar um determinado ato normativo unicamente numa exegese em que se amolda com o prescrito pela Lei Maior.

⁷¹ Na Espanha, essa atribuição dos juízes e tribunais ordinários consta do art. 5º da Lei Orgânica do Poder Judicial.

Essa distinção entre as categorias de juízes constitucionais, cuja formulação é encontrada em Pablo Pérez Tremps⁷², mostra, como este chega a afirmar, que a criação de uma jurisdição constitucional *ad hoc* não supõe uma dualidade impermeável do ordenamento. Daí não ser possível afastar o juiz constitucional em sentido estrito, na condição de guardião-mor da Constituição, de interpretar, de acordo com as diretrizes traçadas por esta, os atos estatais que lhe estão em patamar inferior.

Discutidos esses pontos de crítica, mister notar que a admissibilidade das sentenças aditivas encontra imprescindíveis limites.

Emergem, de logo, as situações onde se apresenta a exigibilidade de monopólio de atuação do Legislativo, como se tem em matéria penal quando haja possibilidade de agravamento da posição do imputado, em virtude da influência do princípio da legalidade na definição de crimes e cominação de penas.

Também em atenção à reserva legal, é de estender-se a restrição à seara tributária, em face de, grosso modo, a criação e majoração de tributos somente poder resultar de lei que expresse o consentimento dos governados quanto à sua imposição.

Outro limite reside nas decisões que, estendendo benefícios antes restritos a determinados administrados, implica criação de despesas a serem cobertas com respaldo orçamentário.

Na Itália, tal gerou acerbo debate, *ex vi* do art. 81 da Constituição de 1947⁷³, e principalmente porque a Corte Constitucional não chegara a descartar, de modo absoluto, tais decisões, consoante Augusto Cerri, surgindo, ainda nas trilhas das informações deste, variadas tendências na doutrina⁷⁴.

⁷² *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 190-192. Prólogo: Jorge de Esteban.

⁷³ Tal preceito disciplina a aprovação, a cargo das Câmaras, do orçamento, a qual se dá mediante lei.

⁷⁴ Às páginas 239-240 do seu *Corso di giustizia costituzionale*, agrupam-se as orientações seguintes: a) favorável à sua definitiva exclusão, por não respeitar o princípio da cobertura financeira (Caianeillo); b) não se atribuir o surgimento de novas despesas ao pronunciamento da Corte Constitucional, mas aos vícios do sistema legislativo (Donati); c) criação de um item do orçamento destinado ao custeio das despesas advindas com as decisões aditivas (Crisafulli); d) cobertura automática dessas decisões através da repartição entre os velhos e novos beneficiários dos fundos para tanto destinados (Grosso); e) prolação de sentença de incompatibilidade sem efeitos imediatos (Zagrebelsky). Provocadora de ácida polêmica foi a *Sentenza* 219/1975 que estendeu, em favor dos professores universitários, o tratamento econômico dispensado aos funcionários da carreira diretiva, de maneira que a Comissão de Negócios Constitucionais da Câmara dos Deputados, através do Boletim de 15 de outubro de 1975, sugerira ao Governo o repúdio à sua condição vinculativa, com base no agravo dos ônus orçamentários que a Corte Constitucional, com sua intervenção quase-legislativa, não poderia determinar.

A resolução do impasse adveio com a formulação das decisões aditivas de princípio, consistente na circunstância de que a declaração de parcial ilegitimidade das normas impugnadas vem acompanhada da imposição de novas medidas, tidas como constitucionalmente imprescindíveis, e confiadas à intervenção do legislador, o qual deve atuar para legar concreção às indicações da Corte Constitucional⁷⁵.

Outro ponto a ser observado condiz com os efeitos a serem legados às adições construídas pelo juiz constitucional. Não há uma regra absoluta, antes sofrendo a questão as oscilações inerentes aos diversos sistemas jurídicos que adotam a praxe.

⁷⁵ Uma abordagem densa das sentenças aditivas de princípio foi ultimada por Gian Paolo Dolso (Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive. In: *Giurisprudenza Costituzionale*, Milão, Dott. Antonio Giuffrè, ano XLIV, p. 4109-4165, nov./dez. 1999). Neste escrito são referenciados muitos exemplos. Um dos precedentes inaugurais consistiu na *Sentenza* 497/1988, através da qual se declarou ilegítima previsão de indenização, relacionada com desocupação forçada, na parte em que não se previa um mecanismo de atualização monetária. A particularidade da deliberação estava no seguinte: não podendo mais a parte tida como inconstitucional encontrar aplicação, a individualização da norma a reger o caso concreto restava confiada, até posterior atuação do legislador, ao juiz. O mesmo praticamente veio a suceder-se com a *Sentenza* 307/1990, onde atacada regra que, em sede de campanha de vacinação anti-poliomielite, não previa uma indenização equitativa fora das hipóteses do art. 2.043 do Código Civil de 1942. Assegurou-se compensação equitativa mesmo fora das hipóteses legais, atribuindo-se ao juiz sua quantificação em concreto até que interviesse o Legislativo. O trato da matéria veio a sofrer sensível mudança a partir da *Sentenza* 243/1993, responsável pela declaração de inconstitucionalidade da norma que não previa o cômputo da indenização integrativa especial para os servidores públicos, para fins do cálculo do T.F.R., a exemplo do praticado com os empregados da iniciativa privada. Apesar do reconhecimento da necessidade do acolhimento do pedido, a Corte entendeu competir necessariamente ao legislador a predisposição do mecanismo idôneo a realizar o equilíbrio reclamado constitucionalmente. Posteriormente, chamou a atenção a *Sentenza* 309/1999, originada de questão de inconstitucionalidade, submetida pelo Pretor de Veneza, onde se discutia sobre a aplicação da *Legge* 833/1978, que limita a assistência à saúde aos cidadãos italianos que se achem no exterior por motivos de estudo ou trabalho, em prol de italiana que fora forçada, nos Estados Unidos, a arcar com vultoso custo terapêutico de urgência. A Corte, embora afirmando que o princípio insculpido no art. 32 da Constituição garante a cura gratuita do cidadão carente de recursos econômicos no exterior, susteve ser da alçada do legislador a identificação dos tipos de patologias em razão das quais o indigente, que se encontra no exterior, faça jus a tal direito. Esta sistemática – advirta-se – na forma que vem sendo ultimamente posta em prática, é capaz de inserir a Corte numa situação assaz difícil quanto à efetividade de suas decisões caso se venha a ocorrer uma contínua e demorada inércia legislativa. Postura semelhante à versão inicial das aditivas de princípio teve lugar aqui quanto ao mandado de injunção, conforme se pode ver do MI 283-5/400-DF (Pleno, mv, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 14-11-91), relativo à compensação pecuniária prevista no art. 8º, §3º, do ADCT, tendo se deliberado pela notificação ao Congresso Nacional da mora legislativa, com a assinatura de prazo para saná-la, consistente no processo legislativo de urgência, acrescido de 15 dias úteis, destinados à sanção presidencial. Expirado *in albis* tal lapso, poderiam os impetrantes ajuizar, no juízo competente, a ação destinada ao gozo do direito. Sobrevindo lei sobre o assunto, esta poderia ser aplicada retroativamente caso estipulasse condições mais favoráveis.

Investigando-se a realidade italiana, pode-se observar uma fuga em atenção ao rigorismo do art. 136.1 da Constituição de 1947⁷⁶, ao prescrever, nas decisões de acolhimento, a cessação da eficácia da norma a contar do dia seguinte à correspondente publicação.

Como bem delinea Andréa Pugiotto⁷⁷, forte na teoria do *diritto vivente*, necessário distinguir-se entre a parte em que se reconhece uma inconstitucionalidade, em face duma exclusão incompatível com o princípio da igualdade ou outro postulado magno, daquela aditiva propriamente dita. Somente no primeiro caso, no qual se tem o reconhecimento duma violação à Constituição, é que há que se falar de efeitos *erga omnes*, enquanto que, no concernente ao acréscimo proposto pela Corte Constitucional, a sua validade se dá apenas como proposta hermenêutica, de caráter persuasivo, a ser submetida à apreciação dos juízes e tribunais ordinários. Trata-se, nesta hipótese, de algo igual a decisão de rejeição da arguição de inconstitucionalidade (*sentenza di rigetto*).

A despeito de dissonância com o prevalecente nestas plagas, como se anotará adiante, o entendimento – frise-se – mereceu o beneplácito da própria Corte Constitucional⁷⁸.

Na Espanha, prepondera o regramento do art. 164 da Constituição de 1978. Desse modo, não se limitando à estimação de um direito subjetivo, a

⁷⁶ O dispositivo tem a seguinte redação: “Art. 136. Quando a Corte declara a ilegitimidade constitucional duma norma de lei, ou de ato que tenha força de lei, a norma cessa de ter eficácia desde o dia seguinte à publicação da decisão”. (Art. 136. Quando la Corte dichiara l’`illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, a norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo allá pubblicazione della decisione”. Disponível em: www.constitution.org. Acesso em 31-01-2002).

⁷⁷ Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive. In: *Giurisprudenza Costituzionale*, Milão, Dott. Antonio Giuffrè, ano XXXVII, p. 3.680-3.681, set./out. 1992.

⁷⁸ Essa idéia resulta clara da *Sentenza* 295/1991, em cujo texto se infere: “A declaração de ilegitimidade constitucional duma omissão legislativa – como é aquela reconhecida na hipótese de falta de previsão, por parte da norma de lei reguladora de um direito constitucionalmente garantido, de um mecanismo idóneo a assegurar-lhe a efetividade – enquanto deixa ao legislador sua inegável competência de introduzir e disciplinar, inclusive retroativamente, tal mecanismo em sede de normatividade abstrata, fornece aquela um princípio com o qual o juiz comum está habilitado a fazer referência para pôr remédio à omissão em direção à individualização da regra do caso concreto”. (La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una omissione legislativa – com’è quella ravvisata nell’ipotesi di mancata previsione, da parte della norma di legge regolatrice di un diritto costituzionalmente garantito, di un meccanismo idóneo ad assicurarne la effettività – mentre lascia al legislatore, nella sua innegabile competenza, di introdurre e di disciplinare anche retroattivamente tale meccanismo in via di normazione astratta, somministra essa stessa un principio cui il giudice comune è abilitato a far riferimento per porre frattanto rimedio all’omissione in via di individuazione della regola del caso concreto”. *Juízo de Ilegitimidade Constitucional em Via Incidental*. Rel. Juiz Corosanti. Disponível em www.cortecostituzionale.it. Acesso em 19-12-2005). Em feito da mesma natureza, a orientação se repetiu com a *Sentenza* 421/1991, rel. Juiz Mengoni.

decisão terá efeitos contra todos, o que, como sinaliza Ignacio Torres Muro⁷⁹, não é diverso às situações de inconstitucionalidade sem nulidade, nas quais se enquadram as sentenças aditivas.

No sistema jurídico lusitano, há que se observar se a decisão tenha sido proferida no âmbito da fiscalização abstrata ou concreta. Tendo sido nesta, a eficácia é *inter partes*, podendo ser atribuída força obrigatória geral caso a matéria venha a ser objeto de idêntica decisão, pelo Tribunal Constitucional, em três julgamentos, nos moldes do art. 281º, nº 3º, da Constituição de 1976.

6. ANÁLISE DA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ALGUNS REMATES

O dilema da omissão parcial em cotejo com o princípio da isonomia não passou despercebido entre nós, havendo frequentado os anais do Supremo Tribunal Federal.

Com a advertência de que os arestos citados no tópico 1 deste não tratam de questão idêntica, ficando seus préstimos restritos ao reconhecimento da concepção de que o Judiciário, na fiscalização da constitucionalidade, não deve ir além do papel do legislador negativo, é de citar-se que o tema foi inicialmente enfrentado quando da Súmula 339 do Pretório Excelso, ao assentar o não cabimento, através de ato judicial, da elevação de vencimentos de servidores públicos, mesmo sob o pretexto de afronta à isonomia.

Como indicado em seus precedentes⁸⁰, exarados sob a égide da Constituição de 1946, razão para tanto recaiu na preponderância do pensar de que ao Judiciário é indevido o exercício de função legislativa e, portanto, não poderia retificar eventual injustiça do legislador.

Extrato de pronunciamento do Min. Nelson Hungria, no RE 42.186 – MA, exprime o posicionamento sobre a questão:

Conforme deflui do nosso sistema constitucional e tem sido reiteradamente acentuado pela jurisprudência, inclusive a desta Suprema Corte, o Po-

⁷⁹ La Constitución española de 1978 - sinopsis. Comentário ao art. 164. Disponível em: www.congreso.es/constitución. Acesso em: 28-03-2005.

⁸⁰ Deram ensejo ao excerto sumular os Recursos Extraordinários 40.914 – DF (1ª T., mv, rel. Min. Cândido Mota, Aud. de Publ. de 06-04-60), 42.186 – MA (1ª T., ac. un., rel. Min. Nelson Hungria, Aud. de Publ. de 21-09-60), 46.948 – PR (2ª T., ac. un., rel. Min. Victor Nunes, Aud. de Publ. de 02-05-62) e ROMS 9.611 – RS (Pleno, ac. un., rel. Min. Victor Nunes, Aud. De Publ. de 24-07-63).

der Judiciário não pode, a pretexto algum, usurpar a função legislativa de aumentar vencimentos. Se há injustiça na desigualdade de vencimentos em tal ou qual quadro de funcionários, somente a lei pode corrigi-la. O § 1º do art. 141 da Constituição Federal não tem o sentido ou extensão que lhe atribui o acórdão recorrido.

Tornando à baila o tema, já agora por ocasião da Lei Maior vigente, o Supremo Tribunal Federal insistiu na manutenção da orientação outrora perfilhada. Para tanto, observe-se a ADIN 529-4/DF⁸¹, instaurada com o propósito de sanar omissão constante da MP 296, de 29-05-91, que instituíra, ao promover a alteração da remuneração dos servidores públicos, tratamento diferenciado entre os servidores civis do Poder Executivo e entre estes e os servidores públicos militares. A peculiaridade do pedido esteve em que, ao invés de postular-se que o tribunal suprisse a omissão, proferindo decisão extensiva aos excluídos, houvesse determinação ao Presidente da República para que, em prazo assinado, editasse outra medida provisória conforme com a Constituição.

Como se percebe do voto do relator, Min. Sepúlveda Pertence, restou mantido o entendimento já tradicional da Corte, não obstante ressaltar-se que a questão deveria ser solucionada sob o ângulo da inconstitucionalidade por omissão⁸², principalmente porque, diante dos termos do art. 103, § 2º, da Lei Máxima, aquela se resolve mediante comunicação ao Poder competente para as providências necessárias.

Pareceu mudança de orientação o deliberado no RMS 22.307-DF⁸³. Dando provimento à irresignação dos impetrantes, deferiu-se parcialmente a segurança, reconhecendo-se parcialmente àqueles o direito ao reajuste de

⁸¹ Pleno, ac. un., DJU de 05-03-93.

⁸² Disse S. Exa., reportando-se ao voto que proferira na ADIN 525: “A solução oposta – a da omissão parcial – seria satisfatória, se resultasse na extensão do aumento – alegadamente, simples reajuste monetário –, a todos quantos sofrem com a mesma intensidade a depreciação inflacionária dos vencimentos. A essa extensão da lei, contudo, faltam poderes ao Tribunal, que, à luz do art. 103, § 2º, CF, declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei – seja ela absoluta ou relativa, há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente, para que a supra”. Secundando tais argumentos, o Min. Carlos Velloso aduziu: “Ora, o constituinte quando introduziu a inconstitucionalidade por omissão, na jurisdição constitucional brasileira, teve esta como um plus, vale dizer, como forma de ampliar a garantia, quer sob o ponto de vista objetivo, quer sob o prisma subjetivo. Na inconstitucionalidade por omissão, obtém-se, na verdade, muito menos do que se estivéssemos a considerar a inconstitucionalidade por ação. Obtém-se menos, tendo em vista o que dispõe o § 2º do art. 103 da Constituição”.

⁸³ Pleno, mv, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 13-06-97.

28,86%. Raciocinou-se no sentido de que da interpretação conjugada das Leis 8.622/93 e 8.627/93 adveio revisão geral de vencimentos em prol dos servidores militares e, por isso, extensível aos civis, como já aplicado, administrativamente, pelo Legislativo, Judiciário, Tribunal de Contas e Ministério Público da União.

Muito embora tenha o pronunciamento se louvado na isonomia, penso que tal não autoriza o remate de que a orientação, já tradicional em sede de omissão legislativa parcial, tenha sido afastada, uma vez prescindir-se, para tanto, da necessidade de lei específica.

É que, na hipótese, havia dispositivo da Constituição originária (art. 37, XV) que, esmiuçando a consagração da isonomia, possuía colorido específico, ao prescrever que a revisão geral de remuneração dos servidores públicos, sem distinção entre civis e militares, deveria ser efetuada sempre na mesma data.

Portanto, a extensão da disciplina em prol da categoria não abrangida emanou diretamente da Constituição, através de norma própria, sem que fosse decisiva a invocação do princípio geral da igualdade.

Em assentada subsequente, o Supremo Tribunal Federal deixou escapar conveniente oportunidade para a formulação da admissibilidade das decisões aditivas. Estava-se diante da ADIN 2.251–DF⁸⁴, na qual eram atacados vários dispositivos da MP 1.984/2000, entre os quais o que, acrescentando o art. 4º-A à Lei 8.437/92, estatuiu que, nas ações rescisórias propostas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e fundações, poderia o tribunal, a qualquer tempo, deferir medida cautelar para sustar os efeitos da decisão rescindenda, desde que caracterizada a plausibilidade jurídica da pretensão.

O Augusto Pretório, visualizando, de logo, ofensa ao princípio da isonomia, porquanto a previsão apenas beneficiava o Poder Público, deferiu a cautelar, alijando o dispositivo do sistema jurídico⁸⁵.

Talvez tivesse sido a oportunidade de, tanto no propósito de prestigiar a tão decantada isonomia, vista agora pelo seu perfil positivo, quanto para satisfazer o imperativo de conservação dos atos estatais, que se mantivesse o dispositivo, legando-lhe interpretação conforme, no intento de abranger, pela couraça

⁸⁴ Pleno, ac. un., rel. Min. Sydney Sanches, julg. em. 24-08-2000, Informativo – STF no. 199.

⁸⁵ Essa opção, acoiada de radical na matéria, é, como noticiou José Manuel Cardoso da Costa, em abril de 1987 (*VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*. Lisboa, Relatório Geral. Separata do suplemento do Boletim do Ministério da Justiça – documentação e direito comparado, p. 51), a perfilhada pelo Tribunal Constitucional austríaco, ao sancionar de inconstitucionalidade o correspondente preceito.

da proteção cautelar, tanto as rescisórias ajuizadas pelo Poder Público como pelos particulares.

Ter-se-ia, assim, legítima decisão aditiva com conseqüências mais profícuas e sem o quebrantamento das pilastras do ordenamento pátrio.

Adesão embrionária à praxe das decisões aditivas, malgrado desprovida de maior e específico aprofundamento teórico, pode ser imputada à ADIN 2.652-6/DF⁸⁶.

Discutia-se a legitimidade de parágrafo único, acrescido pela Lei 10.358/2001, ao art. 14 do Código de Processo Civil, que, a despeito de inovar o sistema jurídico brasileiro com a previsão de multa em face do descumprimento de provimentos judiciais, inseria exceção em seu pórtico, com a dição “ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB”.

Argumentava a argüinte, *in casu* a Associação Nacional dos Procuradores de Estado – ANAPE, que o preceito, na forma como redigido, afastava de dita ressalva, em flagrante agressão à isonomia, os advogados, cuja vinculação ao Poder Público decorresse de lei, posto que não sujeitos exclusivamente à observância dos estatutos da OAB.

Malgrado a aligeirada referência na fundamentação do voto do relator à isonomia, já que o defeito legislativo fora tributado a equívoco gramatical, mais especificadamente de pontuação, a leitura da ementa⁸⁷ nos mostra a utilidade do princípio isonômico como capaz de atingir a parcela de destinatários alvo da exclusão normativa.

Diferentemente da ADIN 2.251-DF, vislumbra-se nítido o aspecto aditivo da decisão, porquanto, reconhecido maltrato à exigência magna de tratamento igualitário, não se invalidou a norma impugnada. Antes se optou pela sua conservação, ampliando o seu conteúdo normativo, para o fim de ser abrangida, sob sua regência, a parcela dos destinatários excluídos.

⁸⁶ Pleno, ac. un., rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 14-11-2003.

⁸⁷ Ei-la: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 10358/2001. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Impugnação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, na parte em que ressalva “os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB” da imposição de multa por obstrução à Justiça. Discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade. Violação ao princípio da isonomia e ao da inviolabilidade no exercício da profissão. Interpretação adequada, para afastar o injustificado discrimen. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos”.

A menção a tais julgados só vem demonstrar a tímida acolhida que as sentenças aditivas vêm merecendo de nossa jurisprudência.

Isso, contudo, não impede a sua aceitação em nosso sistema jurídico, a qual apresenta vários pontos que a justificam.

Em primeiro lugar, o princípio da igualdade sempre despertou as maiores atenções do nosso ordenamento constitucional, nada impedindo, antes recomendando, que, nas situações submetidas à jurisdição, a mais consentânea medida de justiça implique justamente a manutenção da norma, com sua interpretação ampliada, do que sua eliminação.

A necessidade de eficiência, reclamada indistintamente da atuação dos órgãos públicos, orienta-se pela tônica da conservação dos atos estatais, sem contar que, para esse fim, os pretórios, à frente o Supremo Tribunal Federal, vêm, nas suas decisões, incorporando, cada vez com maior assiduidade, a técnica da interpretação conforme.

O óbice, assaz repisado, de que tal postura constitui indevida apropriação, por parte do Judiciário, da função legislativa, não mais convence.

Com efeito, entre a atividade legislativa e a adição, oriunda do manuseio da exegese em harmonia com a Constituição, há um límpido e inegável ponto de distanciamento: é que, ao contrário do que acontece com o legislador, não se tem a elaboração de uma norma jurídica, com a discricção àquele peculiar, mas tão-só o complemento da existente, a partir de solução constante do sistema jurídico, cuja descoberta se deve ao labor do intérprete. Há, sem margem de dúvida, atividade de criação jurídica, sem embargo de inexistir típica ação legislativa⁸⁸.

Ademais, não se pode deixar de agregar que a separação de poderes, na realidade estatal hodierna, não mais se apresenta sob as rígidas vestimentas preponderantes à época do movimento constitucionalista dos séculos XVII e XVIII.

Nesse particular, carradas de razão possui Francisco Cavalcanti – que, salvo engano, pode aqui ser apontado como o precursor doutrinário do tema, ao frisar a superação do lastro informador da Súmula 339 – STF⁸⁹.

⁸⁸ Cristina M.M. Queiroz (Direitos fundamentais – teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 238) consigna que os tribunais constitucionais vêm assumindo, de forma cada vez mais significativa, através das sentenças interpretativas (aditivas, substitutivas, constitutivas, etc.), funções de legislador positivo, derivadas de razões estruturais, em virtude de mudanças produzidas no conjunto das instituições por força do Estado Democrático e Social.

⁸⁹ A inconstitucionalidade por omissão parcial e a revogação da Súmula no. 339 do STF. In: BELLO FILHO, Ney de Barros (Coord.). *Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes*. São Luís: Seção Judiciária do Maranhão, 2001, p. 155.

Constata o autor que a ausência de correção, pela jurisdição constitucional brasileira, das inconstitucionalidades por omissão relativas se deve ao

equivoco em confundir ato de criação de norma inexistente (hipótese de omissão absoluta), com a distinta questão de determinar a aplicação de norma existente a todos aqueles, ou a todas aquelas situações a exigirem tratamento isonômico, por força de norma constitucional. Nesse caso, o Judiciário não fixa o parâmetro, não é o legislador positivo, apenas determina a observância do parâmetro fixado pelo legislador a todos aqueles que estão em idêntica situação, ou em situação a exigir o mesmo tratamento, por força de imposição constitucional..., resta ao Tribunal tão somente, declarar da constitucionalidade da lei, desde que entendida com a correção, com o aditamento interpretativo no sentido de adequar a norma à observância do princípio da isonomia⁹⁰.

O afastamento do estorvo, a meu sentir, poderia ser alcançado com a limitação das sentenças aditivas às hipóteses onde não se verificassem reservas absolutas do legislador.

É sabido – e o evolover dos direitos fundamentais é testemunho eloqüente – que há determinadas situações, seja com vistas à proteção do cidadão, seja no resguardo do interesse público, com relação às quais as Constituições submetem o tratamento de seus elementos essenciais exclusivamente ao legislador. A nossa Lei Maior não constitui exceção, conforme se esteja a tratar da definição de infrações e penas (art. 5º, XXXIX), a instituição e majoração de tributo (art. 150, I) e a fixação da remuneração dos servidores públicos (art. 61, § 1º, II, *b*)⁹¹.

Em casos como esses, afigurar-se-ia inadmissível a prática aqui examinada.

Da mesma forma, inviável a adição judicial quando demonstrado haver sido o *discrímen* legítimo, em face da diferença substancial entre a situação regulada e a omitida, por não se visualizar ofensa à igualdade.

⁹⁰ *Loc. cit.*, p. 86.

⁹¹ Num ponto manifestamos discordância com Francisco Cavalcanti, qual seja o de que a superação da Súmula 339 – STF somente se dá no sentido de que o princípio da isonomia poderá justificar a ampliação do conteúdo de dispositivo legal, sem que tal configure usurpação de função legislativa, mas cumprimento à Constituição. No entanto, a aplicação de dito enunciado continua válida no que concerne à província estipendiária, por alterada a redação do art. 37, XV, da CF, e pelos termos categóricos do art. 61, § 1º, II, *b*, desta.

À guisa de exemplo, *fattispecie* suscetível de solução aditiva – já por nós utilizada no exercício da judicatura de primeiro e segundo graus de jurisdição⁹² – relaciona-se ao tema da garantia da instância administrativa para a interposição de recurso administrativo.

O art. 33 do Decreto 70.235/72, que se ocupa do procedimento administrativo de determinação dos créditos tributários da União, teve incluído pela MP 1.973-63/2000, posteriormente convertida na Lei 10.522/2002, §2º, condicionando o direito à interposição de recurso voluntário à garantia de instância, mencionando, para esse fim, o arrolamento de bens e direitos equivalente a 30% da exigência fiscal. No que toca às contribuições previdenciárias arrecadadas pelo INSS, o art. 126, §1º, da Lei 8.213/91, exige que tal se faça no mesmo montante, mas unicamente em dinheiro.

Daí que, no âmbito do controle difuso, discute-se a possibilidade de, quanto às contribuições previdenciárias, a garantia da instância administrativa ser realizada mediante arrolamento de bens, modalidade menos onerosa ao contribuinte.

Tal se nos parece afirmativo. Ora, considerando-se que as contribuições previdenciárias, na atualidade, integram o gênero tributo, pertencendo a competência para sua instituição à União, muito embora o legislador tenha transferido o mister de sua arrecadação ao INSS, e ainda o fato da finalidade da garantia de instância, numa e noutra hipótese, ser idêntica (desestimular a interposição de recursos meramente protelatórios), não se justifica, à luz da isonomia, que o devedor do fisco federal não possa, somente porque deve contribuição para a seguridade arrecadada pelo INSS, valer-se do arrolamento de bens. Se, por exemplo, o débito se referisse às contribuições para a seguridade social, arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal, como a COFINS, ou a CSSL, tal seria plenamente admissível. Discriminação injustificada não poder fazê-lo quanto à folha de salários, ou as parcelas descontadas dos respectivos empregados.

A via aditiva resolveria o impasse, fazendo preponderar o reclamo de tratamento igualitário, sem que fosse necessário invalidar o disposto no art. 126, §1º, da Lei 8.212/91, antes o mantendo com a necessária correção do seu alcance.

Sem deixar o plano exemplificativo, outra hipótese recairia no art. 20, parágrafo único, do vigente Código Civil, ao legitimar a proteção de direitos da

⁹² Sentença no MS 2004.84.00.003511 – 3 (Diário Oficial do Estado de 04-09-2004) e AMS 90.595 – PE (TRF – 5ª Reg., 4ª T., AMS 90.597 – PE, mv, rel. Edilson Nobre (Convocado), DJU – II de 08-11-2005).

personalidade de pessoas falecidas ao cônjuge supérstite, ascendentes e descendentes, olvidando o companheiro. Essa conclusão muito se aproxima daquela na qual aportou a *Sentencia* 222/92 do Tribunal Constitucional hispânico.

Desse modo, a similitude da união estável ao casamento, proporcionada pelo art. 226, §3º, da CF, respaldaria, por força do princípio da igualdade, a admissão da legitimidade do companheiro, mantendo-se a norma com seu significado acrescido.

Quanto aos efeitos da deliberação, tenho que deve prevalecer, *ex vi* dos termos do art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, a eficácia contra todos e vinculativa, o que é reforçado através do art. 102, §2º, da CF, com a redação da EC 45/2004.

Antes de ultimar, importante assinalar que a utilização das sentenças aditivas não pertence apenas ao Supremo Tribunal Federal, podendo aqui ser manuseada pelos demais juízes e tribunais, ao homenagearem a feição positiva do princípio da igualdade durante a solução dos litígios que lhe são submetidos.

Demais de abalizado escólio doutrinário⁹³, manifesta-se, em prol dessa assertiva, o fato da interpretação conforme a Constituição ser acessível indistintamente aos órgãos do Judiciário, mesmo naqueles sistemas onde o legislador usufrui do privilégio de ter os seus atos fiscalizados, com foros de monopólio, pelo Tribunal Constitucional.

Igualmente, recorde-se o exemplo lusitano, porquanto, admitida a conviência dos controles concentrado e difuso, denominados de fiscalização abstrata e concreta, onde se pode verificar nesta última a existência de decisões aditivas nos Acórdãos 545/99 e 272/99.

⁹³ Ver Francisco Cavalcanti (A inconstitucionalidade por omissão parcial e a revogação da Súmula no. 339 do STF. In: BELLO FILHO, Ney de Barros (Coord.). *Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes*. São Luís: Seção Judiciária do Maranhão, 2001, p. 155). Cristina M.M. Queiroz (*Direitos fundamentais – teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 238) sublinha que tal atributo deriva, de forma implícita, da atividade de controle dos tribunais constitucionais, não se pronunciando expressamente sobre vedação atribuível aos órgãos de jurisdição constitucional difusa.

