

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO CIVIL I

CARLOS MARDEN CABRAL COUTINHO

VALTER MOURA DO CARMO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriitiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

P963

Processo Civil I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos Marden Cabral Coutinho; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-226-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo civil. 3. Isonomia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO CIVIL I

Apresentação

Mantendo o seu compromisso de persistir na pesquisa mesmo diante dos desafios apresentados pela Covid-19, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito realizou o seu II Encontro Virtual entre os dias 02 e 08 de dezembro, promovendo mais uma vez um grande encontro de pesquisadores. O evento contou ainda com o apoio do Centro Universitário Christus - Unichristus . Ao todo, o II Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito contou com 50 horas totais de evento durante 6 dias. Foram 61 GTs de Artigos, 22 GTs de Pôsteres, 21 Painéis, 3 Fóruns e 1 Curso. Também tivemos a Posse da nova Gestão 2020/2023 da Diretoria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito.

Neste grande evento tivemos a oportunidade de coordenar em conjunto o Grupo de Trabalho Processo Civil I, no qual foi realizado um profícuo debate em torno de temas centrais do Direito Processual; permitindo um diálogo construtivo entre pesquisadores de vários Programas de Pós-Graduação em Direito espalhados pelo Brasil.

Numa perspectiva temática, o Grupo de Trabalho se iniciou com as apresentações relacionadas à Teoria dos Precedentes, com as exposições referentes aos artigos “Um novo panorama da Justiça acerca da efetividade das decisões judiciais resultado da aplicação do sistema de precedentes do Código de Processo Civil”, “Segurança jurídica e o incidente de resolução de demandas repetitivas” e “Considerações sobre a ação coletiva da Lei n. 7.347 /85 e o incidente de resolução de demandas repetitivas à luz do Código de Processo Civil de 2015”; nos quais foram enfrentados importantes aspectos relacionados à implantação de um sistema de precedentes do Direito Processual brasileiro.

Dialogando com o tema, o Grupo de Trabalho prosseguiu com os assuntos relacionados ao sistema recursal, com a apresentação dos artigos “Origem e adversidades da técnica de julgamento ampliado” e “Honorários recursais e as perspectivas atuais do Superior Tribunal de Justiça”; os quais levantaram relevantes considerações atinentes ao novo design do sistema recursal brasileiro, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil em 2015.

Um importante momento do encontro aconteceu na sequência, quando os participantes ouviram as apresentações dos artigos “A imprescindibilidade da efetiva participação popular como forma de legitimar as decisões judiciais” e “Obrigatoriedade de participação na

audiência de conciliação e mediação frente ao Princípio da Autonomia da Vontade no processo democrático brasileiro”; uma oportunidade de estabelecer as necessárias conexões entre Direito Processual e Democracia, em especial questionando o perfil que o processo deve ter em um Estado Democrático de Direito.

No último bloco, foram apresentados os artigos “A aplicação da tutela inibitória ambiental na prevenção de danos futuros”, “Decisão manipulativa como instrumento de concretização do ativismo judicial”, “Lei geral de proteção de dados e a responsabilidade em caso de danos decorrentes da função jurisdicional” e “Teoria Geral do Processo Civil no Estado Contemporâneo: será que temos uma Teoria Geral dos Processos”?; os quais se mostraram excelentes em problematizar questões centrais do debate processual, provocando reflexões essenciais a todos os participantes.

Ao fim do encontro, acreditamos que o Grupo de Trabalho Processo Civil I cumpriu com grandeza a sua missão de proporcionar um diálogo acadêmico de qualidade, interligando pesquisadores de vários lugares numa grande rede de construção conjunta de conhecimento. Agora os trabalhos ficam disponíveis para todos os interessados, a quem desejamos boas pesquisas às quais com certeza esse material será fundamental.

#ContinuePesquisando

Prof. Dr. Carlos Marden Cabral Coutinho - Centro Universitário Christus (Unichristus)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - Universidade de Marília (UNIMAR)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Processo Civil I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DECISÃO MANIPULATIVA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

MANIPULATIVE DECISION AS INSTRUMENT IN CONCRETIZATION OF JUDICIAL ACTIVISM

**Massaki Fujimura Junior
José Miguel Garcia Medina**

Resumo

O presente texto trata da decisão manipulativa e o ativismo judicial. Para tanto, é realizado exposição história dos institutos analisados, bem como, seus respectivos conceitos. Ainda, investiga o protagonismo judicial para suprir as omissões legislativa. Outrossim, é apresentado alguns casos nas quais o Supremo Tribunal Federal atua como legislador negativo e, também, como legislador positivo.

Palavras-chave: Poder legislativo, Omissão, Função jurisdicional, Decisão manipulativa, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The presente text delas with manipulative decision and judicial activism. Therefore, history exhibition of the analyzed institutes is held, as well as, their respective concepts. Still, it investigates the judicial role to fill the legislative omissions. Oterwise, some cases are presented in which the Federal Supreme Court acts as a negative legislator and also as a positive legislator.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legislative ruling, Omission, Jurisdictional function, Manipulative decision, Judicial activism

1 INTRODUÇÃO

No período da monarquia, anterior aos séculos XVIII e XIX, as Leis Fundamentais regulamentavam superficialmente as atividades dos governantes e, ainda, não estabelecia com rigor as relações com os governados.

Ainda, as Leis Fundamentais eram vagas e difusas. As normas baseavam-se nos costumes e, em sua grande maioria, não eram escritas.

Por sua vez, no constitucionalismo moderno há uma tendência em disciplinar toda a atividade dos governantes e, também, todas as suas relações (dos governantes) com os governados.

Com o objetivo de disciplinar a atividade dos órgãos estatais e de seus agentes, o artigo 2º da Constituição Federal de 1988 estabelece a independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Conforme Nuno Piçarra (1989, p. 247),

a distinção entre função legislativa, função executiva e função judicial não surgiu originariamente marcada pela pretensão de compreender e descrever exhaustivamente as funções do Estado, mas como um intuito claramente prescritivo e garantístico: a separação orgânico-pessoal daquelas funções era imposta em nome da liberdade e da segurança individuais.

Todavia, além de estabelecer a independência e harmonia, também com o objetivo de disciplinar a atividade dos agentes estatais, a Constituição Federal de 1988 regulamenta no título IV a organização dos referidos poderes.

Com efeito, preleciona José Afonso da Silva (2020, p. 110) que:

O *governo* é, então, o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada [...] A *função legislativa* consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; [...] A *função jurisdicional* tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse.

Contudo, é possível que o Estado, ao exercer a sua função legislativa, edite lei com lacuna e/ou omissão. É possível, ainda, que o Estado deixe de legislar e, com isso, impeça a realização material de algum direito fundamental.

Então, ao constatar a existência de lacunas e/ou omissões legislativa que impeça a realização de algum direito fundamental, o Poder Judiciário é acionado para reconhecer e realizar o direito a despeito daquele vácuo legislativo e, como isso, exercer a função jurisdicional.

Para sanar as lacunas e/ou omissões legislativas, pelo Poder Judiciário é proferida decisão que não se limita a declarar a inconstitucionalidade da norma que é incompatível com a Constituição Federal.

Para sanar as lacunas e/ou omissões legislativas, pelo Poder Judiciário é proferida decisão que, como um “legislador positivo”, altera diretamente o conteúdo, o sentido da lei, adicionando ou substituindo normas, sob a justificativa de adequação a Constituição Federal.

E, a decisão que não se limita em declarar a inconstitucionalidade e, ainda, altera diretamente o conteúdo da lei com a adição ou substituição de normas, é denominada de decisão manipulativa.

O presente artigo (como o próprio título diz), analisa a decisão manipulativa como instrumento de concretização do ativismo judicial.

Para tanto, com o objetivo de ofertar informações relevantes e atuais sobre o tema proposto, é realizada pesquisa sobre a decisão manipulativa e, também, sobre o ativismo judicial.

Com isso, é analisado a evolução histórica, conceitos e, principalmente, o exercício do ativismo judicial através da decisão manipulativa.

Ademais, com o resultado das pesquisas realizada e exposta no presente artigo, é possível refletir sobre o tema e, ainda, constatar o seu constante acontecimento no mundo jurídico.

Outrossim, é indiscutível a importância do tema, haja vista que se trata de assunto atual, com várias decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DECISÃO MANIPULATIVA

De acordo com a pesquisa realizada, a decisão manipulativa é originária do direito italiano.

Conforme Carlos Blanco de Moraes (2009, p. 26 - 27):

[...] Foi fundamentalmente para dar resposta à necessidade de se fixarem critérios de preenchimento de omissões relativas inconstitucionais ou de lacunas geradas pela própria decisão de inconstitucionalidade que nasceram as sentenças com efeitos aditivos.

Nesse mesmo sentido, Antônio Veloso Peleja Júnior (2017, p. 139), diz que “nasceram da necessidade de dar respostas ou de fixar critérios de preenchimento de omissões relativas ou de lacunas geradas pela própria decisão de inconstitucionalidade.”

No período fascista italiano, são editadas várias leis conforme o interesse local e para regulamentar as condutas da época.

No entanto, em dezembro de 1947 é promulgado a Constituição da República Italiana, pós-período fascista, já com novos ideais.

Então, inicia-se um conflito entre a nova Constituição Italiana e a legislação infraconstitucional editada no período fascista.

Todavia, mesmo com todo o conflito existe entre a Constituição de 1947 e a legislação infraconstitucional editada no período fascista, o Parlamento Italiano queda-se absolutamente inerte, caracterizando-se, com isso, a omissão.

Ainda, no respectivo período, não havia a previsão de instrumentos constitucionais específicos (como os exemplos existentes no direito brasileiro: mandado de injunção, ação de inconstitucionalidade por omissão, etc.) para tratar da omissão legislativa.

Por isso, com o objetivo de combater a omissão parlamentar e, ainda, diante da ausência de instrumentos constitucionais específicos, pela Corte Italiana é criada nova técnica de decisão que, posteriormente, fora denominado de decisão manipulativa.

A intenção da prolação da decisão manipulativa era de atribuir novo sentido à norma e, com isso, resguardar a própria constitucionalidade da lei.

É salutar que, ao atribuir novo sentido normativo e proteger a constitucionalidade da lei, a Corte Constitucional Italiana também evita a lacuna legislativa.

A disciplina constitucional italiana demonstra que, o objetivo do constituinte era o de criar um Tribunal Constitucional à moda kelseniana, exercendo apenas a função de legislador negativo (FERNANDES, 2018, p. 86).

Porém, o Tribunal Constitucional ultrapassa esse objetivo e, tão logo, profere decisões das mais variadas técnicas e espécies.

No início, a decisão manipulativa é assunto de “fortes resistências na doutrina e, sobretudo, nos tribunais, havendo, num primeiro momento, casos evidentes de recusa de acatamento” [...] (MORAIS, 2009, p. 29).

Na década de sessenta, o Tribunal Constitucional Italiano recusa a aplicação da sentença interpretativa de rejeição, resultando, com isso, no drástico abandono pelos demais órgãos jurisdicionais (MORAIS, 2009, p. 29).

Já na década de setenta, o assunto se direciona para as decisões aditivas, sendo que, na Justiça Italiana é proferida a sentença nº 190 de 1970 com efeitos aditivos, determinando-se a obrigatoriedade de defensor no interrogatório (MORAIS, 2009, p. 29).

Porém, a sentença nº 190 de 1970 é recusada pelos tribunais judiciais, acarretando-se, assim, na necessidade de apreciação e manifestação do Tribunal Constitucional Italiano.

Por sua vez, pelo Tribunal Constitucional Italiano é proferido a sentença nº 67 de 1971 e, depois, a sentença nº 63 de 1972, reafirmando-se o seu posicionamento no sentido de que “negar efeitos ‘erga omnes’ à componente ‘aditiva’ seria reconhecer a falta de operatividade directa da Constituição” (MORAIS, 2009, p. 29).

Contudo, no início dos anos oitenta, com a intensa discussão doutrinária sobre o assunto, o Tribunal Constitucional Italiano sinaliza com um recuo e profere decisão fixando limites às sentenças aditivas, autorizando a sua utilização somente na presença de omissão ou lacuna legislativa.

André Dias Fernandes (2018, p. 85), afirma que, atualmente:

A Corte Constitucional Italiana é a que mais tem contribuído para a difusão e o desenvolvimento das decisões manipulativas, seja pelo seu pioneirismo, seja pela exuberância das técnicas e modalidades decisórias concebidas, seja pela frequência na sua prolação.

Ainda, “consoante dados oficiais da *Corte costituzionale*, no ano de 2014, o número de sentenças manipulativas sobre-excedeu o número de sentenças declaratórias de inconstitucionalidade *tout court*” (FERNANDES, 2018, p. 85).

Pode-se afirmar que, no direito italiano, a decisão manipulativa ganha força a partir do momento em que, o dogma da soberania da lei cede para a supremacia da Constituição.

No tocante ao direito alemão, é desenvolvido o apelo ao legislador (expressão original: *appell-entscheidungen*), na qual, com o objetivo de sanar eventual omissão, é enviado projeto de lei ao Legislativo, sem carácter obrigatório, conforme a decisão do Tribunal Constitucional.

Ainda, é interessante mencionar que, pelo Tribunal de Karlsruhe são proferidas diversas decisões manipulativas, nas quais “procuram reparar seja de forma imediata, seja de forma mediata, os vazios normativos, sem se substituírem ao legislador” (MORAIS, 2009, p. 30).

O Tribunal Constitucional alemão tem reprimido o uso da decisão manipulativa com efeito aditivo e, por outro lado, se posicionado para a utilização de sentença com regras de integração das lacunas ou das omissões legislativas.

Ainda, a doutrina alemã entende que, na existência de silêncio legislativo, a nulidade da lei não resolve o eventual problema.

Então, considerando o posicionamento doutrinário, o Tribunal Constitucional opta por utilizar a denominada “declaração de incompatibilidade sem a sanção de nulidade a qual concede ao legislador oportunidade para corrigir a situação” (MORAIS, 2009, p. 31).

É salutar que, até a sua correção, considera-se a lei como inconstitucional no ordenamento, sendo possível que o Tribunal Constitucional proíba a sua aplicação pelos demais tribunais.

É importante mencionar, ainda que, no direito alemão, há o denominado regime singular (ou medidas de necessidade), que se trata de medida de necessidade legislativa editadas pela Justiça; são medidas de necessidade editadas pelo Tribunal, com efeito provisório, até a correção da lei declarada inconstitucional.

Essa medida de necessidade substitui, provisoriamente, a lei declarada inconstitucional e tem como objetivo, evitar o vazio normativo, sendo que, está prevista o §32, al. 1 da Lei do Tribunal Constitucional alemão¹ (MORAIS, 2009, p. 32).

Tais medidas de necessidade têm validade por seis meses, sendo possível a sua prorrogação, para tanto, é necessária a aprovação por dois terços dos votos.

Outrossim, em caso de urgência, é possível adotar outras medidas para evitar o vazio legislativo, porém, é necessária a aprovação por três juízes.

Portanto, no direito alemão, desde tempos remotos, é comum a presença da função correspondente à legislativa na Justiça.

Já na Espanha, o Tribunal Constitucional (instalado em 1980), profere decisões manipulativas aditivas desde, aproximadamente, o ano de 1983, sendo que, as sentenças 103/1983 e 104/1983, são os primeiros exemplos (FERNANDES, 2018, p. 99).

Em Portugal, há registro de decisão manipulativa proferida no ano de 1986 (exemplo: acórdão 203/1986), sendo que, é utilizada com parcimônia e a doutrina lusitana, em geral, é contrária ao seu uso (FERNANDES, 2018, p. 119).

Na Áustria, a grande maioria das decisões manipulativas proferidas, são sem efeitos aditivos, sendo que, “o Tribunal Constitucional prefere comunicar com o legislador, incentivando-o a editar uma norma em falta através de uma decisão apelativa” (MORAIS, 2009, p. 32).

3 CONCEITO DE DECISÃO MANIPULATIVA

¹ “Em caso de controvérsia, o Tribunal Constitucional Federal pode regular transitoriamente uma situação mediante medida provisória, quando tal seja requerido com urgência, tendo por fim evitar graves prejuízos, fazer face a um perigo iminente ou em razão de outros factores importantes respeitantes ao bem comum” (MORAIS, 2009, p. 32).

A Justiça Constitucional é originária do pensamento de Hans Kelsen, no sentido de que exerce a função do legislador negativo, competindo à Corte apenas a anular o ato legislativo considerado inconstitucional (MORAIS, 2009, p. 22).

Muito embora a decretação da nulidade da lei possa ser considerada a melhor decisão para garantir a integridade da Constituição Federal, lado outro, ao agir como legislador negativo, a Corte Constitucional está ensejando um vazio na legislação.

É salutar que, esse vazio legislativo provocado pela ação como legislador negativo, aliado a omissão do Poder Legislativo, é motivo gerador de extrema insegurança jurídica.

Então, em consideração ao princípio do aproveitamento dos atos, pelo Tribunal Constitucional é necessário aplicar uma interpretação criativa da lei e a proferir decisões com criatividade jurídica.

A criatividade jurídica é no sentido de analisar o caso, reconhecer a ausência do elemento normativo (omissão legislativa) e, ao final, acrescentar a interpretação necessária na lei. Essa é a denominada decisão manipulativa.

Menciona Carlos Blanco de Moraes (2009, p. 15 – 17) que,

as decisões de inconstitucionalidade em fiscalização abstracta sucessiva podem, atento o critério dos respectivos efeitos, desdobrar-se em duas categorias: a das *sentenças simples* e a das *sentenças manipulativas*.

Assumem natureza *simples* as decisões que implicam a eliminação de uma norma inconstitucional, bem como a supressa retroactiva de todos os efeitos por ela produzidos, salvaguardados os casos julgados.

[...]

Em contraponto a este tipo de decisões-regra, surgem as *sentenças manipulativas* ou decisões de '*carácter intermédio*'.

Em sentido lato, e abarcando apenas as decisões desta natureza existentes na *ordem jurídica portuguesa*, as sentenças manipulativas consistem em *decisões jurisdicionais que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento*.

Antônio Veloso Peleja Júnior (2017, p. 142), afirma que,

o texto da disposição legal impugnada permanece inalterado, mas o tribunal cria uma norma e adiciona ao texto da disposição. A sentença declarará que essa nova norma se infere na Constituição e que sua adição à disposição recorrida é determinante para assegurar a constitucionalidade da norma.

André Dias Fernandes (2018, p. 43), afirma que,

as decisões manipulativas caracterizam-se por um elevado grau de criatividade judicial, que as torna *atípicas*. São também denominadas de decisões *intermédias*, porquanto ficam a meio caminho entre decisões de mera procedência e de mera improcedência do pedido (total ou parcial). O órgão que as profere não atua como mero legislador negativo, mas como legislador positivo, criando ou restringindo direitos de maneira importante.

Já Léo Brust (2014, p. 160) diz que é,

[...] aquele tipo de decisão em que o Tribunal não se limita a escolher entre interpretações alternativas contidas no preceito, senão que lhe atribui um novo sentido ou, o que é o mesmo, manipula ou modifica seu conteúdo normativo. Costuma-se dizer que as sentenças manipulativas são aquelas decisões interpretativas de

procedência que declaram inconstitucional uma parte do conteúdo normativo derivado *conjuntamente* ou *contemporaneamente* do texto, conservando-o íntegro.

Constata-se, então que, a decisão manipulativa é aquela proferida no controle de constitucionalidade, que reconhece a existência da omissão legislativa e acrescenta na lei a norma ausente.

A decisão manipulativa é aplicada quando constatado a inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo, sendo que, o seu objetivo é garantir o exercício de direitos estabelecidos na Constituição Federal e, também, para preservar o conteúdo da lei.

4 O ATIVISMO JUDICIAL: BREVE EXPOSIÇÃO

Roberto Romboli (2015, p. 40), diz que

O papel do juiz no ordenamento e as suas diversas transformações sofridas ao longo do tempo encontram, em grande medida, fundamento na mais típica e delicada atividade desenvolvida pelo mesmo, as saber, a interpretação dos textos normativos que se colocam, consequentemente, em estreita conexão com a modificação e a ampliação das técnicas interpretativas utilizáveis. Dentre as mais recentes técnicas, encontram-se a interpretação conforme, a comparação ou as *rationes decidendi* das cortes e juízes estrangeiros.

Apesar da aproximação ocorrida nos últimos anos, é inegável a influência da posição historicamente assumida nos diversos ordenamentos pela figura do juiz e pela atividade jurisdicional.

Vladimir Santos Vitovsky (2010, p. 90 – 91) afirma que

No famoso caso Louise Ménard, o bom juiz Magnaud absolveu uma jovem mãe de 23 anos, que acabara de roubar um pedaço de pão na padaria de sua localidade. Magnaud fez valer o estado de necessidade da acusada, que junto com seu filho de dois anos estavam sem comer havia 36 horas. O juiz entendeu que, quando uma mãe de família rouba pão, não seria por sua culpa, admitindo, assim, que a sociedade tinha uma parcela de responsabilidade nas atitudes dos indivíduos, pelo que, o juiz poderia, e deveria interpretar humanamente as inflexíveis prescrições da lei. [...] O juiz Magnaud torna-se célebre no meio judiciário pelos seus julgados, aplicando mais a equidade do que a letra fria da lei. Trata-se de um caso notório de ativismo judicial [...]

Mas, indaga-se: o que é ativismo judicial?

Menciona Luis Roberto Barroso (2009, p. 7) que

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

Tem-se que o nascimento e principal palco de debates sobre o ativismo judicial, está nos Estados Unidos.

É cediço que, a Constituição dos Estados Unidos é de natureza sucinta e, por conseguinte, vários assuntos de alta complexidade ficam sem regulamentação clara e direta.

Então, quando se tem algum caso complexo sem a regulamentação da Constituição americana, os julgadores são obrigados a interpretar (a Constituição) e, também, ampliar os seus efeitos para apresentar uma solução ao litígio.

A expressão “ativismo judicial” é utilizada pela primeira vez no ano de 1947, pelo jornalista americano Arthur M. Schlesinger Jr., na revista *Fortune* (ARANHA FILHO; ARANHA, 2014, p. 3).

Na época, a Suprema Corte dos Estados Unidos era formada por dois grupos, sendo um de julgadores considerados como ativistas e, de outro lado, também havia julgadores considerados de “autocontenção judicial” (ARANHA FILHO; ARANHA, 2014, p. 3).

Então, o objetivo do jornalista americano Arthur M. Schlesinger Jr. era de identificar e explicar o raciocínio de atuação dos membros Suprema Corte americana (ARANHA FILHO; ARANHA, 2014, p. 3).

Para o grupo de julgadores considerados como ativistas judiciais, o Tribunal Constitucional poderia desempenhar uma função de efetivação de políticas para a promoção do bem-estar social (ARANHA FILHO; ARANHA, 2014, p. 3).

Já para o grupo de julgadores considerados de autocontenção judicial, havia a necessidade de manifestar somente dentro dos limites constitucionais e legais, sendo que, as questões de políticas públicas eram de competência dos poderes eleitos (ARANHA FILHO; ARANHA, 2014, p. 3).

É salutar que, a principal diferença entre os dois grupos, era a de que, no ativismo judicial era extraído o máximo das potencialidades do texto constitucional, enquanto que, na autocontenção a Constituição era aplicada de forma restrita, sendo que, as decisões de políticas públicas eram proferidas pelos Poderes Executivo e Legislativo (ARANHA FILHO; ARANHA, 2014, p. 3).

Nesse estudo realizado pelo jornalista americano Arthur M. Schlesinger Jr., é, pela primeira vez, mencionado a expressão “ativismo judicial”, sendo que, na época, com conotação negativa, contrapondo-se ao termo *self restraint* (ARANHA FILHO; ARANHA, 2014, p. 3).

Porém, mesmo com conotação negativa, por mais de vinte anos, o ativismo judicial fora praticado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, principalmente, na área dos direitos fundamentais (CASTRO, 2015, p. 2093).

Atualmente, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América está seguindo o conservadorismo e respeito às decisões políticas do Congresso e da Presidência.

No contexto europeu, o Tribunal Constitucional da Alemanha, embora há decisões que caracteriza o ativismo judicial, porém, tem uma conduta mais conservadora e de respeito ao Parlamento (CASTRO, 2015, p. 2093).

É salutar que, as decisões do Tribunal Constitucional Alemão, demonstram que está direcionado para a não interferência na atuação do legislador

Por sua vez, a Corte Constitucional de Portugal, como o da Alemanha, está direcionado para a não interferência, todavia, há decisões com características do ativismo e, inclusive, está se aumentando com o passar do tempo (CASTRO, 2015, p. 2094).

É importante mencionar, ainda que, há divergência doutrinária atinente ao significado e conotação do referente ao ativismo judicial.

Quando mencionada pela primeira vez, pelo jornalista americano Arthur M. Schlesinger Jr., o entendimento era de que, muito embora de caráter politicamente progressista, o termo ativismo judicial era considerado uma ameaça á democracia, uma vez que, as decisões sobre direito fundamental e a política social são de competência das instituições eleitas democraticamente (ARANHA FILHO; ARANHA, 2014, p. 3).

Para Dimitri Dimoulis (2001, p. 461-465) o termo ativismo não é unívoco, sendo que, é mencionado desde meados do século XX, com a intenção de tecer críticas atinente a atuação de juízes que, com critérios subjetivos, interferem em casos com assuntos sociais controvertidos ou para comentar a atividade intensa do Poder Judiciário e sua intervenção em casos políticos.

Ainda para Dimitri Dimoulis (2001, p. 461-465), para existir um controle judicial sobre as decisões do Poder Legislativo, é necessário algo ou alguém para controlar o Poder Judiciário, pois, o guardião da Constituição não pode se transformar no seu Senhor (da Constituição).

Para Ronald Dworkin (1999, p. 451 – 452), a prática do ativismo judicial caracteriza, literalmente, o atropelo da Constituição, da sua história, das decisões até então proferidas e da tradição política, para impor ao outro Poder a própria vontade do Judiciário.

Já Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 395), afirma que o princípio da separação dos poderes não é motivo suficiente para criticar as decisões consideradas como ativistas.

5 A DECISÃO MANIPULATIVA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

Afirma Roberto Romboli (2015, p. 45) que,

Os espaços, mais ou menos amplos, reconhecidos à função interpretativa do juiz, são afetados, portanto, por algumas técnicas de juízo seguidas pela Corte constitucional (lembramos, em particular, o juízo de razoabilidade), como também, de especiais técnicas decisórias adotadas.

Nesse sentido, gostaria de indicar algumas, a meu ver, especialmente significativas, que determinaram uma incontestável expansão e valorização da atividade interpretativa do juiz.

A primeira destas é, sem dúvida, representada pelas sentenças interpretativas de rejeição, adotas desde os primeiros anos de funcionamento da justiça constitucional e através das quais a Corte declara não fundada a questão de constitucionalidade, porém, fornece, ao mesmo tempo, uma interpretação da disposição impugnada que permite evitar a declaração de inconstitucionalidade. A lei, em outros termos, é “salva” da inconstitucionalidade, desde que o juiz siga a interpretação indicada pela Corte, como a única constitucionalmente conforme.

Léo Brust (2014, p. 162), afirma que, “[...] para ser considerada manipulativa (modificativa), basta que a sentença modifique (manipule) o conteúdo normativo do preceito para torná-lo conforma a Constituição [...]”.

Então, é possível se constatar que, a principal característica da decisão manipulativa, é a interpretação e modificação do conteúdo normativo.

Riccardo Guastini (2019, p. 239), diz que,

Em relação, em particular, à interpretação decisória – isto é, às *decisões* interpretativas – convém recordar duas coisas.

Em primeiro lugar. Existem dois tipos de interpretação decisória (tanto doutrinária, quanto judicial): a interpretação decisória padrão (escolha de um significado determinado dentro da moldura daqueles admissíveis) e a interpretação criativa (escolha de um significado que não se enquadra dentro da moldura. Essa última, por sua vez, é praticamente indistinguível da construção jurídica (formulação de normas implícitas, etc.).

Segundo lugar: No âmbito das decisões judiciais, a argumentação da interpretação pertence à justificação externa da decisão e é parte integrante da motivação.

Indaga-se: pode a Corte Constitucional interpretar e alterar o sentido normativo da Constituição?

Benjamin Cardozo (2004, p., 119-120) diz que,

tendemos cada vez mais a reconhecer o fato de que, afinal de contas, existem poucas normas; o que existe, sobretudo, são critérios e graus. É uma questão de grau se fui negligente ou não. É uma questão de grau se, no uso da minha própria terra, fiz, um mau uso da propriedade que pode ser anulado por meu vizinho. É uma questão de grau se a lei que toma minha propriedade e limita minha conduta prejudica indevidamente minha liberdade. Assim também o dever de juiz torna-se uma questão grau, e ele será um juiz competente ou medíocre na medida em que avaliar essa exigência de forma rigorosa ou descuidada. Ele deve equilibrar todos os seus ingredientes, sua filosofia, sua lógica, suas analogias, sua história, seus costumes, seu sendo do que é certo e tudo o mais e, adicionando um pouco aqui e retirando um pouco ali, determinar do modo mais sábio que puder para que lado fará pender a balança.

Luís Roberto Barroso (2020, p. 139), afirma que,

na Europa, a doutrina tradicional, originária da teoria constitucional francesa, só admitia modificações na Constituição por via do procedimento próprio de reforma do seu texto. Coube à teoria constitucionalista alemã, em elaborações sucessivas, e à própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, o desenvolvimento e comprovação da tese da ocorrência de alterações na Constituição material de um Estado, sem qualquer mudança no texto formal. Essa admissão, é bem de ver, precisou

superar a separação metodológica rígida entre o mundo do Direito (o *ser*) e a realidade (o *dever ser*), imposta pelo positivismo jurídico.

Com efeito, está se aumentando a prolação de decisões manipulativas, não apenas no Brasil e Itália, mas também, em países da Europa, como Portugal e Espanha.

Augusto Martín de La Vega (2003, p. 229-230), diz que a expansão da decisão manipulativa, tem como fatores: a existência de uma Constituição programática; a elaboração de um ordenamento jurídico-positivo autoritário; a ineficácia da função legislativa do Estado.

Outrossim, “foram internalizadas no Brasil há pouco mais de uma década, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com algumas referências em julgados, pelos ministros Eros Grau e Gilmar Ferreira Mendes” (PELEJA JÚNIOR, 2017, p. 133).

José Miguel Garcia Medina (2020, p. 629-630), afirma que

há muito reconhece-se que o STF, além de limitar-se a declarar a inconstitucionalidade das leis em controle abstrato (cf. comentário *supra*), pode valer-se de outras técnicas, proferindo decisão de cunho “interpretativo” (rigorosamente, essa expressão é pouco precisa, pois também quando o STF se limita a declarar a inconstitucionalidade de uma lei ele interpreta, como é evidente; [...] Essas técnicas ligam-se àquela forma típica de julgamento e, rigorosamente, não chegariam a se conformar a uma decisão manipulativa, mas o STF as tem empregado de modo criativo, proferindo, sob tais vestes, decisões que substancialmente têm caráter *manipulativo* [...])

Citam-se como exemplos:

Pet 3388 (caso Raposa Serra do Sol), na qual a decisão do Supremo Tribunal Federal institui 19 “condições” ou “salvaguardas institucionais”, para a demarcação de uma reserva indígena. Frise-se que, não há previsão legal de tais “condições”, porém, o Supremo Tribunal Federal as instituiu.

Ainda, no MI 670 e, também, no MI 708, ambos de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal amplia a aplicação da Lei nº 7.783/89 aos servidores públicos, concedendo-lhes, por conseguinte, o direito ao exercício de greve.

No MS 22.307, rel. Min. Marco Aurélio, é discutido a possibilidade de extensão jurisprudencial da revisão de vencimentos, em percentual de 28,68%, para alcançar categorias de servidores públicos não beneficiados na lei. Então, o STF entende desnecessária lei específica para aplicar a revisão aos demais e, de plano, determina o reajuste nas folhas de pagamento.

Na ADI nº 2.332/DF, rel. Min. Moreira Alves, é concedido medida liminar para suspender, no art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/41 (desapropriação por utilidade pública), a eficácia da expressão “de até seis por cento ao ano”, para atribuir, ao final do *caput* do art. 15-A, interpretação conforme a Constituição, de que a base de cálculo dos juros compensatórios

será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença.

No RE nº 1.156.197 com repercussão geral, Rel. Min. Marco Aurélio, mesmo sem previsão legal, é determinado o registro do técnico em farmácia nos quadros do Conselho Regional de Farmácia.

Ainda sobre esse assunto, pelo Superior Tribunal de Justiça é proferido o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. POSSIBILIDADE DE TÉCNICO EM FARMÁCIA, INSCRITO NO RESPECTIVO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA, ASSUMIR A RESPONSABILIDADE TÉCNICA POR DROGARIA. RECONHECIMENTO, INDEPENDENTEMENTE DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTS. 15, § 3º, DA LEI 5.991/73, C/C O ART. 28 DO DECRETO 74.170/74, ATÉ A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 13.021/2014.

1. A Lei n. 13.021, de 8 de agosto de 2014, no seu art. 5º, estabeleceu que apenas farmacêuticos habilitados na forma da lei poderão atuar como responsáveis técnicos por farmácias de qualquer natureza, seja com manipulação de fórmulas, seja drogaria.

2. A par disso, permanece a importância de se pacificar o entendimento a ser aplicado nos casos regidos pelas normas anteriores. A relevância prática da definição do posicionamento a ser seguido é percebida notadamente naquelas hipóteses que envolvam cobrança de multa de drogaria por haver admitido a atuação de técnicos em farmácia no mister de responsáveis técnicos. 3. Assim, para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, firma-se a compreensão no seguinte sentido: É facultado aos técnicos de farmácia, regularmente inscritos no Conselho Regional de Farmácia, a assunção de responsabilidade técnica por drogaria, independentemente do preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 15, § 3º, da Lei 5.991/73, c/c o art. 28 do Decreto 74.170/74, entendimento que deve ser aplicado até a entrada em vigor da Lei n. 13.021/2014.

4. No caso concreto, o pedido veiculado no recurso especial foi a concessão ao recorrente do direito de assunção de responsabilidade técnica por drogaria. Assim, levando em conta que, desde a edição da Lei 13.021/2014, não é mais possível a emissão de Certificado de Responsabilidade Técnica por drogaria à técnico de farmácia, há de ser julgado improcedente o pleito. 5. Recurso especial a que se nega provimento. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução/STJ n. 8/2008. (REsp 1243994/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 19/09/2017)

Não se pode olvidar, outrossim, da criminalização da homofobia (STF, ADO 26 e MI 4733), na qual, sem prévia lei, o Supremo Tribunal Federal cria um tipo penal (ainda que por analogia).

6 CONCLUSÃO

É cediço que, o direito constitucional e o direito processual civil têm se preocupado demasiadamente com as denominadas omissões legislativas e, por conseguinte, com o ativismo judicial.

Por isso, é importante desenvolver instrumento capaz de restringir a dimensão dos efeitos negativos das omissões legislativas. Efeitos esses experimentados pelo cidadão titular de direitos estabelecidos pela Constituição Federal.

Com efeito, para restringir tais efeitos negativos, é necessário aplicar técnicas de decisão capazes de suprir do ordenamento jurídico eventual omissão, sem que isso resulte em distorção da própria sistemática constitucional. E essa técnica é a denominada decisão manipulativa.

A decisão manipulativa é uma realidade em vários países (tais como Portugal, Espanha, Itália, Áustria, Alemanha, etc.), inclusive, no Brasil.

Não existe discussão sobre a sua existência ou não da decisão manipulativa. A discussão que existe é somente sobre os seus limites e consequências.

A decisão manipulativa é um instrumento legítimo capaz de sanar eventuais omissões legislativas, uma vez que, ao suprir as lacunas axiológicas suscetíveis de lesar direitos e garantias fundamentais, mormente, os princípios da igualdade e da segurança jurídica, garantem, de outro lado, a supremacia da Constituição.

No entanto, é necessário cautela ao utilizar tal instrumento, pois o seu uso demasiado pode caracterizar a invasão de competências institucionais e, por conseguinte, o ativismo judicial.

No tocante ao ativismo judicial, trata-se de um método dinâmico e expansivo de interpretar a Constituição Federal, potencializando o seu sentido e alcance.

Contudo, é uma atividade de risco, haja vista que está relacionado a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Poder Judiciário para decidir sobre determinados assuntos.

Ressalte-se, ainda que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal, tem-se aquilo que se pode chamar de “supremocracia”, na qual todos os assuntos polêmicos e importantes são decididos pela Corte Constitucional.

REFERÊNCIAS

ARANHA FILHO, Adalberto José Queiróz Telles de Camargo; ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo. A legitimidade constitucional do ativismo judicial. **Revista de direito constitucional e internacional**. v.86/2014, jan. – mar./ 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, v. 05, 2009. Disponível em <<http://www.bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>> Acesso em: 04 de setembro de 2020.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio. O ativismo judicial. In: FELLET, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Coord.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

BRUST, Léo. **Controle de constitucionalidade a tipologia das decisões do STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

CASTRO, Vitória Izabel S.S.. As sentenças aditivas como particular (e controversa) expressão de ativismo judicial. **Revista jurídica luso-brasileira**, ano 1, nº 2, 2015. Disponível em: cidp.pt>revistas>rjlb. Acesso em: 02/09/2020.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Coord.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERNANDES, André Dias. **Modulação dos efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro**. Possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Juspodivm, 2018.

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

LA VEGA, Augusto Martín de. **La sentencia constitucional em Italia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição federal comentada**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MORAIS, Carlos Blanco de. **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Sentenças aditivas & jurisdição constitucional**. A performance diferenciada do juiz constitucional. Curitiba: Juruá, 2017.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

ROMBOLI, Roberto. A função interpretativa do juiz comum e a influência sobre ela exercida pela jurisprudência constitucional. **Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 43. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

VITOVSKY, Vladimir Santos. Activismo judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sociojurídica. In: ANJOS, Leonardo Fernandes; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). **Activismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.