



André Maluf: Lei 13.300/2016 abre portas para sentenças aditivas

A entrada em vigor da Lei 13.300/2016, que regulamenta o Mandado de Injunção Individual e Coletivo, foi extremamente celebrada no meio jurídico nacional. O marco normativo consolida no Brasil um instrumento de combate à omissão inconstitucional sem correspondente na jurisdição constitucional comparada. Entretanto, a despeito da euforia com a mais recente inovação legislativa no Direito Constitucional, questões tormentosas como os limites e possibilidades de uma decisão judicial concretista certamente desafiarão àqueles que se debruçam sobre o tema.

A adoção pelo legislador da corrente [concretista intermediária](#) abre portas não só para eventuais conflitos institucionais entre Legislativo e Judiciário[1], mas, sobretudo, para a prolação de sentenças manipulativas de caráter aditivo.

As sentenças ou decisões aditivas são uma espécie do gênero sentenças manipulativas. Tais sentenças são assim denominadas em virtude da possibilidade de manipulação normativa do preceito questionado, não havendo um consenso sobre a sua terminologia ou classificação[2]. Optamos pela seguinte nomenclatura e classificação acompanhando parte da doutrina italiana[3]: sentença manipulativa é gênero que tem como espécies a sentença substitutiva e a sentença aditiva. Além disso, existem quatro subespécies de sentenças aditivas: i) sentença aditiva de prestação; ii) sentença aditiva de procedimento; e iii) sentença aditiva de princípio; iv) sentença aditiva de garantia.

A técnica da sentença aditiva surgiu diante da omissão do Parlamento italiano em conformar a antiga ordem infraconstitucional fascista com a Constituição de 1947. Logo, em um primeiro momento, através da técnica aditiva, a Corte Constitucional italiana buscou remover, de forma menos traumática à estrutura do ordenamento, a legislação residual fascista.[4] Esse tipo de decisão é extremamente relevante para: i) “salvar” a lei de uma declaração de inconstitucionalidade – preservando, assim, sua presunção *juris tantum* de constitucionalidade; ii) assegurar direitos fundamentais não exequíveis em razão de uma omissão inconstitucional parcial; e iii) evitar uma declaração de inconstitucionalidade que possa vir a gerar uma perigosa lacuna no ordenamento no caso de uma norma deficiente, criando uma situação mais gravosa do que a declaração direta de inconstitucionalidade.

A doutrina e a jurisprudência da Corte Constitucional italiana[5], traçam as condições para a prolação de sentenças aditivas: I – Ausência de matérias reservadas à reserva absoluta do legislador (criação de tipo penal, por exemplo); II – Impossibilidade de realizar interpretação conforme (ausência de polissemia ou de plurissignificatidade); III – Existência de uma omissão inconstitucional parcial; IV – Existência de uma solução *a rimme obbligate* (tanto na antiga visão de Crisaffuli quanto na visão de Zagrebelsky[6]); V – *Iter* procedimental: reconhecimento da insuficiência do texto, abstrata criação e posterior adição de conteúdo; VI – Reconhecimento de que a norma será inconstitucional (por omissão) – *enquanto não estabelece ..., ou não prevê ... ou omite... ou não inclui ... ou exclui...* algo que deveria incluir para ser compatível com a Constituição.

A legitimidade do uso da técnica aditiva ainda não é reconhecida expressamente pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Isso parece ocorrer em razão da prevalência do ultrapassado discurso dogmático de legislador negativo[7], e da inexistência de previsão legal expressa que autorize essa



espécie de técnica decisória. Consequentemente, em diversas oportunidades a Corte prolata uma decisão aditiva sob o manto das técnicas de interpretação conforme à Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto[8].

Todavia, com a previsão expressa da corrente concretista intermediária na Lei do Mandado de Injunção, o legislador definitivamente abre portas para decisões aditivas[9]. Diante de tarefa tão árdua e complexa, caberá à doutrina doutrinara (sic), de modo a estabelecer parâmetros seguros e coerentes de criação normativa. Neste sentido, Ademar Borges[10] afirma que havendo ausência de norma regulamentadora de direito materialmente fundamental a prolação de sentença aditiva na concessão da injunção mostra-se altamente recomendável no campo da proteção de direitos das minorias e pouco recomendável no caso de regulamentação e disciplina de direitos econômicos e sociais.

A Lei 13.300/2016 fecha uma porta e abre diversas outras: a grande questão não deve mais ser a existência ou não de criação judicial de Direito — eis que inerente ao processo interpretativo —, mas sim os limites dessa criação. O reconhecimento da possibilidade de prolação de sentenças aditivas contribui não só para um amadurecimento da jurisdição constitucional — como instrumento dialógico de aprimoramento institucional entre Legislativo e Judiciário —, mas, sobretudo, torna-se essencial para um controle da atuação do órgão jurisdicional (no sentido de *accountability*).

Os desdobramentos, limites e possibilidades das questões ventiladas certamente irão colocar à prova a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É imprescindível que a Corte evolua seu entendimento e assumam de forma nítida e transparente esse papel criativo. Nas palavras de Fernando Teixeira de Andrade em *Tempos de Travessia*: “Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.”

[1] Cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional no Brasil*. In: *Judicialização da Política e Democracia* (Obra coletiva). Julia Maurmann Ximenes (Org.). 1a ed. Brasília: IDP, 2014.

[2] Há autores que adotam o termo “modificativas” e ainda aqueles que afirmam serem estas decisões “criativas”. São também chamadas de sentenças *intermédias* exatamente porque se situam entre as decisões de simples acolhimento ou de rejeição da inconstitucionalidade.

[3] Adotamos como base os estudos de BELLOCCI, GIOVANETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte Costituzionale*, 2010; e MALFATI, PANIZZA, ROMBOLI, *Giustizia Costituzionale*. 4a Ed, Giappichelli Editore, Torino, 2013. 2013, p. 136.

[4] ANGELONE, Marco. *Sentenze additive della Corte costituzionale e interpretazione adeguatrice*. In: *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*. Collana “Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica italiana”, Femia Pasquale. Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 563.

[5] Silvestri, 1985, p. 765, *apud*, ANGELONE, 2006, p. 579; Augusto Martín de La Vega *apud* MENDES; BRANCO, 2012, p. 1938; MALFATI; PANIZZA; ROMBOLI, 2013, p. 136; BELLOCCI,



M.; GIOVANETTI, 2010, p.15.

[6] FILHO, Ademar Borges de Sousa. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Fórum, 2016, p. 261.

[7] A mais moderna doutrina constitucional sustenta que é essencial a superação definitiva do ultrapassado paradigma kelseniano de legislador negativo, de modo que a possibilidade de prolação de sentenças aditivas está de acordo com as necessidades do constitucionalismo democrático. O modelo de Kelsen mostra-se insuficiente diante de Constituições dirigentes com inúmeros conceitos indeterminados e omissões dos Poderes representativos. O próprio jurista de Viena reconhece que a concepção de um Tribunal nesse estilo não seria adequada para um sistema jurídico aberto. Rodrigo Brandão (*O STF e o dogma de legislador negativo*. PUC, RDES, 44, p. 189 a 220, jan/jun, 2014, p. 05) afirma que o normativismo kelseniano atribui o papel de legislador negativo ao Tribunal Constitucional, contudo Kelsen reconhecia expressamente a dimensão criativa da atuação da Corte no caso de conceitos abertos de modo que, para evitar que isso ocorresse, a Constituição deveria possuir regras precisas com parâmetros de controle. Em outras palavras, o papel da Corte – em havendo conceitos abertos e normas principiológicas – vai além de mero legislador negativo aplicador da Constituição. Seguindo tal linha, Lenio Streck (*Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. RT. 2013, p. 746-772) ressalta que não há mais como conceber o ultrapassado paradigma de legislador negativo proposto por Kelsen, pelos seguintes fundamentos: i) o alargamento (redimensionamento) das funções dos Tribunais Constitucionais surge como resposta às crises das instituições democráticas; ii) a morte dos juízes como meros "exegetas bocas da lei" implica necessariamente na extinção do dogma de legislador negativo, por razões de desenvolvimento jurídico e democrático; iii) a instituição da *interpretação conforme* pela Lei 9.868/99 foi uma confirmação do próprio Legislativo no sentido de que o Judiciário pode, expressamente, atuar através de adaptação e adição/adjudicação do sentido dos textos normativos, reconhecendo, assim, a expansão da sua atuação para além de mero legislador negativo.

[8] O Min. Gilmar em seu voto na ADPF 54 (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012, DJe. 20/04/2012) afirmou que: "Em outros vários casos mais antigos [ADI 3324, ADI 3046, ADI 2652, ADI 1946, ADI 2209, ADI 2596, ADI 2332, ADI 2084, ADI 1797, ADI 2087, ADI 1668, ADI 1344, ADI 2405, ADI 1105, ADI 11275], também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos. São vários os exemplos, a partir do caso do direito de greve do servidor público, mandado de injunção, ou mesmo o caso da relatoria de Vossa Excelência, Ministro Britto, a propósito do tema Raposa Serra do Sol, em que o Tribunal consagrou todos aqueles itens procedimentais a propósito dessa controvérsia." Mencionamos também a ADI 2652/DF (Rel. Min. Mauricio Correa, j. 08/05/2003, DJe. 14/11/2003) que tratou da exclusão de multa para advogados e a violação da isonomia. O STF julgou procedente o pedido dando interpretação conforme ao texto e afirmando que a expressão "*ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB*" alcançava a todos os advogados. Tratou-se de sentença aditiva de *garantia* ao adicionar categoria que anteriormente não havia sido contemplada. No emblemático caso de aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Dj. 12/04/2012, DJe. 20/04/2012) concordamos com o Min. Gilmar Mendes em seu voto e com os votos dissidentes, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, através de uma interpretação conforme, com efeitos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, criou uma sentença aditiva *in bonam partem* incluindo, na prática, uma excludente de ilicitude ao crime de aborto, muito embora o termo não seja mencionado na ementa do acórdão. Também no caso da União Homoafetiva (ADPF 132-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05/05/2011, DJe. 14/10/2011 e ADI 4277-DF, Rel. Min. Ayres Britto, j.



05/05/2011, DJe. 14/10/2011) a Corte, como no caso de aborto de fetos anencéfalos, prolatou decisão sob o nome de interpretação conforme, contudo, atribuiu eficácia de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (negativa da interpretação que inviabilize o reconhecimento da união homoafetiva como família atribuindo a esta o mesmo direito dos casais heterossexuais). Neste sentido afirmou o ministro Ayres Britto ao dizer que se tratava de uma *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung* (nulidade parcial sem redução de texto). Na prática, em verdade, isso resultou em sentença com efeitos aditivos (adicionou ao artigo 1.723 do Código Civil conteúdo que reconhece a união homoafetiva como entidade familiar possibilitando, portanto, sua união). Prova inequívoca dos efeitos aditivos pode ser verificada no reconhecimento da possibilidade de adoção por casais homoafetivos, no RE 846.102, Rel. Min. Carmen Lucia, decisão monocrática, negando seguimento ao Recurso Extraordinário, em 05 de março de 2015: “*Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva*”.

[9] Ressaltamos que diversos doutrinadores já se manifestavam pela possibilidade de prolação de decisões aditivas antes mesmo da publicação da Lei 13.300/16. Neste sentido: Gilmar Mendes, Lenio Streck, Ademar Borges, Dirley da Cunha Jr., Carlos Alexandre de Azevedo Campos e Marcelo Novelino.

[10] FILHO, Ademar Borges de Sousa. *Op. Cit*, p. 263.

Date Created

25/07/2016