

# DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO

VOLUME I



GETÚLIO NASCIMENTO BRAGA JÚNIOR  
LARISSA CLARE POCHMANN DA SILVA  
MARCELO MACHADO COSTA LIMA  
MARIANA DEVEZAS MURIAS  
MATHEUS VIDAL GOMES MONTEIRO



**DIALÉTICA**  
EDITORA

**uff**  
Universidade Federal Fluminense

**PROEX**  
PRO-REITORIA DE EXTENSÃO

**ICHS**  
Instituto de Ciências Humanas e Sociais

  
Grupo de Estudos em  
Jurisdição, Constituição e Processo

**SOCEDIR**

Copyright © 2020 by Editora Dialética Ltda.  
Copyright © 2020 by Getúlio Nascimento Braga Júnior, Larissa Clare Pochmann da  
Silva, Marcelo Machado Costa Lima, Mariana Devezas Murias e Matheus Vidal  
Gomes Monteiro.

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida –  
em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico,  
fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de  
banco de dados, sem a expressa autorização da editora.

**Capa e diagramação:** Mirela Cavalcante

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

D442p Desafios e Perspectivas do Direito Processual Civil Contemporâneo /  
organização Getúlio Nascimento Braga Júnior et al.; prefácio Nilton  
Cesar Flores – Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.  
E-book: 1 MB. ; EPUB. = (Coletânea; v. I)

Inclui bibliografia.  
ISBN 978-65-5877-731-1

1. Processo Eletrônico. 2. Jurisdição. 3. Justiça. 4. Direito Processual  
Civil. I. Organizadores. II. Título. III. Série.

CDD 340

CDU 347.9

Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB-1/3150



**DIALÉTICA**

EDITORA

 /editoradialetica

 @editoradialetica

[www.editoradialetica.com](http://www.editoradialetica.com)

# I JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Volta Redonda - RJ - 2019

## COMITÊ CIENTÍFICO

Prof. Dr. Edson Alvisi (PPGDIN/UFF-RJ)  
Prof. Dr. Getúlio Nascimento Braga Júnior (UNESA-RJ; Grupo IBMEC-RJ)  
Profa. Dra. Larissa Clare Pochmann da Silva (UNESA-RJ; UCAM-RJ)  
Prof. Dr. Marcelo Machado Costa Lima (UNESA-RJ; Grupo IBMEC-RJ)  
Prof. Dr. Marcus Wagner de Seixas (VDI/UFF-RJ)  
Profa. Dra. Mariana Devezas Murias (UnB)  
Prof. Dr. Matheus Vidal Gomes Monteiro (VDI/UFF-RJ)  
Prof. Dr. Quintino Lopes Castro Tavares (VDI/UFF-RJ)  
Profa. Dra. Renata Braga Klevenhusen (VDI/UFF-RJ)

## APOIO

Universidade Federal Fluminense (UFF)  
Instituto de Ciências Humanas Sociais (ICHS/UFF)  
Departamento de Direito (VDI/UFF)  
Grupo de Pesquisa: A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e  
Desenvolvimento (GRUPO IBMEC-RJ)  
Grupo de Pesquisa: Tendências do Direito Processual Civil: jurisprudência e  
precedentes (UNESA-RJ)



**SOCEDIR**

**AS SENTENÇAS MANIPULATIVAS  
NO ÂMBITO DA JUSTIÇA  
CONSTITUCIONAL: LIMITES E  
POSSIBILIDADES DAS SENTENÇAS  
ADITIVAS**

**LAMEIRO, Vinícius Silva do**

Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

E-mail: [viniciuslameiro@gmail.com](mailto:viniciuslameiro@gmail.com)

**LIMA, Marcelo Machado Costa**

Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor Universitário no IBMEC/RJ e UNESA/RJ.

E-mail: [marcelomclima@gmail.com](mailto:marcelomclima@gmail.com)

**BRAGA JÚNIOR, Getúlio Nascimento**

Doutor e Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Universidade Gama Filho. Professor Universitário.

E-mail: [ge.bragajunior@gmail.com](mailto:ge.bragajunior@gmail.com)



## RESUMO

O texto apresentado centrou-se, inicialmente, em uma análise teórico-jurídica sobre as sentenças manipulativas e intermédias na Justiça Constitucional, com especial relevo às sentenças de efeitos aditivos ou modificativas. São consideradas sentenças manipulativas, dentre outras, as decisões que modulam os efeitos; decisões “interpretativas” condicionais; decisões com efeitos aditivos. Embora a pesquisa tenha pretensões descritivas, exploratórias e explicativas, neste primeiro momento deu-se ênfase ao quadro descritivo com objetivo qualitativo e estratégico sobre o instituto, ainda que sem um olhar mais crítico e reflexivo quanto à sua adequação no sistema jurídico brasileiro, como ocorrerá em novas produções textuais. A metodologia do presente estudo é pesquisa bibliográfica, como também jurisprudencial, cujo horizonte de compreensão volta-se a uma análise conceitual dos temas acima descritos.

**Palavras-chave:** Decisão de inconstitucionalidade; norma jurídica; sentenças manipulativas; sentenças com efeitos aditivos.



# 1. AS SENTENÇAS INTERMÉDIAS NA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: ALGUMAS TÉCNICAS DE DECISÕES UTILIZADAS PELAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Nos últimos cinquenta anos as decisões dos Tribunais Constitucionais se tornaram mais técnicas e elaboradas, podendo-se afirmar que a jurisdição constitucional perdeu o seu caráter primitivo no debate sobre meros juízos de decisão acerca da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de atos normativos, ampliando sua perspectiva para atingir a garantia da autoridade material da Constituição, embora sempre correlacionando essas discussões.

Essa concepção nos leva a acreditar que não há como afirmarmos numa restrição fundamental, apenas essas duas espécies de decisões. Essas, aliás, poderiam gerar numerosos efeitos colaterais como, por exemplo, produção de lacunas, insegurança jurídica e instabilidade social e democrática de determinado sistema jurídico normativo. Por isso, há também a necessidade de se analisar a eficácia e os efeitos do texto da disposição que contém a norma no seu acontecer.

Nesse sentido, é importante lembrar que há duas categorias específicas nas decisões de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato: a primeira diz respeito às sentenças simples e, em um outro plano, temos as sentenças manipulativas.

As sentenças simples aqui mencionadas podem ser consideradas como aquelas decisões de acolhimento pela inconstitucionalidade absoluta que não apenas fulminam o texto da norma sindicada, como também garantem, em regra, a eficácia retroativa dos seus efeitos produzidos, isto é, a nulidade do ato inconstitucional pela repriminção de seus efeitos, além da proibição de sua aplicação<sup>1</sup>. (CANAS, 1994, p. 114 e ss.).

---

1 Deve-se alertar que aquelas decisões de inconstitucionalidade superveniente



Por sua vez, as sentenças modificativas ou intermédias da Justiça Constitucional são espécies de decisões que se colocam em um meio termo entre as decisões de constitucionalidade/ inconstitucionalidade na atribuição de sentidos ao texto da norma e aos efeitos da norma submetida a julgamento. São consideradas como intermédias, pois também se colocam como um meio termo entre as decisões “puras” de acolhimento pela inconstitucionalidade e pela rejeição deste pedido de inconstitucionalidade (MORAIS, 2005, p. 240)<sup>2</sup>, conforme analisaremos de forma mais precisa quando tratarmos das sentenças manipulativas de efeitos aditivos.

Todavia, entre as diversas técnicas de decisão adotadas pelas Cortes Constitucionais, destacam-se aquelas no âmbito de atuação do Tribunal Constitucional Alemão (*BverfGE*) - atento às problemáticas políticas, jurídicas e sociais vivenciadas no período do nacional socialismo -, como também pela alteração do antigo modelo austríaco puro de constitucionalidade (*ipso jure*) que o Tribunal no período pós-Auschwitz, passou a valer-se. Estamos nos referindo, principalmente, àquelas técnicas que visam a garantia de direitos fundamentais, mas também o próprio Estado Democrático e de Direito (MORAIS, 2005, p. 247).

Assim, foi neste crescente quadro em que algumas técnicas de decisões passaram a ser adotadas, especialmente na Alemanha, mas também em outros países como Itália e Espanha (seguindo, obviamente, as características próprias de cada sistema). A utilização de tais técnicas se deu, principalmente, por meio de operações interpretativas<sup>3</sup> e/ou de exigências do próprio direito positivo, e foram adotadas pelas Cortes

---

também se enquadram nessa natureza. Conforme é possível observar com Morais (2005, p. 186 e 239), quando a norma objeto de controle for uma norma infraconstitucional que sofreu modificações substanciais frente à uma norma parâmetro (constitucional) modificada em período posterior, sendo que, nestes casos, a eficácia retroativa dos efeitos da norma impugnada observará o período compreendido da alteração constitucional, bem como do momento de sua própria impugnação

- 2 Ainda, cumpre esclarecer que para Morais, diferentemente de boa parte da doutrina lusitana e italiana, este considera as sentenças intermédias como sinônimo das sentenças manipulativas, justamente por conta destas considerações analisadas.
- 3 Uma observação faz-se necessária: quando nos referimos a “decisão interpretativa” não estamos a falar em seu sentido hermenêutico, afinal, interpretar é condição de possibilidade da própria existência, mas sim em um sentido muito específico, ou seja, sobre aquelas decisões que alteram (ou, produzem) o significado normativo, sem proceder a alteração textual da norma-regra.

Constitucionais para o enfrentamento de determinados problemas normativos atinentes ao caso concreto e que, de certa forma, atingem toda a sociedade.

Entre essas técnicas de decisão destacam-se a técnica da interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de sua nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*), a nulidade parcial sem a redução do texto (*Teilnichtigkeitsklärung ohne Normtextreduzierung*); e o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*). As duas primeiras pertencem à categoria de técnicas reparadoras, dispensando-se a necessidade de intervenção do decisor normativo.

Antes de prosseguirmos no tratamento dessas técnicas de decisão, faz-se imprescindível alertar sobre algumas sentenças consideradas como manipulativas na Justiça Constitucional e que decorrem tanto de uma operação legal de direito positivo (isto é, constam na ordem jurídica-constitucional ou na legislação ordinária), como também aquelas relacionadas à operação interpretativa de caráter criativo. Nesse sentido, seguindo a linha de Moraes (2005, p. 252), consideram-se as sentenças manipulativas em:

- a) as decisões que em sua disposição ensejam a possibilidade de modulação de sua eficácia temporal, como também ao direito objeto do julgamento;
- b) as decisões interpretativas condicionais, ou seja, tanto as sentenças interpretativas de acolhimento, com também as de rejeição em até certo ponto;
- c) as decisões com efeitos aditivos, pelas componentes ablativas e reconstrutivas;
- d) e, por fim, as decisões intermédias “*de componente apelativa*”, isto é, aquelas onde há o julgamento de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade (conforme analisaremos a partir da *Unvereinbarkeit* alemã), além das decisões de constitucionalidade provisória ou *decisum* para o futuro da decisão de, rejeição da inconstitucionalidade com reserva de acolhimento.

Importa referir, por ora, sobre algumas técnicas de decisão adotadas pelas Cortes Constitucionais acima apresentadas. Muito embora o tema *per se* fuja de nossa delimitação teórica, importa-nos *grasso modo* uma visão ampla e geral dessas técnicas decisórias, sem

esgotarmos a riqueza e especificidades pertencentes a cada uma dessas técnicas.

A interpretação conforme à Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) pode ser considerada como uma técnica de decisão interpretativa de rejeição adotada pelas Cortes Constitucionais. Em termos amplos, trata-se de uma técnica apta a atuar na disposição normativa de dado texto que importe em uma pluralidade de significados alternativos e verossímeis entre a disposição e o conteúdo interpretado.

Desta forma, busca-se afastar em seu processo dado sentido atribuído à lei infraconstitucional que, segundo a Corte, encontra-se em desacordo com a própria Constituição. Daí, para que um possível sentido extraível do texto (esse considerado em conformidade com a Constituição) não seja expurgado da ordem jurídica, poderá o Tribunal valer-se da interpretação conforme. Como afirmado, isso somente é possível porque é possível atribuir um sentido constitucional ao texto, ou seja, um sentido que guarde conformidade com os preceitos constitucionais<sup>4</sup> (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1820 e ss.; MORAIS, 2005, p. 326 e ss.; HESSE, 1998, p. 70 e ss.; STRECK, 2018, p. 199).

Por seu turno, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de sua nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*) reveste-se em uma técnica de decisão de efeito mandamental elaborada inicialmente pelo Tribunal Constitucional da Alemanha (BverfGE). Trata-se de uma técnica que, assumindo uma posição *self-restraint*, limita-se a um estado de substituição implícita ao poder legiferante. Trata-se de em uma técnica de decisão impositiva para que o *decisor* normativo suprima o estado de inconstitucionalidade que dada omissão legislativa total ou parcial (*Teilunterlassung*) pudesse acarretar face à Lei Fundamental.

Nesse sentido, determinada norma (sentido normativo) infraconstitucional é declarada incompatível e discordante com a Constituição e, portanto, inconstitucional. Ocorre, porém, que a sua nulidade não é declarada, já que o texto preservado ainda possui potencial para produzir um sentido normativo em conformidade com a constituição. Assim, ao Tribunal Constitucional compete constituir o poder competente em mora para que este cesse a omissão inconstitucional (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1722; MENDES, 2004).

---

4 Para uma análise mais restritiva sobre a interpretação conforme, embora de grande importância, ver as devidas ressalvas assinaladas por Rui Medeiros (1999, p. 289 e ss.).

Cumpra destacar que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de sua nulidade é utilizada, em regra, naquelas decisões que envolvam direitos fundamentais, sobretudo, o direito à igualdade. Nessa perspectiva, o TCF Alemão, diante de determinada lei infraconstitucional discriminatória que exclua determinadas pessoas, categorias ou grupo de pessoas de *v.g.* uma determinada vantagem concessiva, prefere declarar a lei incompatível do que substituir-se ao legislador ordinário, mesmo que ainda fosse possível a extensão do benefício àqueles que foram suprimidos. Todavia, há uma exceção: quando a própria Lei Fundamental tutela explicitamente o direito limitado à atuação normativa e, nestes casos, o TCF pode estender a vantagem àqueles excluídos pela omissão (SCHWABE; MARTINS, 2005, p. 110-111).

A nulidade parcial sem a redução do texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*) é uma técnica de decisão interpretativa de acolhimento que *exclui*, por inconstitucionalidade, uma ou várias hipóteses de aplicação contidas no programa normativo e que não encontram conformidade com a Constituição. Ou seja, exclui-se a hipótese de aplicação considerada inconstitucional (sentido atribuído ao texto não se coaduna com a Constituição), de forma ser possível a extração de novos significados a partir do significante remanescente, cuja permanência (textual) se faz explícita por decisão do próprio Tribunal (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1825; STRECK, 2018, p. 200).

Por último, a técnica alemã de decisões de rejeição com apelo ao legislador (*Appellentscheidung*) ou a inconstitucionalidade enunciada, mas não declarada), admitida pela Corte italiana (*accertata ma non dichiarata*, como dizem os italianos). Trata-se de uma técnica de decisão que rejeita a inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional e que, por decorrência das múltiplas alterações ocorridas no âmbito social, político e econômico, o decisor normativo ainda não promoveu as devidas alterações neste quadro de instabilidade face à Lei Fundamental.

Assim, entende o Tribunal Constitucional que a lei é “ainda constitucional”, de forma a produzir seus efeitos plenos na ordem jurídica até que o poder competente, observado determinado prazo, empreenda o seu trabalho em atualizá-las para que então se coadune e compatibilize com a evolução ocorrida na sociedade, bem como com a própria Lei Fundamental em sua concretização. Essa concepção ganhou forças, sobretudo, a partir das legislações “pré-constitucionais” na Alemanha, pertencentes

ainda a uma estrutura política e institucional onde há o efetivo diálogo entre os Poderes (MORAIS, 2005, p. 271; SCHWABE; MARTINS, 2005, p. 112; LIMA, 2014, p. 304).

Desta forma, observa-se que em conjunto com as transformações sociais, torna-se possível observar que inúmeras técnicas de decisão foram sendo desenvolvidas para acompanhar essas transformações, sobretudo para a resolução de problemas normativos no âmbito da Justiça Constitucional, para além do sentido kelseniano. No Brasil, faz-se mister lembrar, as técnicas acima identificadas não se encontram totalmente inaplicáveis e/ou desconhecidas. Pelo contrário. Muito embora, apesar de algumas técnicas não guardarem uma fidedigna reclamação e aplicabilidade na ordem jurídica brasileira como ocorre na Alemanha, certo é que, com suas técnicas de decisão, o sistema austro-germânico teve grande influência em diversos países, inclusive o próprio Brasil.

Assim, não se trata de uma consequência natural, nem tampouco seja nosso intuito afirmar que através de uma simples comparação seja possível transportar determinado instituto e/ou sua forma de aplicação, sem que se observe minimamente seus pressupostos, sistemas e estruturas. O que se quer dizer é que, com a experiência do *BverfGE* e pela própria evolução da Justiça Constitucional, sobretudo em países que adotam o sistema austro-germânico, torna-se possível observar um intercâmbio de aprendizagens a partir da realidade daqueles Tribunais.

Por isso, o Brasil no ano de 1999 com o advento da Lei nº. 9.868/99 e também, a Lei nº. 9.882/99, passou a estabelecer no âmbito da própria legislação ordinária algumas técnicas de decisão outrora admitidas pelo *BverfGE* desde a década de 1950. Podemos citar como exemplo, a interpretação conforme à Constituição, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de sua nulidade e a nulidade parcial sem a redução de texto.

Todavia, segundo o que dispõe o Art. 27 da Lei 9.868/99, diametralmente em oposição ao que sucede na Alemanha, o Supremo Tribunal Federal pode, quando observados determinados requisitos, modular os efeitos da inconstitucionalidade de uma norma (instituto esse admitido também pela Constituição Portuguesa de 1976, em seu nº. 4 do art. 282), o que, segundo alguns autores, limitaria a possibilidade de aplicação do instituto alemão da declaração de incompatibilidade (MEDEIROS, 1999, p. 521-522).

Em verdade, não estamos completamente de acordo com a solução dada pelo legislador brasileiro no caso do reconhecimento da inconstitucionalidade com produção de efeitos, nos termos do Art. 27 da Lei 9.868/99 e Art. 11 da Lei 9.882/99. Isso porque, entendemos que um juízo de inconstitucionalidade e reconhecimento de produção de efeitos da norma “inconstitucional” caracteriza uma contradição, já que ou a norma tem reconhecida a sua inconstitucionalidade e, por isso, não pode vir a ter reconhecido qualquer efeito; ou a norma é constitucional e, por isso produz efeitos.

Assim, a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade somente é possível, a nosso juízo, com o reconhecimento de que a norma somente teve salvaguardados seus efeitos porque, naquele lapso de tempo, porque segurança jurídica ou excepcional interesse jurídico (nos termos do próprio Art. 27 da Lei nº 9.868/99, seriam valores ainda mais relevantes do que aqueles que estariam por defenestrar a norma a uma condição de inconstitucionalidade.

De toda forma, embora algumas divergências perpassem as linhas do presente estudo, o que importa ressaltar é que determinadas técnicas de decisão não precisam estar explícitas no texto constitucional, tampouco, na legislação infraconstitucional. A bem da verdade, trata-se de uma evolução que reclama pela própria alteração dos paradigmas da Justiça Constitucional, bem como de uma realidade do contencioso constitucional, de forma que o próprio STF brasileiro, antes do advento das legislações *supra*, já se manifestava no sentido de aplicabilidade dos institutos importados de outras realidades, fundamentalmente, aquelas técnicas desenvolvidas pelo BverfGE, ainda que com algum afastamento das linhas identitárias dos referidos institutos<sup>5</sup>.

---

5 Como, por exemplo, uma equiparação entre a interpretação conforme e a declaração de nulidade parcial sem redução de texto nas ADIs 491 de 1991 e 319 de 1993, ou seja, anterior a entrada em vigor das leis 9.868/99 e 9.882/99, passando a adotar um entendimento de distanciamento entre o período de obscuridade entre os dois institutos a partir da ADI 939/DF, conforme é possível observar em MENDES; BRANCO, 2012, p. 1821.



## 2. AS DECISÕES COM EFEITOS ADITIVOS OU MODIFICATIVAS

A partir da hipótese daquilo que consideramos como sentenças manipulativas ou intermédias da Justiça Constitucional, ou seja, àquelas decisões que importam na alteração ou modificação dos efeitos da decisão, cumpre-nos agora a tarefa de elucidar, mesmo que sem a profundidade que gostaríamos de conceder, sobre as sentenças com efeitos aditivos. Esclarecemos, desde logo, que se trata de técnica de decisão desenvolvida e utilizada pela jurisdição constitucional de diversos países como Itália (principalmente), Espanha, Portugal e, nos termos que vislumbraremos em *paper* próprio a se produzir mais adiante, no próprio Brasil. Cumpre, no entanto, ressaltar que no âmbito brasileiro o instituto parece querer emergir, mas ainda sob uma zona não consolidada, carecendo de maiores elucidacões quanto à sua forma de adaptação e acomodação no sistema, o que é uma tarefa a ser consolidada pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Procuraremos neste primeiro passo entender essa complexa temática a partir da visão emanada pelos sistemas alienígenas que dela se ocupam. No modelo italiano de controle de constitucionalidade, há um certo afastamento das ideias desenvolvidas pelo *BverfGE*, fundamentalmente, por assumir uma linha *self-restraint* ou, para aqueles que entenderem a expressão exagerada, uma postura mais cautelosa. Esta postura de autocontenção se faz presente sobretudo no que diz respeito aos seus próprios limites e possibilidades de atuação. Todavia, importa ressaltar que é precisamente na Itália em que parece a temática receber desenvolvimento mais amplo, técnico e inovador das sentenças manipulativas.

E é precisamente porque os efeitos das decisões de inconstitucionalidade na Itália eram caracterizados tão somente pela eficácia *ex*



*nunc*, pela leitura do Art. 136 da Constituição Italiana<sup>6</sup>, como também pela ausência de eficácia *erga omnes*, sobretudo nas decisões interpretativas de rejeição como, por exemplo, na técnica da interpretação conforme (MORAIS, 2005, p. 257-260).

Conforme atenta o constitucionalista português Blanco de Moraes (2005), o Tribunal Constitucional italiano desde o Pós-Guerra passou a adotar, então, uma postura mais “proativa”. Assim, em termos assumidamente interpretativos, visava ele possibilitar, por via jurisprudencial, uma nova concepção, utilizando-se das chamadas sentenças manipulativas. Essa nova concepção prevê, não mais apenas a admissão de eficácia *ex nunc*, mas quanto a possibilidade de atribuição até mesmo dos efeitos *ex tunc* nas decisões da Corte.

Nesse caso, não apenas as fronteiras semânticas do Art. 136, da Constituição Italiana, mas também com base no que dispõe o Art. 30, da Lei n. 87/1953, passa a se considerar a possibilidade de produção de efeitos *ex tunc*. Deste modo, o que a nós se apresenta é algo que envolve inúmeras problemáticas, mas que se poderia designar como uma, de certo modo, evolução jurisprudencial “criativa” da própria *Corte Costituzionale* italiana (MORAIS, 2005, p. 258).

Porém, importa-nos especificamente sobre a gênese das chamadas sentenças aditivas que certamente se identificam a este processo de evolução jurisprudencial das decisões modificativas da Corte italiana. Seja pelos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mas também, e principalmente, no que se refere à concessão de eficácia *erga omnes* a algumas decisões proferidas pelo Tribunal, dá-se uma revolução no contexto do controle de constitucionalidade na Itália.

Desenvolvendo a questão, é que o Tribunal Constitucional Italiano passou a considerar a eficácia *erga omnes* para determinados casos específicos como, por exemplo, nos casos onde há violação ao princípio da igualdade em casos de medidas discriminatórias produzidas pelo próprio legislador infraconstitucional. Acontecem nas chamadas

---

6 Artigo 136, Constituição Italiana: “Quando o Tribunal declara a ilegitimidade constitucional de uma norma de lei ou de um ato tendo força de lei (art. 134, grifo nosso), a norma cessa de ter eficácia a partir do dia seguinte à publicação da decisão. A decisão do Tribunal é publicada e comunicada às Câmaras e aos Conselhos regionais interessados para que, se o acharem necessário, providenciem nas formas constitucionais”.

omissões normativas inconstitucionais. Nessas situações, o Tribunal italiano passou a se utilizar – em decorrência do constrangimento exercido, tanto pela doutrina, como também pelos demais órgãos – da eficácia *erga omnes* para decisões com efeitos aditivos, conforme analisaremos mais adiante.

Assim, o Tribunal Constitucional Italiano, quando instado a manifestar-se acerca de uma norma que venha a ferir princípios constitucionais, fundamentalmente o princípio da igualdade nos casos de omissão parcial da norma objeto de controle, assume a preferência de declarar a norma inconstitucional a partir da enunciação de um princípio jurídico violado. Nestes casos exara uma sentença aditiva de princípio, a qual ficará a cargo dos tribunais e do próprio legislador empreender esforços para sanar o vício de inconstitucionalidade (MORAIS, 2005, p. 260).

Por outro lado, o Tribunal Constitucional Espanhol também é destaque quando se fala em gênese das sentenças com efeitos aditivos. O ponto de partida é a paradigmática e famosa Sentença n. 45/89 do TCE. Após a queda do período marcado pela II República na Espanha, foi promulgada uma Lei de Anistia. Entretanto, essa Lei previa a hipótese de concessão do benefício pelos crimes políticos cometidos apenas aos militares filiados ao regime vitorioso, excluindo-se os demais (MORAIS, 2005, p. 254).

No caso, o Tribunal Espanhol entendeu que a mera declaração de nulidade não seria capaz de reparar o vício decorrente de inconstitucionalidade da norma objeto. Além disso, tal declaração de inconstitucionalidade também provocaria prejuízos ainda maiores do que se mantida no próprio sistema, ainda que inconstitucional. Nessa linha, a técnica de sentença aditiva foi utilizada pelo Tribunal declarando a inconstitucionalidade da norma nos termos discriminatórios e, consequentemente, “alargando” pela via interpretativa os mesmos benefícios ao segundo grupo não amparado pela Lei<sup>7</sup> (MORAIS, 2005, p. 254 e ss.; SILVA, 2003, p. 120 e ss.).

---

7 Acerca destas decisões, sobretudo pelo caso espanhol e italiano, ver SILVA (2003, p. 120 e ss.).

## 2.1. AS SENTENÇAS ADITIVAS PROPRIAMENTE DITAS: EM BUSCA DE CRITÉRIOS DEFINITÓRIOS

A partir dessa breve análise da utilização das sentenças aditivas tanto pelo Tribunal Italiano, como também pelo Espanhol, cumpre-nos a tarefa - sem o objetivo de esgotarmos todas as possibilidades que a matéria encerra - delimitarmos um horizonte de compreensão acerca do que vem a ser as sentenças aditivas propriamente dita.

As sentenças aditivas, diante do que foi apresentado, podem ser consideradas como uma técnica de decisão de caráter reparador. Ela foi desenvolvida como uma resposta adequada àquelas omissões relativas inconstitucionais, bem como para aqueles casos de “lacunas” originadas pelos efeitos da própria decisão de inconstitucionalidade dos órgãos competentes<sup>8</sup> (MEDEIROS, 1999, p. 491).

De toda a sorte, um esclarecimento prévio faz-se necessário quanto à omissão inconstitucional, cuja sentença aditiva tem por objetivo reparar esse quadro omissivo. Como é razoável presumir, a omissão inconstitucional poderá ser total ou parcial, já que há a ausência de medidas normativas necessárias para conferir exequibilidade a determinada norma constitucional.

No caso da omissão total reconhece-se a ausência e/ou a inércia do órgão competente em não empreender o seu dever constitucional de completude da norma, como, por exemplo, aquelas normas classificadas no sistema constitucional brasileiro como de eficácia limitada, que, por sinal, são passíveis de serem controladas por Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão dada sua natureza normativa abstrata. Assim, diante de um *não fazer* do órgão competente ao descumprir uma imposição constitucional em sua atuação positiva, então, por consequência, torna-se

---

8 Aqui, cumpre destacar, a concepção de uma incompletude, vinculado à intervenção reguladora, ao plano e à teleologia imanente à própria lei em uma relação bivalente. Para um maior aprofundamento, ver LARENZ (1997, p. 524) e CANARIS (1996, p. 211 e ss.). Também, cabe considerar que quando se fala em efeitos da decisão de inconstitucionalidade e a sua possibilidade de originar lacunas, quer se dizer, assim como já afirmado por Medeiros (1999, p. 491), que não se trata da hipótese do próprio Tribunal “forjar” uma lacuna por conta de sua decisão, mas sim como um efeito “automático” da própria decisão de inconstitucionalidade.

possível considerar que há uma conduta omissiva total ou absoluta (SILVA, 2007, p. 83 e ss.; MITIDIEIRO, 2014, p. 1242; STRECK, 2008, p. 566).

Já, a omissão inconstitucional parcial, que é a que mais nos interessa para efeitos do presente trabalho, comporta duas espécies específicas: a) omissão parcial propriamente dita; b) omissão parcial relativa. A primeira diz respeito quando o órgão competente elabora determinada norma, isto é, há um *fazer*. Todavia, o ato normativo é elaborado de forma defeituosa, falha ou incompleta, atendendo apenas de forma parcial e/ou insuficiente a vontade estabelecida pela própria Constituição, sem que haja qualquer violação direta ao princípio da igualdade. Cabe aqui imaginar uma situação em que todos os destinatários do direito foram contemplados (e nenhum deixou de ser) de forma igual, mas insuficiente segundo o que determinava a Constituição.

Por sua vez, a omissão parcial relativa, o segundo tipo anteriormente citado, é aquela que incide, via de regra, como hipótese de violação ao princípio da igualdade. Isso quer dizer que quando determinada norma concede um tratamento mais favorável ou desfavorável a um determinado grupo de pessoas, em detrimento de outro grupo que, por autorização constitucional, deveria receber o mesmo tratamento, mas que não o recebeu por infringência do sistema normativo legal à normatização constitucional<sup>9</sup>.

---

9 Sobre a temática acerca das omissões, embora com um posicionamento contrário ao que consideramos mais adequado e menos invasivo ao âmbito de conformidade com o dever geral de legislar e discricionariedade legislativa no que diz respeito a atuação dos Tribunais Constitucionais nos casos de omissão total e absoluta, ver BARROSO (2016, p. 46-47). Encontrando-se aqui também o pensamento de MIRANDA (2012, p. 688-691), quando o autor trata sobre a temática em um recorte “progressista”, tanto pela definição das omissões, como também pela atuação dos Tribunais. Nesta mesma linha, importante citar o pensamento de HECK (2012, p. 146-149), quando o autor explicita sobre a temática das omissões parciais relativas e trabalha com a concepção alemã da ação “recurso constitucional” (*Verfassungsbeschwerde* - §90, I, BverfGG), que por sinal, não guarda relação com o recurso constitucional brasileiro, tampouco, pode ser considerada um recurso propriamente dito, mas sim uma ação. Nessa ação, em linhas gerais, qualquer pessoa que tenha um direito fundamental violado pode se valer do presente objetivando a suspensão da medida adotada (seja legislativa, como também por decisões judiciais violadoras - *Urteilsverfassungsbeschwerde*). Pode entender-se que nas omissões relativas o BverfGE tende a valer-se da declaração de incompatibilidade sem a sanção de sua nulidade, como parece ser o caso no BverfGE 37, 217 (262). Sobre o “recurso constitucional” alemão, ver a esclarecedora síntese em SCHWABE; MARTINS (2005, p. 59 e ss.).

Nestes casos, o legislador parece violar o sistema jurídico-constitucional através de uma conduta que ao mesmo tempo pode ser considerada omissiva, mas também comissiva direta. É que, como se observa, há uma prática pela regulamentação normativa, embora com lacunas que ferem determinados princípios de direitos fundamentais, em especial, a exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1666; STRECK, 2008, p. 566).

Um norte sobre a delimitação conceitual acerca das “sentenças aditivas” (ou, modificativas)<sup>10</sup> pode, desde logo, produzir um embaraço quanto a natureza específica desta expressão, já que carece de homogeneidade terminológica tanto pela doutrina, como pela jurisprudência. Se, por um lado a própria etimologia da palavra não é unívoca, por outro lado, sua estrutura e conceituação ainda guardam determinadas especificidades.

O fato que se deve levar em conta é que as sentenças manipulativas aqui analisadas podem ser, tanto aquelas com efeitos aditivos em caráter próprio, como podem também aquelas consideradas em suas diversas classes como, por exemplo: a) de complementação constitucional de caráter impróprio; b) sentenças demolitórias; c) sentenças aditivas em sentido estrito; d) sentenças aditivas de princípio; e) sentenças aditivas substitutivas. Estas, apesar de sua linha tênue, não se confundem.

Não há como desconsiderar que a temática possui complexidades inequívocas, mas que devem ser enfrentadas para a viabilização dos estudos referentes ao caso brasileiro, em oportunidade que vai além do presente artigo. Começemos pelas sentenças manipulativas com efeitos aditivos. Segundo o constitucionalista português Blanco de Moraes (2005) podemos tê-las “*como uma decisão positiva de inconstitucionalidade que*

---

10 Entre os autores portugueses, destacam-se, Blanco de Moraes (2005) com as “sentenças aditivas”; Rui Medeiros (1999) com as “sentenças modificativas”. Veja-se também que para Medeiros (1999, p. 488-490), as decisões modificativas caracterizam-se no plano normativo (já que não se trata de uma mera comparação linguística, ou se quiser lexical sobre o “texto original” e o “texto normativo” objeto da decisão) pelo seu caráter “inovador” na ordem jurídica. E isso decorre pelo fato que nas decisões modificativas o seu principal objetivo é a consequente transformação do significado normativo, ou nos dizeres de Medeiros, uma metamorfose à qual não consiste em uma mera eliminação, mas sim uma “nova norma”. Por isso, considera o autor, conforme analisaremos mais adiante, o autor é bem reticente quanto à utilização da técnica pelo Tribunal Constitucional. Em síntese, tanto as sentenças aditivas, como também as sentenças modificativas chegam ao mesmo resultado.

*no seu conteúdo pode resultar, tanto de um juízo de invalidade, como também pela indicação de uma norma*” (MORAIS, 2005, p. 364).

No caso de resultar em reconhecimento de existência de uma norma, essa pode ter natureza regrativa ou principiológica. Em ambos os casos há em vista o intuito de assegurar uma determinada condição para que o direito ou os benefícios advindos de um direito autorizativo e gerador desse quadro normativo, “*possam conformar o parâmetro do mesmo direito*” (MORAIS, 2005, p. 364) contido no objeto da ação para que, posteriormente, sejam capazes de se compatibilizar com a concretização constitucional.

É interessante, aliás, que estabeleçamos que a doutrina que aprofunda a questão afirma que as sentenças com efeitos aditivos se caracterizam pela existência de duas componentes essenciais, a saber:

- i) a componente *ablativa*, que em linhas gerais pode ser considerada pela decisão positiva de inconstitucionalidade, que, via de regra, assume a característica parcial para a desaplicação e/ou eliminação da norma objeto; (MORAIS, 2005, p. 370);
- ii) a componente *reconstrutiva*, que parte da identificação de um critério normativo em consonância, tanto com as exigências estruturantes já contidas na ordem jurídica, como também pelas condições ao sentido recomposto/reparador da disposição normativa em harmonia com a Constituição. (MORAIS, 2005, p. 370)

## 2.2. A CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS MANIPULATIVAS COM EFEITOS ADITIVOS

Em razão da natureza do instituto e por razões sistemáticas, impõe-se um breve esclarecimento quanto às possibilidades de classificação ou categorização das sentenças com efeitos aditivos, embora sem que possamos negar a existência de outras classes ou categorias<sup>11</sup>. Neste

11 Como, a título de exemplo, aquelas sentenças aditivas em sentido estrito de princípio, ou denominada também por “*rime obbligate*”, muito utilizada pela Corte italiana. Essa técnica encontra sérias dúvidas na doutrina se tratar-se-ia de uma sentença aditiva, pois não há o elemento reconstrutivo, já que o Tribunal apenas

sentido, são sentenças manipulativas com efeitos aditivos:

a) *De complementação constitucional de caráter impróprio ou aparente.* São proferidas no caso em que o parâmetro constitucional carece de precisão. Desta forma, a decisão de acolhimento face à complexidade normativa envolve sua individualização a partir da concretização de normas principiológicas e daquelas consideradas como “conceitos jurídicos indeterminados” decorrentes da própria omissão normativa. Assim, a atuação do Tribunal busca *desvelar* um critério normativo em conformidade com os mandamentos constitucionais estruturantes no processo de concretização da norma, de modo a caracterizar uma orientação ao poder competente para que reestabeleça a normalidade normativa<sup>12</sup>. (MORAIS, 2005, p. 374)

b) *Sentenças “demolitórias” com efeitos aditivos* ou, também, “*sentenças redutivas com efeitos aditivos*”. Estas assumem a classe das sentenças aditivas, pois há uma decisão positiva de inconstitucionalidade em que a componente “aditiva” resulta da ampliação automática e, por consequência, de uma noção lógica e necessária da “dilatação” ou do “alargamento” daquele âmbito de incidência normativa. Por essa razão, considera-se como “demolitória”, uma vez que há um elemento que tende a

---

exprime um “*indirizzo*”, ou se quiser uma orientação, para que o órgão competente por emanar a lei ou ato normativo proceda-a através de um princípio eleito, assemelhando-se com a declaração de incompatibilidade sem a pronúncia de sua nulidade. Também há aquelas sentenças aditivas em sentido estrito “*substitutivas*”. Trata-se de uma das espécies consideradas ilegítimas e perigosas pois, neste caso, o Tribunal julga inconstitucional a norma pelo que ela dispõe, mas também por aquilo que ela não dispõe, de forma a valer-se de sua componente *reconstrutiva* para, simplesmente, ele próprio se valer do seu critério de decisão para colmatar a inconstitucionalidade da norma. Ou seja, seguindo o exemplo de Morais (2005, p. 398) ela é inconstitucional “*na parte em qqque dispõe algo, “ao invés” de dispor outra coisa*”. Nessa linha, para um maior aprofundamento sobre o tema, ver MORAIS (2005, p. 398-409); CANAS (1994, p. 80 e ss.); URBANO (2012, p. 109-114); MEDEIROS (1999, p. 478 e ss.).

- 12 Em linhas gerais, importa-nos esclarecer que o seu caráter aditivo seria de natureza aparente, pois em alguns pressupostos diferem-se das demais como, por exemplo, a concretização de princípios jurídicos e conceitos jurídicos indeterminados podem estar presentes nas sentenças de rejeição; a operação que caracteriza as sentenças aditivas denominada de “adjuntiva” não tem por objeto a disposição normativa, mas o próprio parâmetro constitucional que carece de precisão, sendo desvelado apenas no caso concreto pela sua concretização; possuem o caráter de orientações a partir da fundamentação e individualização do caso, ou seja, diferente das sentenças aditivas que visam reconstruir o conteúdo da norma infraconstitucional a partir de uma norma.

suprimir a norma advinda de certa disposição normativa a qual constituiria um quadro omissivo e inconstitucional, ocasionada pela redução/ restrição da titularidade e/ou exercício de um determinado direito.

Neste caso (sentenças demolitórias), a natureza da sentença não é de caráter fundamentalmente interpretativo. Afinal, a componente dita por “ablativa” – de maior relevância –, é, pois, a eliminação pela própria via normativo dos elementos textuais ensejadores da violação à igualdade. Eliminados estes elementos que contaminam a higidez constitucional está apto o texto “limpo” oferecer as condições normativas adequadas a obter uma conformidade entre lei e constituição. Como vemos, a “demolição” das partes textuais que impossibilitavam uma extração normativa em conformidade com o princípio da igualdade, viabiliza o reconhecimento da adequação entre a lei (que teve reformado o seu texto) e a norma paramétrica constitucional.

É importante ressaltar que, segundo qualificada doutrina, não se estaria diante da ideia de que o Tribunal Constitucional esteja a usurpar a competência do legislador. Neste caso, o tribunal tem a tarefa de alargar e/ou ampliar a hipótese de incidência, por razões lógicas, a partir da eliminação do preceito textual considerado incompatível (com redução de texto, por via de consequência), já que tomá-lo em consideração na construção normativa produziria clara violação ao princípio da igualdade. Neste sentido, não se confunde com uma sentença aditiva de caráter reparador em razão uma determinada omissão inconstitucional relativa, já que a norma existe e é comissivamente inconstitucional<sup>13</sup> (MORAIS, 2005, p. 377-378).

*c) Sentenças aditivas em sentido estrito.* São decisões de acolhimento do pedido e que, não apenas julgam a inconstitucionalidade parcial relativa de uma disposição normativa contida no texto normativo, como também reparam o “*silêncio gerador desse quadro de invalidade ou a lacuna criada pela própria componente ablativa da sentença, através da identificação de uma norma aplicável*”<sup>14</sup> (MORAIS, 2005, p. 380).

13 Segundo Morais (2005, p. 377), assinala o autor que na ordem jurídica portuguesa esse tipo de decisão é comum, sobretudo naqueles casos onde o que se está em causa é o aumento de despesas públicas e orçamentárias.

14 Cumpre ainda lembrar que as sentenças aditivas em sentido estrito guardam se-



Noutros termos, o que está em causa é que a inconstitucionalidade da norma objeto de controle reside no silêncio do órgão que elaborou essa mesma norma, considerando-a como “defeituosa” e causadora de um quadro de omissão relativa inconstitucional. O “fazer” normativo incompleto e defeituoso por parte de um órgão tem o condão de gerar a ausência da devida proteção de direitos e garantias fundamentais por parte dos destinatários da norma.

Cabe, desta forma, ao Tribunal Constitucional, em sua pronúncia (positiva) de inconstitucionalidade, a reconstrução normativa, em harmonia com a Constituição, de observar que não estamos nos referindo ao texto da norma e/ou da lei em sentido amplo – embora até mesmo se vislumbre a possibilidade de redução do seu texto<sup>15</sup> em sua configuração (MORAIS, 2005, p. 389) -, mas sim do significado da norma e, neste sentido, de sua construção.

Assim, por exemplo, naqueles casos onde há exclusão de um determinado benefício para um grupo de pessoas em detrimento de outro, tornando-o incompatível com o princípio da igualdade, estende-se, pela via decisória, a todos os grupos irregularmente. É isto que, em última análise, apresenta-se como a principal violação pela qual a técnica das sentenças aditivas na Jurisdição Constitucional tende a reparar.

De toda a sorte, são critérios passíveis de identificação dessa mesma técnica, as *sentenças aditivas de garantia* (*additive di garanzia*) e as *sentenças aditivas de prestação* (*additive di prestazione*), que importam uma breve elucidação. A primeira (sentenças aditivas de garantia) diz respeito à necessidade de reparação imediata do silêncio gerador do quadro de omissão parcial normativa que violem *direitos de liberdade e garantias constitucionais*. Neste caso, a nulidade é declarada da

---

melhanças com a ideia de uma norma defeituosa (pelo silêncio do *decisor* normativo) causadora de um quadro “ainda constitucional” como no direito alemão, embora não se confundam por razões de seus efeitos. Em linhas gerais, quanto a ideia conceitual e com um maior aprofundamento, ver Morais (2005, p. 380-397).

- 15 Como é de se notar, nestes casos estas sentenças se aproximariam das decisões demolitórias (que necessariamente preveem a redução de texto). Todavia, neste caso (sentenças aditivas em sentido estrito), mesmo que não excluam a possibilidade de redução do texto, na verdade possuem como componente fundamental a reconstrução pela via interpretativa. Vê-se que se trata de uma sutileza, mas enquanto na decisão demolitória o processo de alteração no texto é o fator fundamental para a reconfiguração normativa, nesta é a reconstrução normativa pela via hermenêutica que possui o protagonismo.

disposição normativa e indicada uma norma reparadora deste quadro no próprio processo de concretização.

A segunda, *di prestazione*, têm por base os mesmos pressupostos, porém, por razões afetas a determinados princípios normativos como, por exemplo, a igualdade, acabam por condicionar o exercício deste direito a outros de ordem econômica, social, cultural, através de uma ação direta do Estado. Desta forma, a componente dita por aditiva da decisão é estruturada a partir de uma conduta do próprio Estado em não apenas reconhecer o direito, como também realizá-lo em favor de um titular específico, tendo sua natureza econômica ou não (MORAIS, 2005, p. 383-384).

Há também a relevante e complexa questão da possibilidade de sentença aditiva com ou sem redução do texto da norma sindicada. É que a técnica da sentença aditiva em sentido estrito *sem redução de texto*, em síntese tem por propósito eliminar um determinado preceito normativo gerador de um quadro de inconstitucionalidade, que impossibilita sua análise de acordo com a própria Constituição. Assim, por caracterizar uma exclusão de um grupo de pessoas, ou uma situação que deveria ter sido contemplada em razão de sua identidade jurídica de direitos concebidos pelo conteúdo, para além de sua desaplicação na decisão de acolhimento, indica-se, também, uma norma reguladora e reparadora em falta (MORAIS, 2005, p. 385).

Todavia, conforme anteriormente analisado, a eficácia dessa decisão não recai sobre o texto da norma ou em sua disposição propriamente dita, mas sobre o seu conteúdo a partir da norma como objeto de sua concretização-aplicação. Nesse ponto, embora com aproximações entre essa possibilidade e a denominada inconstitucionalidade parcial qualitativa (retirada do mundo jurídico da(s) hipótese(s) de incidência da norma, sem alterações expressas no texto da norma), não se confundem. Isso ocorre porque há o elemento “adjuntivo” na decisão, cujo objetivo é permitir a identificação do direito conexo ao caso e, conseqüentemente, reparar a inconstitucionalidade através do alargamento ou ampliação do âmbito de incidência normativa.

Seguindo a linha de raciocínio apresentada por Morais (2005), o juízo de inconstitucionalidade não recai essencialmente sobre a omissão relativa inconstitucional. A partir do silêncio parcial do legislador

em sua conduta omissiva-comissiva – ou por uma regra implícita excludente - resultante de um quadro discriminatório dos destinatários (o que fundamenta sua componente ablativa), o que se deve ter em conta é que recairá sobre uma norma com caráter implícito pelo silêncio parcial que, se mostra violador de normas principiológicas, e também de direitos fundamentais. Portanto, não há o que se falar em sede de fiscalização abstrata de inconstitucionalidade por omissão (ADO), ou seja, deve-se reconhecer o controle por ação (MORAIS, 2005, p. 386-387).

Assim, para aqueles que defendem a possibilidade de manejo dessa possibilidade, caberá ao Tribunal Constitucional, nos fundamentos da componente ablativa da decisão, julgar a constitucionalidade/inconstitucionalidade da norma sobre os efeitos positivos e/ou negativos do silêncio. Ou seja, se há ou não violação direta a um conjunto de preceitos, princípios e da própria estrutura dos direitos fundamentais. Desta forma, confirmando-se haver violações, a decisão será no sentido de *alargamento ou ampliação* do âmbito normativo e de seu conteúdo, sendo considerada como inconstitucional a parte excludente, ou se quiser omissiva-comissiva discriminatória, isto é, não será objeto de eliminação do segmento normativo, portanto, não há o que se falar em redução de texto<sup>16</sup> (MORAIS, 2005, p. 387-388).

---

16 A título de exemplo, recorrendo à formulação de Morais (2005, p. 387-388), naquelas hipóteses em que há a declaração de inconstitucionalidade de uma norma x, na parte e na medida em que a mesma não prevê y, retira-se apenas a hipótese de incidência (parcial qualitativa) de x. Assim, deve essa se conformar com a Constituição e, então, a regra remanescente objeto de controle passe, conseqüentemente, a prever a hipótese y. Ainda, lembra-nos o autor que o TCP adota uma postura *self restraint*, no sentido de recusar a possibilidade de transmitir força obrigatória e geral à componente aditiva da decisão decorrente de uma lacuna axiológica e do alargamento da hipótese em sede de controle abstrato. Todavia, ainda assim, em alguns casos, o TCP manifestou-se, quando exigia-se uma solução normativa baseada inequivocamente em princípio ou regra constitucional, a reparação do quadro de inconstitucionalidade excludente de uma categoria de pessoas para o exercício de um direito como, por exemplo, o Ac. N. 423/2001, de 9-10, em que uma norma reservava aos cidadãos portugueses que se tornaram incapazes, em decorrência das funções exercidas durante o Serviço Militar, excluindo-se os estrangeiros residentes, o gozo de direito de ingresso na função pública de natureza técnica. Assim, o TCP proferiu uma decisão de inconstitucionalidade – sem a eliminação do texto ou de uma parcela deste – sobre a norma ideal que reservava os benefícios apenas aos cidadãos portugueses, passando a ficar incluídas na previsão normativa, com base no princípio da igualdade, os estrangeiros residentes que se tornaram incapazes durante o Serviço Militar, conforme assinala Morais (2005, p. 389).

Por sua vez, a decisão aditiva *com a redução do texto* é aquela que busca reparar o quadro de invalidez no segmento de uma norma parcialmente inconstitucional. Apesar de aparentemente possível pensar em alguns traços com as demais decisões, o que sobretudo nos interessa sublinhar é que esta possui algumas características próprias e inconfundíveis, ou seja, sua possibilidade de redução do texto e, principalmente, no que se refere a importância de sua componente “ablativa”. Nesta linha, não há o que se falar em “retirada do mundo jurídico” de uma norma implícita e, conseqüentemente, inconstitucional como na técnica sem redução de texto, mas sim de apenas uma “parcela” de aplicação de uma determinada norma que pelo seu caráter explícito, torna-a inseparável do texto da questão dispositiva impugnada (MORAIS, 2005, p. 389).

Como já foi anteriormente lembrado, isto pode nos levar a confundir com a técnica usada nas sentenças aditivas *restitutivas* ou *demolitórias*. Porém, não há aqui a aplicação automática do “novo” conjunto normativo retificado pela decisão de inconstitucionalidade. Aqui é a componente reconstrutiva que ganha protagonismo e acaba por indicar, por via da construção interpretativa, a norma a ser aplicada aos destinatários do direito.

Ultrapassada a questão acerca da possibilidade das sentenças aditivas reduzirem ou não o texto da norma sindicada, há ainda um tema importante a se enfrentar no âmbito das sentenças aditivas: há ainda que se falar na possibilidade “*corretiva*” e “*integrativa*” destas sentenças.

Em linhas gerais, as sentenças aditivas “*corretivas*” decorrem da atribuição de sentidos conferidas a uma norma, de forma a transformar o sentido previamente estabelecido para que se compatibilize com a Constituição. Essa técnica, que encontra boa ambiência para se desenvolver em solo brasileiro, ocorre quando o decisor busca no texto legal uma direção normativa compatível com a Constituição. A solução, no caso, aproxima-se com a da técnica da “interpretação conforme”, pois a “re-construção” dá-se pela via interpretativa.

Por outro lado, as ditas “*sentenças aditivas integrativas*” são aquelas que o órgão julgador, com base no postulado da segurança jurídica, completude do ordenamento, ou mesmo justiça, identifica uma norma já presente no “ordenamento” e que servirá para colmatar a lacuna deixada pela própria norma (*horror vacui*) expurgada, a partir da própria sentença em sua concretização.

Não deve caber, porém, em qualquer hipótese, seja pela modalidade corretiva ou pela modalidade integrativa, que o órgão julgador elabore uma nova disciplina, ou que não encontre conformidade com o sistema constitucional (o que seria totalmente incongruente), tampouco, editar uma *novatio legis*, sob pena de violar o princípio de separação dos poderes. Neste caso, entendemos que deve o Tribunal recorrer a normas jurídicas existentes na própria ordem jurídica em vigor, evitando o chamado “criativismo judicial” (URBANO, 2012, p. 21).

Neste sentido, por consideremos o texto como base fundamental da interpretação, já que ele é que determina as possibilidades semânticas e sintáticas da norma em sua relação com o mundo em que se projeta, é-nos cara a ideia de que a “re- construção normativa” não pode cindir com tais possibilidades. Em defesa da higidez sistêmica, consideramos que os passos da correção e da integração não passam pela inovação normativa pelo Poder Judiciário, que deve se ater aos limites possíveis no processo de conformação normativa, em um quadro de respeito à separação de poderes (OTERO, 2010, p. 15).

Nesta linha, embora as sentenças aditivas corretivas também se encontrem presentes no sistema, elas não estão explícitas no “ordenamento”, mas devem ser extraídas da inteligência sistêmica. No caso das sentenças aditivas integrativas, elas se encontram explicitadas no ordenamento e são utilizadas pelos decisores no sentido de colmatar a lacuna identificada.

Embora as demandas decisórias do mundo contemporâneo exijam enorme esforço por parte do decisor, que a todo o momento se depara com o vazio normativo para questões concretas, a verdade é que há de se criar fronteiras inultrapassáveis às escolhas arbitrárias. A necessidade de se desenvolver um quadro teórico-jurídico que se coadune com as especificidades complexas do mundo atual e que, concomitantemente, se defina em um quadro plena e substancialmente democrático, é na verdade o desafio que se apresenta aos juristas do nosso tempo.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem que se pretenda fazer, nesta rubrica uma nova incursão nos temas abordados, impõe-se assinalar algumas das principais considerações desenvolvidas:

O estudo das sentenças manipulativas com efeitos aditivos enseja múltiplas abordagens que certamente, não se exaurem no presente estudo, com vistas a demonstrar a existência de tal instituto, bem como o potencial de vir a ser adotado em toda as suas possibilidades no âmbito do sistema jurídico-constitucional brasileiro.

A Justiça Constitucional perdeu, nas últimas décadas, o seu caráter rústico e primitivo ao apenas se importar com juízos de constitucionalidade/ inconstitucionalidade e que não garantiam uma solução adequada às demandas sociais crescentemente complexas. Além disso, sempre houve, seja pela manifestação legislativa, seja pela manifestação do Poder Judiciário, a produção de efeitos indesejáveis como lacunas e instabilidades jurídica e democrática, de forma que novas técnicas de decisões foram surgindo, até mesmo, para garantir uma resposta em conformidade com as novas exigências surgidas tanto no seio da sociedade, como também pelas obrigações estabelecidas pelos novos textos constitucionais.

É nesse quadro de preocupações e de necessidades pela garantia da própria Constituição que surgem as sentenças de caráter aditivo, como uma técnica de decisão reparadora das omissões inconstitucionais relativas, ou seja, daquelas omissões que possuem, também, um caráter comissivo, por violação, em regra, ao princípio da igualdade. As sentenças aditivas também têm por propósito evitar a produção de determinados efeitos colaterais originados pela própria decisão de inconstitucionalidade. Nesta linha, foram apresentadas não apenas o conceito de sentenças

com efeitos aditivos, mas também apresentadas algumas classificações a que estão as mesmas submetidas, de forma a enfrentar os problemas das lacunas normativas, analisando as técnicas de solução havidas pelos decisores para combater a inação/ inépcia do agente legiferante que, instado ao dever de produzir a norma sem violar o princípio da igualdade, falha em seus propósitos.

Essas possibilidades encontram seus limites inultrapassáveis nas bases dos textos jurídicos, esses sim, verdadeiros limites aos poderes criativos dos decisores, que, sem cerceamentos, pode usar de seus poderes de “re-criação”, mas não de criação. A criatividade do decisor/juiz está em desvelar a norma no âmbito do emaranhado quadro normativo pré-existente, pressuposto fundante do presente trabalho.

## 4. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANAS, Vitalino. *Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 1994.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 524 e ss.

LIMA, Marcelo Machado Costa. *A Validade Legítima: Um ensaio sobre o caso brasileiro*. 565 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) – Universidade de Lisboa. Lisboa, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle Difuso de Constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Ed.). *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo



de Controle abstrato da omissão. In: Instituto de Direito Público (IDP). *Caderno Virtual*, v. 1, n. 7, 2004. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/49/function.require>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de. As Omissões Legislativas e os Efeitos Jurídicos do Mandado de Injunção: um ângulo de visão português. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de Injunção: Estudos sobre a sua Regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional: O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

OTERO, Paulo. Direito Constitucional Português. *Organização do Poder Político*. (Vol. II). Coimbra: Almedina, 2010.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Eduardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Henning et. al. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas. Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão*. Lisboa: Universidade Católica, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012.