

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

S624

Sistemas de justiça constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano Brasil;

Coordenadores: José Ribas Vieira, Cecília Caballero Lois e Mário Cesar da Silva Andrade – Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-511-9

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

Tema: Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Constitucionalismo. 3. Justiça Constitucional. 4. Controle de Constitucionalidade. 5. América Latina. 6. Novo Constitucionalismo Latino-americano. I. Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano (6:2016 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Justiça Constitucional. Controle de Constitucionalidade. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Mário Cesar da Silva Andrade – UFRJ

A LEGITIMIDADE DA DECISÃO MANIPULATIVA NA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS.

THE LEGITIMACY OF MANIPULATIVE DECISION IN BRAZILIAN CONSTITUTIONAL LAWS AND CONSTITUTIONAL LIMITS.

**Marcela Pithon Brito dos Santos Dantas
Fabiana Oliveira Bastos de Castro**

Resumo

O presente trabalho se destina a estudar a legitimidade da decisão manipulativa na ordem jurídica constitucional. Parte-se de considerações acerca da evolução do constitucionalismo, em seguida analisa-se os métodos de interpretação, o controle de constitucionalidade e o conceito das decisões manipulativas. Ato contínuo, é explicitado o que se entende pela legitimidade e demarca-se os limites da decisão criativa no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, para finalmente, concluir que a decisão manipulativa, sobretudo por implementar garantias fundamentais, é de extrema importância para o direito constitucional, embora deva sua técnica ser utilizada com cautela pelo julgador, observando os limites impostos na Constituição, sob pena de desvirtuar o ordenamento jurídico vigente.

Palavras-chave: Decisão manipulativa, Interpretação da constituição, Legitimidade

Abstract/Resumen/Résumé

This work is intended to study the legitimacy of manipulative decision in constitutional law. This is based on considerations about the evolution of constitutionalism, then it analyzes the methods of interpretation, the constitutionality control and the concept of manipulative decisions. Subsequently, it is explained what is meant by legitimacy and it demarcates boundaries of creative decision within the Brazilian legal system, to finally conclude that the manipulative decision, especially by implementing fundamental guarantees, it is of utmost importance to the constitutional right although his technique should be used with caution by the judge, noting the limits imposed by the Constitution, otherwise misrepresent the current law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Manipulative decision, Interpretation of the constitution, Legitimacy

INTRODUÇÃO

O tema denominado “*a legitimidade da decisão manipulativa na ordem jurídica constitucional brasileira*”, está diretamente relacionado a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, sendo o seu estudo de grande relevância social e jurídica.

Isto porque, a teoria da Constituição e o direito constitucional contemporâneo passaram por uma revolução profunda nos últimos tempos, sobretudo pela judicialização das grandes questões envolvendo direitos fundamentais, separação de poderes e políticas públicas.

Assim, o direito constitucional assumiu definitivamente seu caráter transformador, ao procurar atender as novas demandas sociais e defender a efetivação dos preceitos fundamentais.

Nesse panorama, o Supremo Tribunal Federal buscou no direito comparado, em especial no italiano, a teoria criativa denominada pela doutrina de decisões manipulativas. Essa forma decisão pretende evitar que o Poder Judiciário declare de imediato a inconstitucionalidade da norma, manipulando os efeitos de eventual declaração e o conteúdo da norma submetida a julgamento, para integrá-lo, alterá-lo ou mesmo modifica-lo, buscando efetivar omissões legislativas e dar eficácia a preceitos constitucionais.

Porém, a interpretação conforme a Constituição de caráter aditivo ou então substitutivo, em verdade, permite ao julgador o exercício de um poder atípico, qual seja, o de criar norma jurídica, fato este que motiva a indagação sobre os limites e legitimidade das sentenças com efeitos manipulativos.

Para tentar aclarar o tema, aborda-se inicialmente a evolução da teoria da constituição, desde do feudalismo ao neoconstitucionalismo moderno, e após aborda-se, de forma sucinta, os métodos de interpretação do texto constitucional, o exercício de controle de constitucionalidade e a classificação da decisão com efeitos manipulativos.

Em seguida, utilizando-se de todo o conteúdo já analisado, e enfrentado o tema diretamente, analisa-se o ordenamento constitucional brasileiro vigente para estabelecer quais seriam os limites do poder criativo do juiz, e o que legitima a decisão manipulativa, atentando-se para a necessidade de se buscar meios de atender as demandas sociais bem como de atualização do texto constitucional.

1 A EVOLUÇÃO DA TEORIA CONSTITUCIONAL: DO JUSNATURALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO. DA ABERTURA DO SISTEMA CONSTITUCIONAL.

No sistema feudalista os problemas envolvendo o desenvolvimento da sociedade eram solucionados com a aplicação das regras consuetudinárias, advindas da influência teleológica e do direito natural. Aos poucos foram percebendo que esse sistema não supria mais as necessidades da época e o sistema feudal foi deixando de existir ao ceder espaço para o Estado absolutista, donde imperava as vontades do rei.

Essa forma de gerir o Estado, também não satisfiz o povo, em especial a burguesia que era a principal fonte de renda e a força matriz que sustentava os luxos do governo medieval. Sobrevindo as revoluções inglesas, francesa, independência dos Estados Unidos etc., deu-se entrada no Estado Moderno, quando o Poder Legislativo, no afã de representar o povo, passou a desempenhar um papel fundamental na sociedade política, sobretudo após o advento da Segunda Guerra Mundial.

Com o advento do liberalismo e o pensamento iluminista, vários filósofos buscavam a racionalização do direito e a limitação do poder monárquico, dentre eles se destacaram os jusnaturalistas Thomas Hobbes, Charles Louis de Secondat, Barão de Montesquieu e Jean Jacques Rousseau, que com base no direito natural racional, defendiam a divisão de poderes¹, em especial, destaca-se Montesquieu com o sistema de

¹ O princípio da separação dos poderes foi consagrado por Montesquieu, com base na premissa de que “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar crimes e as querelas entre os

freios e contrapesos entre as funções legislativas, executivas e judiciárias, visando o controle de um poder sobre o outro de forma harmônica e independente.

Não se estabelecia diferença substancial entre os poderes executivos e legislativos, sendo ambos vinculados à elaboração das leis. Tratava de uma era em que o Poder Legislativo exercia uma grande importância dentro do Estado, já que estava se vivendo sobre a égide do estrito positivismo, onde tudo dependia da lei.² O Poder Judiciário era pouco atuante nessa época, pois o julgador era visto como mero aplicador das leis, sem qualquer espaço para interpretação dos atos normativos, já que a legitimidade consistia somente em aplicar a lei ao caso concreto, como mandava a escola tradicional da exegese. Dessa forma, ensina LEAL (2007, p. 24-25)³:

Outro não era o fundamento inspirador da escola de exegese, segundo o qual o juiz aparece proibido de interpretar a lei, cabendo-lhe tão-somente a tarefa de aplicar a norma geral ao caso concreto (subsunção). Trata-se, portanto, de um verdadeiro silogismo lógico, descabendo ao magistrado qualquer atividade criativa. Com efeito, este ideal de plenitude e de suficiência da lei não deixa abertura para a interpretação, mas atende (numa perspectiva hermenêutica, isto é apenas uma ilusão), em contrapartida, aos ideais de certeza e de segurança jurídica tão caros à burguesia ascendente, que além de assumir o poder político e institucionalizá-lo na forma da lei, precisava assegurar e garantir o estrito cumprimento de seus conteúdos. Daí o caráter extremamente restrito, reservado à atividade judicial (interpretativa) neste período, que se apresenta absolutamente vinculada e submetida às deliberações do Legislativo.

particulares”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Muracho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 168)

² Como explica BARROSO (2015, p. 263), na passagem do absolutista para o Estado liberal, o direito incorpora o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, matéria-prima das revoluções francesas e americana. Começa as eras das codificações, inaugurada pelo Código Napoleônico, de 1804, que espelha a pretensão racionalista da época. O Direito moderno, em suas categorias principais, consolida-se no século XIX, já arrebatado pela onda positivista, com status e ambição de ciência.

A benesse do modelo positivista custou muito caro para a humanidade, já que a segurança jurídica advinda desse sistema serviu de manto para diversas formas de autoritarismo que se aproveitam da lei para dar caráter de legalidade as atrocidades. Nesse sentido, ilustra BARROSO (2015, p. 275-276):

Em diferentes partes do mundo, o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados [...] sendo a sua decadência emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente.

Ao longo dos tempos o cenário foi mudando, principalmente com o advento do Estado Constitucional de Direito, período em que a Constituição deixou de ser vista como documento essencialmente político, passando a ter força normativa, deixando para o passado o positivismo jurídico e entrando na nova interpretativa do pós-positivismo.

Nesse contexto, na atualidade, as normas continuam sendo interpretadas de acordo com o direito posto, porém sempre com a observância de valores suprapositivos que estavam esquecidos, devido o apego exagerado as normas. Esse fortalecimento se deu em meados do século XX, após a segunda guerra mundial, quando os direitos fundamentais passaram a ter *status* constitucional e a serem resguardados pelo Poder Judiciário, dando ensejo ao que passou a ser denominado de neoconstitucionalismo. Acerca do panorama histórico, explica José Adércio Leite Sampaio (2010, p. 133) que:

O sentido de direitos humanos ou fundamentais tem certamente suas fontes em processos históricos muito longínquos no tempo. Todavia, somente com as mudanças sociais, econômicas e políticas no trânsito da Idade Média para a Idade Moderna é que assumem tais direitos significado mais preciso. [...] temos dispostas assim as três grandes

matrizes do sistema de direitos humanos: religião, processo e propriedade. Ou mais precisamente a liberdade religiosa, as garantias processuais e o direito de propriedade.

Com essa nova visão de interpretação das normas, o Direito assume um papel crítico e indutivo de atuação dos poderes, permitindo aos juizes interpretar criativamente as normas jurídicas a luz da Constituição, com reconhecimento de normatividade aos princípios e a regras. Em razão disso, necessário se torna a diferenciação entre regras e princípios, onde segundo ALEXY⁴, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida do possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, diferenciando das regras que, quando válidas, devem ser aplicadas sempre por completo⁵.

Isso porque, segundo LEAL (2007, p. 56-57)⁶, a sociedade contemporânea possui como característica a diferenciação social e o pluralismo político, que demandam soluções diversas de acordo com o contexto vivenciado, e um sistema normativo fechado impediria a solução imediata. Nestes termos finaliza o autor:

Essa noção de Constituição aberta parte, ainda, do pressuposto de que a diferenciação social e o pluralismo são as principais características da sociedade contemporânea, razão pela qual, num contexto de conflitividade política e social não seria razoável tomar o ordenamento constitucional como um sistema normativo completo e fechado. Assim, a interpretação passa a ser caracterizada pela necessidade permanente de integração entre o texto normativo e a realidade, estabelecendo-se uma distinção semântica entre texto e norma, sendo esta última concebida como resultado da interpretação do primeiro, considerando a sua relação com os fatos que o cerca.

⁴ *Apud* SILVA, Virgílio Afonso. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed. 4ª tiragem. Ed Malheiros, p. 33.

⁵ Virgilio critica a teoria de Alexy, por entender que ela utiliza um critério estrutural para distinguir princípios de regras que não se encaixam nas classificações tradicionais de princípios, citando como exemplo o princípio da anterioridade que sempre foi visto como um princípio e pela teoria de Alexy é considerado regra. (*op cit* p. 30)

Com isso, a Constituição deixa de ser vista como um sistema completo e fechado, permitindo que o intérprete passe a integrar o texto normativo e trazendo a realidade para a norma, buscando tratar as situações conflituosas, sem que se altere o texto constitucional.

2 O ORDENAMENTO JURÍDICO INTERPRETADO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E AS DECISÕES MANIPULATIVAS.

Durante muito tempo a Constituição foi encarada como um documento eminentemente público e político, sem funcionalidade relevante, em razão de todo o direito girar em torno da lei que era a expressão máxima da época. Entretanto esse cenário jurídico sofreu uma mudança brusca após o término da segunda guerra mundial, no século XX, em razão da grande agressão à dignidade da pessoa humana, despertando a necessidade de se garantir a concretização e universalização de direitos fundamentais por meio de documentos.

Com a valorização da Constituição, as disposições contidas em seu texto passaram a obter o status de norma jurídica e a vincular todo o ordenamento jurídico, ocupando uma posição de supremacia em relação as demais. Em razão disso, a interpretação das normas constitucionais passou a ser necessária para que se pudesse obter o seu sentido e alcance e, assim, interpretar as normas infraconstitucionais com mais segurança.

Não obstante os problemas na aplicação dos métodos clássicos, o constituinte originário prevendo não ser possível antecipar todas as situações em que fosse necessária a aplicação da norma constitucional, utilizou em seu texto de vários termos indeterminados, deixando para o intérprete a função de interpretá-los de acordo com o contexto em que a situação foi exposta, construindo a solução que melhor se adeque ao caso, podendo, para isso, recorrer a considerações extrínsecas. Segundo BARROSO (2015, p. 303), a norma pode ser interpretada de diversas maneiras sem que

haja alteração do seu conteúdo. Porém, o limite para esta atividade está em não romper os vínculos substantivos com o objeto interpretado, sob pena de se estar criando uma nova norma.

Ocorre que um dos problemas enfrentados na interpretação da Constituição consiste nas hipóteses em que esta deixa espaço para que o intérprete decida questões morais e políticas que não têm como serem apreciadas sem que haja a interferência pessoal do julgador, por meio de suas pré-compreensões, do seu histórico de vida e das situações já vivenciadas pelo mesmo⁷. Ressalta MENDES (2011, p. 94) que para se encontrar uma norma é necessário que o intérprete tenha como marco inicial um fato concreto, analise o contexto social em que ele ocorreu para, somente após, buscar o sentido linguístico do enunciado normativo que pretende aplicar.

Percebe-se, nessa linha de explanação, que a aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, transformando a disposição abstrata em uma regra concreta, com a pretensão de conformar a realidade ao Direito, o ser ao dever ser⁸.

A princípio eram utilizadas as formas de interpretação jurídica desenvolvida por SAVIGNY⁹, consistentes na interpretação gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Porém, tal doutrina clássica não se mostrou suficiente para obter o sentido correto das normas devido à falta de liberdade para se exercer a atividade construtiva, ao julgador somente era conferido aplicar a subsunção do fato a norma.

A par disso, os filósofos passaram a desenvolver novos métodos de interpretação no intuito de aperfeiçoá-las ou completá-las, passando aquelas a ser conhecidas como métodos tradicionais. Dentre eles, segundo LENZA (2009, p. 91), foram criados o método científico-espiritual, o método normativo-estruturante e o método de comparação constitucional.

⁷ MENDES, p. 94

⁸ BARROSO, p. 304.

⁹ MENDES, p. 94

Sobre o tema, importante assinalar a advertência do Ministro Gilmar Mendes (2011, p. 107) que “*a Constituição em tantos dos seus dispositivos, assume o feitio de um ordenamento-marco, estipulando parâmetros e procedimentos para ação política. Assim, apesar do método ser suficiente para a interpretação de algumas normas, para outras foi necessário o desenvolvimento de outros métodos.*”

Por outro viés, pode-se afirmar a existência de inúmeros princípios que norteiam a interpretação constitucional, dentre eles, tem-se o princípio da unidade que preconiza que a Constituição deve ser interpretada em sua globalidade, como um todo, evitando-se contradições entre elas. Segundo MENDES (2011, p. 94):

O interprete tem que pressupor a racionalidade do constituinte quando da elaboração da constituição como ponto de partida hermenêutico como se a constituição fosse ideal, perfeita. Para que se chegue na racionalidade do legislador constituinte o interprete poderá lançar mão de vários recursos argumentativos.

Há ainda o princípio da força normativa da constituição que consiste em conferir a máxima efetividade as normas constitucionais quando da solução dos conflitos. O princípio da correlação funcional, por sua vez, prega que o intérprete ao aplicar as normas constitucionais deverá respeitar a divisão realizada pelo poder constituinte originário com relação a repartição de funções dos poderes.

Segundo o princípio da máxima efetividade, a norma constitucional deve ser aplicada no sentido de ter a mais ampla efetividade social com isso pode ocorrer de a norma constitucional entrar em colisão com outra norma de igual valor. Nesses casos, o intérprete observando o princípio da harmonização, deverá evitar o sacrifício total de uma das normas, solucionando o inconveniente com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Neste diapasão, a supremacia da constituição e a sua força vinculante nada adiantariam se não houvessem quem exercesse a vigilância constante dos atos públicos,

daí emanou o controle de constitucionalidade, donde as normas jurídicas devem, obrigatoriamente, serem submetidas ao vigilante olhar do Judiciário para fins de controlar os atos emitidos pelo Poder Público em geral.

Para tanto, embora sejam eficientes as previsões legais de controle de constitucionalidade pela via direta ou difusa, elas *per si* não conseguem atender todas as demandas sociais. Isso ocorre, principalmente, em razão da evolução da sociedade com a propositura de demandas cada vez mais complexas, onde a resposta não se encontra pronta na Constituição ou nas normas infraconstitucionais, forçando a intérprete a buscar novos métodos de hermenêutica e de interpretação para dar uma resposta justa ao caso que lhe é apresentado.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal buscou no direito comparado, em especial no italiano o que se convencionou chamar de decisões manipulativas. Essa forma decisão evita que o Poder Judiciário declare de imediato a inconstitucionalidade da norma, manipulando os efeitos de eventual declaração e o conteúdo da norma submetida a julgamento para integrá-lo, alterá-lo ou mesmo modifica-lo.

A doutrina vem dividindo em várias espécies essa espécie de decisão, sendo uma das espécies a decisão manipulativa de efeitos aditivos, que se dá quando o Tribunal declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto da lei ou seu âmbito de incidência. Neste sentido, ensina LENZA (2014, p. 177)¹⁰:

A sentença aditiva pode ser justificada, por exemplo, em razão da não observância do princípio da isonomia, notadamente nas situações em que a lei concede certo benefício ou tratamento a determinadas pessoas, mas exclui outras que se enquadrariam na mesma situação. Nessas hipóteses, o Tribunal Constitucional declara inconstitucional a norma na parte em que trata desigualmente os iguais, sem qualquer razoabilidade e/ou nexos de causalidade. Assim, a decisão se mostra aditiva, já que a

¹⁰ Disponível em: [<http://www.dizerodireito.com.br/2016/05/o-que-fazer-se-nao-existem-vagas.html>]. Acesso em: junho de 2016.

Corte, ao decidir, 'cria uma norma autônoma', estendendo aos excluídos o benefício.

Outro tipo de decisão manipulativa é a substitutiva, por meio da qual a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade de parte de uma norma jurídica e, substituindo por outra, criada pelo próprio Tribunal, dessa vez em conformidade com a Constituição.

O fato é que grandes questionamentos vêm sendo realizado sobre a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos e valores constitucionais, principalmente nos casos de controle de constitucionalidade, pois que ainda que se pretenda interpretações construtivistas e a integração das omissões constitucionais, questiona-se a legitimidade do judiciário, alegando-se que, por não ter sido eleito pelo cidadão para representá-los, estaria invadindo o espaço de atuação dos demais poderes.¹¹Eis o questionamento sobre o qual se debruça o próximo tópico.

3 A LEGITIMIDADE DA SENTENÇA MANIPULATIVA. DOS LIMITES PARA A INTERPRETAÇÃO CRIATIVA.

Como visto no tópico anterior, a teoria da Constituição e o direito constitucional contemporâneo passaram por uma revolução profunda nos últimos tempos, sobretudo pela judicialização das grandes questões envolvendo direitos fundamentais, separação de poderes e políticas públicas.

Nesse panorama, o Juiz deixa de realizar exclusivamente o exercício de uma mera atividade de pronunciar as palavras da lei para, por meio da interpretação constitucional, um exercer um destacado papel de atualização da Constituição. Assim, o direito constitucional assume definitivamente seu caráter transformador, ao procurar atender as novas demandas sociais e defender a efetivação dos preceitos fundamentais.

¹¹ BARROSO, p. 318.

A aliança entre a teoria constitucional e a expansão do papel do Juiz na sociedade, passou a ser denominada pela doutrina de fenômeno da criação judicial do direito, a qual consiste, em linhas gerais, na legitimidade conferida ao julgador de inovar a ordem jurídica estabelecida. Com efeito, CUNHA (2011, p. 201) afirma que:

Essa demanda social, fruto das novas condições sociais e econômicas, tem propiciado um crescente reconhecimento do fenômeno da *criação judicial do Direito*, por meio de uma interpretação judicial criativa e concretizadora, em virtude da qual juízes e tribunais estão habilitados e legitimados a inovar a ordem jurídica, constituindo *ex novo* o Direito, desenvolvendo e efetivando diretamente os preceitos constitucionais, ainda que dependentes de legislação concretizadora.

Desse modo, superada a visão inicial da jurisdição constitucional que estava limitada ao de legislador negativo, isto é, ao exercício do controle de constitucionalidade, por meio da qual a corte deveria somente exercer um juízo de exclusão, em que a lei considerada inconstitucional é suprimida do ordenamento jurídico, sem, no entanto, criar qualquer direito.

Nesse contexto, para buscar soluções além dos casos concretos e das ferramentas tradicionais, surgiu a técnica decisória criativa, teoria de origem italiana, denominada pela doutrina moderna de decisão manipulativa, a qual legitima a possibilidade do juiz ou tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição a determinados dispositivos, modificar, ampliar ou integrar o texto da norma a fim de que se saia do juízo constitucional comum e alcance um conteúdo diferente do originário. Revela-se ainda como uma forma de suprimir as omissões do poder público na efetivação das políticas públicas e dos direitos fundamentais.

Como assinala ROMBOLI¹², tratando das decisões manipulativas, a “*corte modifica diretamente a norma posta ao seu exame, através de decisões que são definidas como ‘autoaplicativas’, a indicar o caráter imediato de seus efeitos, que prescindem de qualquer sucessiva intervenção parlamentar*”.

¹² *Apud* Ministro Gilmar Mendes no voto do Recurso Extraordinário 641320/RS

Independentemente da classificação dogmática, sentenças com efeitos aditivos e substitutivos ou interpretação conforme a constituição com efeitos aditivos ou substitutivos, percebe-se que a decisão manipulativa trata de técnica decisória de supressão da inconstitucionalidade dos atos normativos.

No Brasil, tem sido frequente a utilização das decisões manipulativas pelo Supremo Tribunal Federal para fins de responder as necessidades derivadas da sociedade, o que se constata pela análise detida da jurisprudência atual, por meio da qual é possível verificar que o Tribunal confere, em muitos casos, interpretação conforme à Constituição as normas questionadas ao seu juízo para lhe adicionar novo conteúdo normativo.

A título de exemplo, o julgamento da ADPF 54, Rel. Marco Aurélio, que discutia a constitucionalidade da criminalização dos abortos de feto anencéfalos. Nesta oportunidade, a Suprema Corte atuou de forma criativa, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto, dando uma nova interpretação constitucional aos arts. 124 a 128 do Código Penal, tratando-se de uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva em matéria penal.

Outro exemplo de total relevância para o tema em discussão, tem-se quando da análise da aplicação ou não aos servidores públicos da Lei nº 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. O Supremo Tribunal Federal, neste caso, promoveu extensão aditiva do âmbito de incidência da norma, preenchendo a omissão legislativa e regulamentando o mandamento constitucional.¹³

Neste diapasão, como verificado, o Supremo Tribunal Federal pôde inovar o ordenamento jurídico com o uso de interpretação conforme a Constituição, tanto por meio das ações do sistema concentrado de controle como através dos remédios constitucionais individuais, proferindo as decisões manipulativas no atendimento de demandas específicas.

¹³ MI 670, Red. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, e MI 712, Rel. Min. Eros Grau, julgados em 25.10.2007.

Ocorre que, a Corte, em suas decisões, não atenta para os limites sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador. Daí surge a indagação sobre a existência ou não de alguma limitação às sentenças manipulativas.

Cediço que somente ao Poder Constituinte Originário é conferido os mais amplos e ilimitados¹⁴ poderes de criação do ordenamento jurídico de um país soberano, forma de organização do Estado, a função social etc., estando a alteração constitucional limitada na sua própria origem.

Decerto, porém, que as constituições não podem ser imutáveis, tendo em vista que os documentos precisam ter a capacidade de se adaptarem à evolução da sociedade. A par disso, explana BARROSO (2010, p.141) que:

Os documentos constitucionais precisam ser dotados da capacidade de se adaptarem à evolução histórica, às mudanças da realidade e às novas demandas sociais. Quando não seja possível proceder a essa atualização pelos mecanismos informais descritos acima, será imperativa a modificação do texto constitucional. Se perder a sintonia com o seu tempo, a Constituição já não poderá mais cumprir a sua função normativa e, fatalmente, cederá caminho para os fatores reais do poder. Estará condenada a ser uma Constituição meramente nominal, quando não semântica.

Contudo, o próprio doutrinador adverte que “*os textos constitucionais não podem estar ao sabor das circunstâncias, fragilizados diante de qualquer reação à sua pretensão normativa.*”, ou seja, as Constituições não podem ser volúveis a qualquer tensão, pois não cumpriria o seu papel de preservar direitos e valores fundamentais em face do poder político e das forças sociais.

¹⁴ Existem correntes que defendem que o Poder Constituinte Originário deve obedecer aos preceitos do direito natural, respeitando os direitos à vida, à liberdade e à propriedade.

Dessa forma, embora a formalidade prevista rigorosamente na Constituição para se alterar o texto constitucional não atenda, por vezes, a evolução social, não se pode ignorar que o poder constituinte de reforma estabelece as diretrizes (ou os limites) sobre o modo como o texto constitucional pode ser alterado por meio da interpretação conforme, seja com efeitos aditivos ou simplesmente por meio da decisão manipulativa. Com esse pensamento, ensina Gilmar Mendes (2011, p.151) que *“a nova interpretação há, porém, de encontrar no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior.”*

Nessa conjuntura, sendo a decisão manipulativa, em sentido literal, a manipulação do ordenamento jurídico para modificar, integrar ou alterar o conteúdo da norma posta a apreciação dando uma interpretação conforme a Constituição, pode-se afirmar que ela deve obedecer estritamente aos princípios e limites estruturantes da Constituição Federal.

A par disso, como já registrado, apesar da possibilidade de alteração do texto constitucional, deve-se conservar a essência de sua identidade, sobretudo os valores fundamentais que justificaram a sua criação, atentando-se para os limites materiais expressos e implícitos constantes na Constituição, que demarcam as possibilidades de agir do poder reformador. Segundo BARROSO (2010, p. 166) os limites implícitos de alteração da Constituição de 1988, são:

1^a) aos direitos fundamentais, que no caso brasileiro já se encontram, ao menos em parte, protegidos por disposição expressa (CF, art. 60, §4º); 2^a) ao titular do poder constituinte originário, haja vista que a soberania popular é pressuposto do regime constitucional democrático e, como tal, inderrogável; 3^a) ao titular do poder reformador, que não pode renunciar à sua competência nem, menos ainda, delega-la, embora nesse particular existam precedentes históricos, alguns deles bastantes problemáticos; 4^a) ao procedimento que disciplina o poder de reforma, pois este, como um poder delegado pelo constituinte originário, não pode alterar as condições da própria delegação.

Atente-se que os limites materiais encontram-se expressamente previstos na Constituição, conforme se verifica no artigo 60, §4º:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Dado a isso, importante lembrar que a teoria dos direitos fundamentais preconiza a proibição do retrocesso, também conhecido como efeito *cliquet*, que impede a revogação das normas ou a substituição delas por outras que não ofereçam garantias com eficácia equivalente na busca da proteção máxima dos direitos da pessoa humana. Sobre o tema, ensina CUNHA (2011):

A expressão ‘cliquet’ é de origem francesa, empregada pelos alpinistas para significar que, a partir de um determinado ponto da escalada, não é possível retroceder, devendo prosseguir sempre para cima, designando um movimento em que só é permitida a subida no percurso. Pois bem, o postulado da “proibição do retrocesso” orienta a evolução dos Direitos Fundamentais, em especial os Direitos Sociais aos quais o postulado em tela está mais associado, no sentido de que, uma vez reconhecidos na ordem jurídica, os Direitos não podem ser suprimidos ou enfraquecidos, sob pena de inconstitucionalidade.

Esse postulado foi consagrado na Constituição Federal de 1988 com as chamadas cláusulas pétreas que impedem o próprio poder constituinte reformador de suprimir os Direitos e Garantias Fundamentais, admitindo-se apenas ampliá-los.

Tal questão, foi recentemente valorizada, quando a Suprema Corte no julgamento do HC 126292/SP¹⁵, Rel. Min. Teori Zavascki, entendeu, por maioria, que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda

¹⁵ A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. (STF. Plenário. HC 126292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016)

que sujeito a recurso as cortes superiores, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência preconizado no artigo 5º, LVII da Constituição Federal, numa clara decisão criativa de manipulação do ordenamento jurídico.

Nada obstante, a citado dispositivo constitucional (CF, art. 5º, LVII) prevê claramente que ninguém poderá ser considerado culpado até que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É o chamado tecnicamente de princípio da presunção da não culpabilidade, que é consagrado não apenas na Constituição Federal, como também em documentos internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Logo, o que está definido na norma é que enquanto pendente qualquer recurso da defesa, deve ser assegurada a presunção de que o réu não é culpado, o que, inclusive, dispunha a anterior jurisprudência consolidada da própria Corte Constitucional.

Observa-se que até o presente momento, não existia no Brasil a execução provisória ou antecipada da pena¹⁶, enquanto não houvesse o trânsito em julgado para a acusação e para a defesa, de modo que o réu não poderia ser obrigado a iniciar o cumprimento da pena porque ainda é presumidamente não culpado.

Mas, a decisão proferida pelo STF, amparada nas demandas sociais de combate a corrupção e da aparente visão de impunidade das classes mais favorecidas, acaba por inaugurar uma nova visão jurídica, dando interpretação restritiva ao texto constitucional consagrado como direito fundamental, interferindo sobre a norma insculpida na Magna Carta como cláusula pétrea.

O que se nota é a necessidade urgente de que as decisões criativas devam obedecer a um limite, não apenas ao limite formal consubstanciado na criação de leis e regramentos, mas à própria essência constitucional, sobretudo os limites materiais implícitos e expressos na Constituição Federal, sob pena de instauração se uma completa

¹⁶ O condenado poderia até aguardar o julgamento do Recurso Especial ou do Recurso Extraordinário preso, desde que estivessem previstos os pressupostos necessários para a prisão preventiva (art. 312 do CPP). Dessa forma, ele poderia ficar preso, mas cautelarmente (preventivamente) e não como execução provisória da pena.

insegurança jurídica, pondo-se em cheque a estrutura normativa brasileira como um todo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em tempos onde se idealiza a efetivação dos direitos básicos das pessoas humanas, não há como se permitir que a lei desampare o seu povo, deixando-o à mercê de direitos e garantias individuais que tanto custaram à população. Assim, há que se atentar que o direito constitucional assumiu com o passar do tempo caráter transformador, visando atender as novas demandas sociais e defender a efetivação dos preceitos fundamentais.

Destarte, constata-se que a teoria da Constituição e o direito constitucional contemporâneo passaram por uma revolução profunda nos últimos tempos, promovida sobretudo pela judicialização das grandes questões envolvendo direitos fundamentais, separação de poderes e políticas públicas.

Nesse cenário o Supremo Tribunal Federal buscou, socorrendo-se do direito comparado, em especial do italiano, do uso da teoria criativa denominada pela doutrina de decisões manipulativas. Essa forma decisão pretende evitar que o Poder Judiciário declare de imediato a inconstitucionalidade do ato normativo, manipulando os efeitos de eventual declaração e o conteúdo da norma submetida a julgamento para integrá-lo, alterá-lo ou mesmo modifica-lo, no afã de sanar omissões legislativas e dar eficácia a preceitos constitucionais.

Porém, sendo a decisão manipulativa, em sentido literal, a manipulação do ordenamento jurídico para modificar, integrar ou alterar o conteúdo da norma posta a apreciação dando uma interpretação conforme a Constituição, surge o problema a respeito da obediência estrita aos princípios e aos limites estruturantes da Constituição Federal, sob pena de subverter a ordem jurídica positivada, instaurando um cenário de insegurança jurídica e violação aos direitos conquistados pela população brasileira.

Em razão disto, por se coadunar com a implementação efetiva dos direitos fundamentais aos cidadãos, tem-se que a decisão manipulativa constitui grande avanço na teoria de interpretação e controle constitucional, e, conseqüentemente, define a metodologia necessária para atender as demandas sociais, não se podendo no entanto, permitir que os limites impostos na própria Constituição devem ser obedecidos em sua integralidade, sendo este ponto inegociável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. e 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010 e 2015.
- BRASIL. **Constituição Federal: Vade Mecum Compacto Saraiva**. 12. ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: junho de 2016.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. – Salvador: Juspodvim, 2011.
- LEITE SAMPAIO, José Adércio. **Direitos Fundamentais** – 2ª ed. – São Paulo: Editora DelRey, 2010.
- LENZA, Pedro. ***Direito Constitucional Esquematizado***. 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.
- LEAL, Mônica Clarissa Henning. **Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. –São Paulo: Saraiva, 2011.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis. Tradução de Cristina Muracho**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ROMBOLI, Roberto. **El control de constitucionalidad de las leyes em Itália**. Disponível em: [<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/report-105.pdf>]. Acesso em: junho de 2016.
- SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª ed. 4ª tiragem. Ed Malheiros