
DECISIONI MANIPOLATIVE: A IMIGRAÇÃO DAS SENTENÇAS INTERMEDIÁRIAS PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

DECISIONI MANIPOLATIVE: THE IMMIGRATION OF THE INTERMEDIATE SENTENCES TO THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Antonio João Domingues Largura

Procurador Federal, especialista em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina, atualmente lotado na Procuradoria Seccional Federal de Santa Maria/RS, atuante na defesa judicial do Instituto Nacional do Seguro Social.

SUMÁRIO: 1 Considerações preliminares; 2 Jurisdição constitucional – origem e evolução do controle de constitucionalidade; 2.1 A jurisdição constitucional no Brasil; 2.2 A jurisdição constitucional na Itália; 3 As sentenças do controle de constitucionalidade; 3.1 As sentenças do controle de constitucionalidade na Itália; 3.2 As sentenças do controle de constitucionalidade no Brasil; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente estudo tem como escopo o exame de um tema ainda pouco abordado no Brasil. Trata-se das chamadas decisões intermediárias, as quais, ao julgar questões constitucionais, afastam a tradicional dicotomia constitucionalidade/inconstitucionalidade da norma impugnada e acabam por inovar a ordem jurídica estabelecida. Para tanto, será abordado, primeiramente, o panorama da jurisdição constitucional italiana, berço desse tipo de decisão e que por lá são ditas “*decisioni manipolative*”. A partir daí, será traçado um paralelo com a realidade judiciária brasileira, a fim de analisar a possibilidade de aplicação de tais sentenças no ordenamento jurídico pátrio e as consequências dessa prática.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado. Controle de Constitucionalidade. Jurisdição Constitucional. Decisões Intermediárias.

ABSTRACT: The present study focuses on the examination of a topic rarely addressed in Brazil. It's the so-called intermediate decisions, which, when judging constitutional issues, stand away from the traditional dichotomy constitutionality / unconstitutionality of the contested norm and end up innovating the established legal order. To do so, we will firstly broach the panorama of the Italian constitutional jurisdiction, cradle of such decisions and where they are called ‘*deciosioni manipolative*’. From there, we will draw a parallel with the Brazilian judicial reality, in order to analyze the possibility of applying such sentences to the national juridical system and the consequences of this practice.

KEYWORDS: Comparative Law. Control of Constitutionality. Constitutional Jurisdiction. Intermediate Decisions.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Na aula inaugural do Curso de Introdução ao Direito Europeu – “*Tradizione civilistica e armonizzazione del diritto nelle Corti Europee*”, o professor Massimo Papa, da *Università di Roma Tor Vergata*, assinalou, com muita propriedade, que a expressão “direito comparado” é sinônimo de “comparação jurídica”. A comparação, para o professor, não tem como objeto de estudo um conjunto de regras, ao contrário do Direito Privado ou mesmo do Direito Internacional. O Direito comparado abrange um estudo aberto. Não aborda a lei, a norma em sentido estrito, mas o funcionamento do sistema. Vale dizer, representa o estudo de como a norma funciona de forma efetiva.

Nessa esteira de pensamento, o Direito Comparado representa, em última análise, o estudo sobre os modos como os diferentes ordenamentos se propõem a resolver as controvérsias e atingir seu escopo de pacificação social. A partir dessa premissa, parece de pouca valia o estudo de direito comparado que se restringe à análise de determinado conjunto de normas em si considerado.

Com base em tais ponderações, a primeira diretriz traçada para o presente trabalho é justamente a de manter o foco na forma como os ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano tratam as lides que se apresentam a partir de suas realidades sociais. Com isso, pretende-se evitar o distanciamento entre a análise teórica e a realidade prática, apontando de forma concreta elementos para a melhor compreensão de institutos existentes em outros ordenamentos e muitas vezes recepcionados pela ordem jurídica nacional.

Com amparo nessa primeira diretriz, a análise dos pronunciamentos judiciais existentes nos dois ordenamentos emergiu como uma opção natural de observação. Com efeito, a eficácia das sentenças é um tema que envolve intrincados questionamentos, mormente porque o assunto flerta com o resultado que se pretende obter com a busca pela tutela judicial. A matéria ganha matizes ainda mais complexos quando se trata da jurisdição constitucional, na medida em que os efeitos dos julgados são potencializados por características próprias, como a eficácia *erga omnes* e a força vinculante das decisões.

Não há como negar que a decisão que julga a inconstitucionalidade de uma lei acarreta uma situação insólita, pois reconhece que os atos praticados sob seu império foram orientados por um preceito normativo equivocado.

Consequentemente, surge a discussão sobre a validade de tais atos, tendo em vista que, embora tenham sido baseados em lei inconstitucional, observaram o regramento vigente à época de sua realização.

Cria-se, destarte, uma tensão entre um ato que teve regular desenvolvimento e uma decisão posterior que julgou inconstitucional o seu referencial normativo. Nesse passo, percebe-se que a decisão acerca da inconstitucionalidade de uma lei gera consequências em casos concretos, atingindo a esfera jurídica de particulares. Logo, é preciso delimitar o alcance dos efeitos da referida decisão, de modo a determinar a validade ou a invalidade dos atos por ela direta ou indiretamente afetados.

Nessa ordem de ideias, a opção pelo estudo comparado das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade revela-se verdadeiramente interessante. Sobretudo porque, muito embora integrante da tradição romano-germânica do Civil Law (à semelhança do ordenamento brasileiro), o sistema de controle de constitucionalidade italiano não foi objeto de muitos estudos no Brasil. A doutrina nacional privilegia, no que diz respeito ao direito constitucional comparado, o estudo dos modelos de controle de constitucionalidade inglês, francês, americano e austríaco. Todavia, a influência das técnicas de decisões de constitucionalidade que se desenvolveram na Itália vem ganhando força no sistema brasileiro, mormente em tempos de apologia à maximização da competência de atuação do Judiciário.

Feitas tais observações, o presente estudo passa a abordar as decisões de (in)constitucionalidade do ordenamento jurídico italiano, com destaque às chamadas decisões intermediárias (*decisioni manipolative*), e sua influência e aplicação na realidade brasileira. Para tanto, é preciso, antes, traçar um paralelo, ainda que em breves linhas, sobre as ordens constitucionais do Brasil e da Itália.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – ORIGEM E EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Constitucionalismo é, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante

da organização político-social de uma comunidade”¹. O elemento fundamental do constitucionalismo reside, pois, na noção de limites à esfera de atuação governamental, com o claro escopo de resguardar as liberdades e garantias individuais de cada cidadão.

A evolução da sociedade e das formas de Estado e o reconhecimento de direitos fundamentais exaltaram o constitucionalismo como forma legitimadora do ordenamento e da própria atividade político-estatal. Historicamente, é o advento do Estado Moderno que propicia as condições para o nascimento dos mecanismos de controle de poder, diante das arbitrariedades comuns ao absolutismo real.

Nesse contexto histórico, as bases de uma sociedade democrática foram soerguidas, conformando o convívio sob a égide do Estado de Direito, que representa a consagração da supremacia da lei sobre a administração. Não significa, como observa Lenio Luiz Streck, que o Direito é um instrumento sobre o qual o Estado tem pleno controle e disponibilidade, o que caracterizaria um Estado de Polícia. Também não se confunde com o Estado Legal, caracterizado pela primazia parlamentar e pela ausência de vinculação a conteúdos. O Estado de Direito é mais do que um mero Estado Legal. Não é apenas a forma jurídica que caracteriza o Estado, mas, e sobretudo, a ela agregam-se conteúdos.²

Portanto, o Estado de Direito se caracteriza não só pela hierarquia das leis, como também se limita por um conjunto de direitos e princípios fundamentais que emergem a partir de uma determinada realidade social. A história mostra que o Estado de Direito assumiu, ao longo dos séculos, um caráter ora liberal, ora social, e finalmente democrático, sem que haja bruscas rupturas em suas bases.

Hodiernamente, o constitucionalismo ganha novos contornos. Tornou-se um elemento indissociável do conceito de Estado Democrático de Direito. O que se observa é uma nova concepção de constitucionalismo, mais abrangente do que a visão tradicional. Essa nova concepção não abandona a noção de Constituição como norma fundamental de garantia, mas incorpora à Constituição o caráter de

1 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51.

2 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001. p. 87.

norma diretiva fundamental, na medida em que direciona a atuação dos poderes públicos e condiciona os particulares à concretização dos valores constitucionais. A conseqüência mais evidente desse fenômeno é o sensível deslocamento do foco de tensão político do Poder Legislativo para aquilo que Lenio Streck chama de *Justiça Constitucional*, mediante o mecanismo da jurisdição constitucional³.

Dentro da jurisdição constitucional, que examina a observância da constituição nas mais diversas formas, tem particular relevo o sistema de controle de constitucionalidade de normas. Teori Albino Zavascki ressalta que o tema tem significativo destaque não só pela própria natureza da controvérsia, mas, especialmente, porque deflagra um embate de caráter institucional, confrontando distintos poderes do Estado: Poder Legislativo e Poder Judiciário, aqui concebido como *Justiça Constitucional*. Em outras palavras, trata-se do conflito entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz⁴.

Sobre essa questão, a justiça constitucional encontra fundamento na concepção de que o poder constituído é, por natureza, derivado, devendo respeitar o poder constituinte e originário. Esse entendimento é uma expressão daquilo que Hesse chamou de *Vontade da Constituição*, conceito segundo o qual a Constituição é uma proteção ao Estado contra o arbítrio desmedido, sendo a ordem constituída mais do que uma ordem legitimada pelos fatos⁵.

Não obstante, a atuação do Judiciário encontra limite no respeito à competência do legislador. A atividade fiscalizadora judicial, segundo a teoria de Hans Kelsen (cuja influência será abordada a seguir), corresponde a um papel de “legislador negativo”. Ou seja, o órgão da jurisdição constitucional não poderá criar normas ou direitos, mas, tão-somente, retirar do ordenamento a norma julgada inconstitucional.

Assentada a importância da Constituição e da manutenção de sua supremacia para o Estado Democrático, diferentes técnicas de controle de constitucionalidade foram se desenvolvendo, a partir de distintas

3 Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 101.

4 ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 16-17.

5 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris 1991. p. 13-23..

experiências históricas e sociais. Costuma-se dividir essas matrizes constitucionais em sistema difuso e sistema concentrado de controle de constitucionalidade, ou ainda sistema americano e sistema europeu. A análise da evolução de tais técnicas é de suma importância para a compreensão da matéria no ordenamento jurídico brasileiro.

Os Estados Unidos têm, nos dizeres da Jorge Miranda, a primeira e mais duradoura Constituição escrita em sentido moderno, bem como são o primeiro Estado Federal, o primeiro Estado a decretar a separação das doutrinas religiosas, a primeira república alicerçada no princípio democrático e o primeiro sistema de governo presidencial por aplicação direta da teoria da separação de poderes⁶. No entanto, a principal inovação do constitucionalismo americano, no que concerne ao tema ora abordado, é a fiscalização de constitucionalidade exercida pelo Judiciário.

Em termos sucintos, o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade baseia-se no *Judicial Review*, consistente na autoridade outorgada ao Judiciário para declarar írritos todos os atos e leis contrários à Constituição. Desde os primórdios do constitucionalismo americano até hoje essa competência é difusa, eis que exercida, *incidenter tantum*, no curso de uma demanda concreta, por qualquer juiz ou tribunal, sempre que necessária à solução da lide. Não obstante, a funcionalidade desse sistema repousa no princípio do *Stare Decisis*, ou seja, na força vinculante das decisões tomadas em última instância pela *Supreme Court*, órgão de cúpula do poder Judiciário americano⁷.

Na Europa, diferentemente, até o início do século XX praticamente não existiam mecanismos de fiscalização de constitucionalidade. Porém, a Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 alterou esse panorama, adotando a federação como forma de Estado e criando a Alta Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) para assegurar a constitucionalidade da legislação⁸.

A principal inovação do sistema austríaco é que este, ao contrário do modelo americano, permitia a discussão sobre a constitucionalidade como objeto principal da ação, e não apenas incidentalmente no curso de

6 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 85.

7 CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 50-53.

8 STRECK, op. cit., p. 360.

um processo comum. Esse novo arquétipo constitucional teve na figura de Hans Kelsen seu principal mentor.

Na esteira do pensamento de Kelsen, a fiscalização de constitucionalidade é uma tarefa que não se amolda às funções típicas do Judiciário, sendo uma espécie de função constitucional autônoma e de certo modo comparável à função legislativa negativa, como exposto. Destarte, fazia-se necessária a criação de um órgão competente para exercitar tal função. Surge, então, o *Verfassungsgerichtshof*, como um Tribunal Constitucional *ad hoc* com a finalidade específica de exercer o controle de constitucionalidade. Segundo Lenio Luiz Streck, esse tribunal *ad hoc* não faz parte do poder Judiciário, visto que é composto por magistrados, professores, advogados e membros do Parlamento, de modo a possibilitar o controle sobre os poderes sem que um interfira diretamente na esfera de liberdade dos outros⁹.

Basicamente, foram essas duas matrizes constitucionais as principais influências dos sistemas de controle de constitucionalidade modernos. Tanto no Brasil como na Itália percebem-se os traços deixados por esses modelos.

2.1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

A ordem constitucional brasileira foi diretamente influenciada pelos sistemas adotados nos Estados Unidos e, posteriormente, na Europa Ocidental. Não obstante, o Brasil desenvolveu técnicas bastante peculiares de controle de constitucionalidade, passando por um longo período evolutivo até a Constituição Federal de 1988.

9 A posição do eminente professor (STRECK, op. cit., p. 355-360), aqui, é discutível, pois o Tribunal *ad hoc* austríaco, em que pese formado por magistrados, funcionários administrativos e professores catedráticos das Faculdades de Direito e Ciências Políticas, indicados pelo Presidente da República, exerce função jurisdicional, atuando como instância superior com competência para dirimir as questões relativas à inconstitucionalidade das leis, em sede de controle concreto. Permissa venia, a forma de composição do Tribunal não tem o condão de retirar-lhe o caráter judicial. Vide o exemplo brasileiro, no qual o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, tem seus Ministros nomeados pelo Presidente da República, escolhidos “dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”. Note-se que a redação do art. 101 da Constituição Federal brasileira, em nenhum momento, exige que os Ministros nomeados sejam magistrados, e, nem por isso, o Supremo Tribunal federal deixa de ser parte do poder Judiciário.

As primeiras linhas de controle de constitucionalidade no Brasil foram traçadas no ano de 1823. O projeto de Constituição debatido pela Assembléia Constituinte do Brasil previa, nos artigos 266, 267 e 268 uma espécie de controle de constitucionalidade, a ser exercido pelo poder Legislativo e que considerava *de nenhum valor* todas as leis existentes que fossem contrárias *à letra e ao espírito* da Constituição (artigo 266). Porém, a Assembléia Constituinte foi dissolvida por D. Pedro em 12 de novembro de 1823, e o Anteprojeto sequer foi votado. Na sequência, o Imperador outorgou a Constituição de 1824, que silenciava a respeito da fiscalização de constitucionalidade, estabelecendo, apenas, que cabia ao Legislativo *fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las*, e ainda *velar na guarda da Constituição e promover o bem geral da nação* (art. 15, ns. 8 e 9)¹⁰.

A Carta Magna de 1891, por sua vez, foi nitidamente influenciada pela experiência norte-americana. O Brasil perfilhou a República, o Presidencialismo, a Federação, o Legislativo bicameral e, sobretudo, a *judicial review* e o modelo de organização judicial lastreado no controle concreto e difuso de constitucionalidade, com a existência de uma Suprema Corte, repassando para o Poder Judiciário, destarte, a tarefa de controle da constitucionalidade das leis¹¹.

O modelo do controle difuso de constitucionalidade foi mantido pelas Constituições de 1934 e 1937, porém com algumas modificações, tais como a introdução da cláusula de reserva de plenário (o artigo 179 da Constituição de 1934 estabeleceu que os tribunais só poderiam declarar a inconstitucionalidade de uma norma pela maioria absoluta de seus membros). Ainda, foi criada a possibilidade de atribuição de efeitos *erga omnes* às decisões, por meio da possibilidade de o Senado suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais (artigo 91, item IV da Constituição de 1934).

A primeira grande novidade sobreveio na vigência da Constituição de 1946 e foi introduzida pela Emenda Constitucional nº. 16, de 26 de novembro de 1965, que instituiu a fiscalização abstrata de constitucionalidade de atos normativos estaduais e federais. O artigo 101, alínea “k”, da Constituição foi alterado, ganhando o Supremo Tribunal Federal competência para *processar e julgar representação contra a*

10 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 90-91.

11 CLÈVE, op. cit., p. 65.

inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

Desde então, o Brasil adota um sistema misto de controle de constitucionalidade, conservando a declaração de inconstitucionalidade pela via concreta (via de defesa ou exceção) e pela via abstrata (via de ação direta), conjugando, ainda, características do sistema difuso e concentrado, considerando a competência do Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal de 1988 manteve e ampliou esse panorama, com a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e, posteriormente, por meio da Emenda Constitucional nº. 3, de 17 de março de 1993, da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Ainda, importantes definições foram implantadas com a Lei nº. 9868 de 1999, que previu, exemplificativamente, a possibilidade de restringir ou limitar no tempo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

2.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA ITÁLIA

A Itália é um país com características políticas e sociais bastante peculiares, notadamente em comparação a outros países da Europa Continental. Diferentemente do que acontece com países como Inglaterra e França, a Itália ainda se encontra em processo de evolução da organização estatal. Isso ocorre porque o Estado italiano passou por um processo tardio de unificação. Esse fato, aliado à tradição política marcada pelo autoritarismo, faz com que a democracia e o constitucionalismo moderno sejam incipientes no país.

Discorrendo sobre a realidade italiana, Marçal Justen Filho relata que, com a derrocada do fascismo e o fim da segunda grande guerra, instaurou-se uma ordem democrática, porém profundamente marcada pelos efeitos das situações passadas. Nesse passo, a ordem constitucional italiana do pós-guerra representou a rejeição ao passado fascista, voltando-se à garantia de direitos e liberdades fundamentais¹².

Corolário direto desse contexto é a valorização do controle de constitucionalidade. A Carta Magna italiana, que foi promulgada em dezembro de 1947 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948, dedicou um

12 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 205.

título às “garantias constitucionais” (*titolo VI – Garanzie Costituzionali*), consagrando o sistema de controle concentrado de constitucionalidade por meio da criação da *Corte Costituzionale*.

A *Corte Costituzionale* está prevista no artigo 134 da Constituição da República Italiana. O dispositivo estabelece que cabe à Corte o julgamento das controvérsias acerca da legitimidade constitucional das leis e atos normativos do Estado e das Regiões, bem como dos conflitos de atribuições entre os poderes do Estado e entre Estado e as Regiões. Embora prevista desde a promulgação da Constituição, a instalação da Corte Constitucional ocorreu somente em 1956.

Para Marçal Justen Filho, a Corte Constitucional não integraria propriamente a magistratura italiana, eis que foi tratada no Título relativo às Garantias Constitucionais¹³. Esse entendimento encontra respaldo na própria doutrina italiana. Edilson Pereira Nobre Junior cita que Paolo Biscaretti di Rufia, por exemplo, qualifica a *Corte Costituzionale* como um órgão de natureza “jurídico-política”¹⁴.

De fato, a Corte Constitucional italiana possui algumas características inexistentes no Judiciário brasileiro. É composta por quinze juízes, os quais são nomeados pelo Presidente da República, pelo Parlamento e pelos órgãos máximos da magistratura ordinária e administrativa. Além disso, os juízes são nomeados pelo prazo de nove anos, vedada a recondução.

Sem embargo dessas considerações, o fato é que a Corte Constitucional exerce função típica judicial, sendo o órgão competente para dirimir as questões relativas à constitucionalidade das leis. Essa competência, aliada ao teor do artigo 101, segunda parte, da Constituição italiana, o qual afirma que os juízes estão sujeitos apenas à lei (*“I giudici sono soggetti soltanto alla legge”*), confirma a adoção do sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

Além das disposições constitucionais, esse sistema também está estabelecido pela Lei Constitucional Constitucional nº 01/48, a qual prevê que qualquer das partes, ou o juiz, poderá, no curso de um processo,

13 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 213.

14 NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Controle de constitucionalidade: modelos brasileiro e italiano (breve análise comparativa). *Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 1, jan. 2001. p. 191.

questionar a constitucionalidade de uma lei. No entanto, a decisão sobre a questão deverá ser submetida à Corte Constitucional, com a suspensão do processo em que foi levantada a questão. Na Itália, assim, somente a instauração da questão ocorre pela via difusa ou incidental, sendo a competência para a análise do mérito da questão concentrada no órgão constitucional.

Essas características levam alguns autores a afirmar que o sistema italiano não conhece o controle abstrato de normas, como é o caso de Gilmar Ferreira Mendes¹⁵. Nada obstante, esse tipo de controle existe, ainda que de forma limitada, no ordenamento italiano. Trata-se da possibilidade do Estado, dentro de prazo determinado, que pode ser entendido como decadencial, impugnar as leis regionais, mediante recurso direto à Corte Constitucional (artigo 127 da Constituição italiana).

Feito o esforço sobre os sistemas de controle de constitucionalidade, pode-se passar à análise das decisões proferidas nesses ordenamentos e da possibilidade de aplicação, no Brasil, das técnicas desenvolvidas a partir da realidade italiana.

3 AS SENTENÇAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Discorrendo sobre as sentenças proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade, José Adércio Leite Sampaio leciona que os efeitos da decisão sobre a inconstitucionalidade de preceitos normativos podem conduzir, dependendo do sistema adotado em cada ordenamento jurídico, à “inaplicabilidade”, à “anulação”, à “inexistência” ou à “nulidade” do ato normativo impugnado. Ainda, a decisão pode conduzir a uma gama de combinações de efeitos. De uma forma bastante sucinta, o autor assinala que, na Itália, tais efeitos correspondem à nulidade, no controle concreto, e à anulação, no controle abstrato. No Brasil, o reconhecimento da inconstitucionalidade conduz, segundo Leite Sampaio, à inaplicabilidade da norma, no controle incidental, e à declaração de nulidade ou anulação, no controle abstrato¹⁶.

15 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito Constitucional Módulo V* – 2006: Controle de Constitucionalidade. Porto Alegre: Escola da Magistratura do TRF - 4ª Região, 2006. p. 28 (Currículo Permanente).

16 SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 162-163.

Neste ponto, cumpre tecer um breve comentário. A classificação quanto aos efeitos de decisão de inconstitucionalidade é bastante controversa na doutrina. Mesmo dentro de determinado ordenamento jurídico, como no brasileiro, a natureza da sentença que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma, bem como os efeitos decorrentes da mesma, não são temas pacíficos.

Malgrado a grande maioria dos autores brasileiros e o Supremo Tribunal Federal inclinarem-se para o entendimento de que a norma julgada inconstitucional é nula, e que a sentença que a reconhece tem natureza declaratória, também há vozes que afirmam que se trata de um comando anulável, merecendo destaque, nesse sentido, os apontamentos da professora Regina Maria Macedo Nery Ferrari¹⁷. Não obstante os interessantes argumentos que embasam a discussão, a questão não será aqui aprofundada, dando-se preferência ao caráter prático das decisões nos ordenamentos analisados.

Além da sentença que julga a norma inconstitucional, a decisão sobre a norma impugnada pode ser no sentido da conformidade da mesma à Constituição. Ainda, a decisão pode se situar entre os dois termos, com as chamadas “sentenças intermediárias”, terminologia empregada na VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus¹⁸. Dentro das sentenças “intermediárias”, têm especial relevo no direito italiano as “*decisioni manipolative*”, que serão abordadas a seguir.

3.1 AS SENTENÇAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ITÁLIA

No sistema de controle de constitucionalidade italiano, deve-se distinguir, primeiramente, as sentenças de mérito (“*sentenze*”), e as sentenças processuais (“*ordinanze*”). Edilson Pereira Nobre Junior pontua que as primeiras examinam o mérito da discussão suscitada, ao passo que as segundas, possuem conteúdo meramente processual, por diversos motivos, como falta de legitimação do órgão suscitante, ausência de força de lei da disposição impugnada, dentre outros¹⁹.

17 Cf. FERRARI, op. cit.

18 SAMPAIO, op. cit., p. 163.

19 NOBRE JUNIOR, op. cit., p. 212.

Por sua vez, as sentenças de mérito podem ser divididas nas denominadas “*sentenze d'accoglimento*”, e nas “*sentenze di rigetto*”. As primeiras reconhecem a procedência das questões constitucionais submetidas à *Corte Costituzionale* e, conseqüentemente, acolhem a inconstitucionalidade do preceito vergastado. Contrariamente, as segundas rejeitam a questão de constitucionalidade, julgando pela higidez da norma.

De acordo com o artigo 136 da Constituição italiana, a norma julgada inconstitucional deixa de produzir efeitos no dia seguinte à publicação da decisão. Embora, em uma primeira análise, pareça que o pronunciamento da Corte tenha efeitos *ex nunc*, a interpretação que é conferida entre os italianos é de que a cessação da eficácia ocorre ante o processo suspenso no Juízo *a quo* e todas as demais relações jurídicas pendentes nas quais a norma reconhecida inconstitucional pudesse ser aplicada. Nesse sentido, Edilson Pereira Nobre Junior, citando Alessandro Pizzorusso, ressalta que os efeitos das “*sentenze d'accoglimento*” não podem ser descritos como *ex nunc* ou *ex tunc*²⁰.

Ainda, as “*sentenze d'accoglimento*” têm eficácia *erga omnes*. A partir da publicação da decisão, a norma não mais pode ser aplicada por qualquer juiz ou agente público ou privado. Por fim, tem sido reconhecida a possibilidade de a decisão sobre a constitucionalidade abarcar disposições não questionadas, mas cujo sentido seria esvaziado diante do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma atacada, configurando a “*illegittimità consequenziale*”²¹. Em sentido contrário, as “*sentenze di rigetto*” não têm eficácia geral. Seus efeitos repercutem apenas no caso concreto.

Além das sentenças puramente de acolhimento e de rejeição, o Judiciário italiano desenvolveu uma série de decisões complexas, que nem acolhem nem afastam totalmente a inconstitucionalidade dos preceitos impugnados. Essas técnicas surgiram como uma alternativa para a solução daquilo que José Joaquim Gomes Canotilho chama de “*situações constitucionais imperfeitas*”²², nas quais a sanção da nulidade das normas não se mostra adequada. Com razão, não há meio termo entre constitucionalidade e inconstitucionalidade, mas determinadas situações fáticas obrigam à adoção de soluções conciliadoras das dimensões de constitucionalidade com as necessidades de segurança jurídica. Isso conduziu a doutrina e a jurisprudência a formularem construções

20 NOBRE JUNIOR, op. cit., p. 213-214.

21 Ibid, p. 216.

22 CANOTILHO, op.cit., p. 957.

mais complexas no que tange às sanções aplicáveis a atos normativos desconformes com a Constituição.

Essas decisões, conexas com o juízo de inconstitucionalidade, foram denominadas na doutrina portuguesa como “*sentenças intermédias*”. O constitucionalista Jorge Miranda divide esse tipo de pronunciamento judicial em “*decisões interpretativas*”, “*decisões aditivas*” (ou *modificativas*) e “*decisões limitativas*”²³. No Brasil, esse tipo de decisão vem recebendo a denominação de “*sentenças intermediárias*”²⁴.

Como salienta Canotilho, as ditas decisões modificativas têm origem na doutrina e jurisprudência italianas, onde receberam a denominação de “*decisioni manipolative*”²⁵. Clèmerson Merlin Clève descreve tais decisões como “*a técnica da declaração de inconstitucionalidade com efeito acumulativo (aditivo) ou substitutivo*”²⁶.

As sentenças aditivas são chamadas, na Itália, de “*sentenze additive*”, ou, ainda, “*sentenze aggiuntive*”. Será aditiva a sentença quando o Tribunal ampliar o âmbito normativo do preceito, declarando inconstitucional a disposição por não contemplar certa situação que deveria estar prevista. Ainda, a Corte Constitucional italiana utiliza as chamadas sentenças aditivas de princípio (“*sentenze additive di principio*”), por meio da qual a norma é julgada inconstitucional, individualizando-se a diretriz principiológica que deve ser introduzida em sua substituição, normalmente dentro de um tempo predeterminado.

Por seu turno, as sentenças substitutivas são chamadas na Itália de “*sentenze sostitutive*”, ou “*sentenze modificative*”. Será substitutiva a sentença quando o Tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma norma que contém uma prescrição em vez de outra. A decisão gera a inclusão de uma nova disposição no lugar daquela inquinada pela Corte.

Como dito alhures, a classificação das sentenças e de seus efeitos não é tema pacífico. Também no ordenamento jurídico italiano, encontram-se outras denominações e outros tipos de decisões. No

²³ MIRANDA, op. cit., p. 503-504.

²⁴ Cf. SAMPAIO, op. cit.

²⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 1019.

²⁶ CLÈVE, op. cit., p. 173.

entanto, para traçar o estudo em relação à realidade brasileira, o enfoque será centralizado nas “*decisioni manipolative*” acima mencionadas.

3.2 AS SENTENÇAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Seguindo a já mencionada classificação de Jorge Miranda, as sentenças intermediárias dividem-se em decisões interpretativas, decisões modificativas e decisões limitativas. A partir dessa sistematização, passa-se à análise de sua aplicação à jurisdição constitucional do Brasil. De plano, adianta-se que as decisões interpretativas e as decisões limitativas encontram, em certo grau, paralelo no direito brasileiro.

As *decisões interpretativas* correspondem à fixação de uma interpretação, que pode ser vinculativa ou não para os demais tribunais. Esse tipo de decisão tem na *Interpretação Conforme à Constituição* a sua principal representante. De acordo com essa técnica interpretativa, o operador jurídico acolhe, entre vários sentidos possíveis da norma infraconstitucional, aquele que se revele compatível com a Constituição, de modo a evitar a inconstitucionalidade. Como bem assevera Gilmar Ferreira Mendes²⁷, a interpretação conforme à constituição apenas é admissível quando não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado da norma. Como bem pontificado por Karl Larenz, a conformidade à Constituição é um critério de interpretação que não pode ultrapassar os limites do contexto significativo da lei²⁸.

A técnica da interpretação conforme à Constituição é consagrada já há muito tempo na doutrina e jurisprudência brasileiras. Afastando completamente qualquer dúvida sobre sua plena aplicabilidade, a Lei 9.868/99 previu expressamente, em seu artigo 28, parágrafo único, a hipótese de o Supremo Tribunal Federal realizar a interpretação conforme à Constituição, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Dessa forma, fica claro que o legislador brasileiro chancelou a *interpretação conforme à Constituição* não apenas como um critério de interpretação, mas, e sobretudo, como autêntico método de fiscalização de constitucionalidade.

²⁷ MENDES, op. cit., p. 198.

²⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 479-481.

Já as decisões limitativas são aquelas que limitam os efeitos da inconstitucionalidade ou, mais do que os efeitos, a própria inconstitucionalidade. Segundo Jorge Miranda, essa limitação resulta da conveniência de *temperar o rigor das decisões*, adequando-as à realidade social, privilegiando outros princípios e interesses constitucionalmente tutelados. As decisões limitativas envolvem, pois, uma tarefa de harmonização e concordância prática²⁹.

Assim como as decisões interpretativas, as decisões limitativas encontram respaldo legal no ordenamento brasileiro. O artigo 27 da Lei 9.868/99 introduziu a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, com base em “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, decidindo que esta só tenha eficácia “a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Diferentemente das hipóteses anteriores (decisões interpretativas e decisões limitativas), as decisões modificativas *não têm, em princípio, correspondente no direito brasileiro. A aplicação das “decisioni manipulative”* sempre encontrou óbices na doutrina e jurisprudência brasileiras, que consideram que o Judiciário, ao fiscalizar a constitucionalidade das leis, atua como “legislador negativo”, não podendo criar novas hipóteses de incidência da norma. Apenas à guisa de exemplo, pode-se citar a Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal, a qual assinala que “*não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.*”

As justificativas para a impossibilidade de aplicação das decisões modificativas no direito pátrio são conhecidas e plausíveis. Em primeiro lugar, a criação de normas pelo Judiciário afronta a separação de poderes e, em última instância, a própria legitimação atribuída ao processo legislativo por meio da soberania popular. Além disso, a prática pode ofender o princípio da legalidade ao criar obrigações não previstas em lei, contrariando o princípio da reserva legal consubstanciado na máxima de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Todavia, a realidade judiciária brasileira tem mostrado, com frequência, que a delimitação da atuação do magistrado como “legislador negativo” é mais complicada na prática do que na teoria. A fronteira

29 MIRANDA, op. cit., p. 512.

entre o legislador negativo e o verdadeiro criador de hipótese legal é nebulosa. A questão é controvertida a tal ponto que José Adércio Leite Sampaio chegou a cunhar a expressão “o mito do legislador negativo”³⁰.

Certamente, porém, todo aquele que lida diariamente com provimentos jurisdicionais já se deparou com decisões que, arrimadas nos mais diversos fundamentos, acabam por alargar o alcance legal e criar uma nova hipótese de incidência da norma. Diversos princípios e teorias são usados como fundamentos de tais decisões, ora de forma patente, ora de forma velada. “Ativismo judicial”, “princípio da proporcionalidade”, “método tópico de interpretação” são apenas alguns desses fundamentos.

Nesse passo, verdadeiras sentenças aditivas a substitutivas, nos moldes das originais italianas, são proferidas por juízes e tribunais brasileiros. Aqueles que realizam a defesa judicial da Administração Pública sabem bem disso. Inúmeros exemplos poderiam ser aqui arrolados, mas, dada a limitação que o formato exige, será visitado um caso emblemático: o artigo 20, § 3º da Lei 8.742-93.

O dispositivo em questão trata dos requisitos necessários para a concessão do benefício de amparo assistencial previsto no artigo 203, inciso V da Constituição Federal brasileira. O constituinte previu a obrigatoriedade do Poder Público assegurar o gozo de benefício de um salário-mínimo aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção. Todavia, remeteu ao legislador ordinário o encargo de disciplinar a concessão do benefício, e o dispositivo legal mencionado estabelece que *“considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.”*

Esse dispositivo já teve sua constitucionalidade questionada. Inúmeros eram os julgados que afastavam o requisito objetivo previsto pela norma infraconstitucional. Porém, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1232-1/DF, pronunciou-se pela constitucionalidade do preceito, reconhecendo que se trata de competência legal o estabelecimento de critérios para a concessão do benefício, não havendo empecilhos para a fixação de critérios objetivos. Confira-se a ementa do julgamento:

30 Cf. SAMPAIO, op. cit.

CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO A PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

(ADIN- 1232-1/DF – Tribunal Pleno – Julg. 27.8.1998 - DJ 1º.6.2001 – Min. Ilmar Galvão e para o acórdão Min. Nelson Jobim).

Posteriormente, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 275.140-5/SP, o Supremo Tribunal Federal ratificou o entendimento acima a reafirmou a eficácia *erga omnes* da decisão. Nessa senda, parece claro que a norma em comento deve ser observada por todo o Judiciário. Mas não é isso o que ocorre em um grande número de casos.

Mesmo após os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, os juízes de primeiro grau continuam afastando a aplicação do critério objetivo previsto legalmente. Vários são os fundamentos utilizados como arrimo de tais decisões, desde a utilização de novos critérios previstos em dispositivos oriundos de outras leis (como o critério de meio-salário mínimo previsto na Lei nº 10.689/2003, que criou o Programa Nacional de Acesso à Alimentação, por exemplo), até a desconsideração do critério legal sob o argumento de que, em que pese constitucional, não representa o único meio de aferição da miserabilidade no caso concreto.

Malgrado todas as fundamentações utilizadas e o nítido esforço interpretativo despendido pelos magistrados, o fato é que, ao decidir de tal forma, cria-se uma nova hipótese de abrangência da norma, concedendo-se o benefício a indivíduos cuja renda familiar *per capita* ultrapassa o limite legal estabelecido. À toda evidência, tratam-se de decisões aditivas.

O interessante é que, uma das forças motrizes que geram esse tipo de decisão é o pré-julgamento do magistrado, que atua, muitas vezes,

movido pelo nobre, porém atécnico, sentimento de promoção da igualdade e justiça social. Assim, fundamentam suas decisões no pilar do princípio da isonomia. Não obstante, acabam por desprestigiar a própria isonomia e a segurança jurídica, ao conferir tratamento diferenciado daquele emanado pelo Supremo Tribunal Federal, que é o órgão competente para pacificar a situação.

Assim, duas pessoas que se encontram na mesma situação fática poderão ter julgamentos distintos, a depender do Juízo em que promoverem a causa, mesmo depois da questão posta em debate ter sido esclarecida pelo pretório excelso. E a situação se agrava se forem consideradas as estreitas vias recursais impostas pelo procedimento dos Juizados Especiais, que levam, muitas vezes, ao precoce trânsito em julgado de tais decisões.

O exemplo citado foi apenas um, dentre vários que poderiam ser esquadrinhados. Nesse passo, nota-se que, apesar de doutrina e jurisprudência repetirem como um mantra a máxima de que o Judiciário não pode atuar como legislador positivo, a prática nos mostra outra realidade. Os Tribunais e Juízos monocráticos proferem uma vasta gama de decisões que ampliam os limites de abrangência da norma, manipulando a lei e subjugando a iniciativa legiferante. Verdadeiras decisões manipulativas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de adentrar nas conclusões, convém registrar que o presente estudo pautou-se pelo desapego aos rigorismos acadêmicos, prestando-se mais ao debate franco do que à idolatria da formalidade. Por oportuno, não será aqui consignada a já tradicional observação de ausência de intenção de esgotar o assunto, pois tal assertiva soa muito mais como uma cláusula de isenção de responsabilidades do que propriamente uma preocupação intelectual. Ninguém de posse das faculdades mentais teria, honestamente, a tola pretensão de esgotar este assunto ou qualquer outro tema jurídico minimamente controvertido.

Feitas tais considerações prévias, e de tudo que foi dito até aqui, chega-se à patente conclusão de que as sentenças intermediárias surgem como uma forte alternativa para a solução de questões

constitucionais complexas. Por outro lado, podem trazer em seu bojo um novo problema, que surge a partir do próprio pronunciamento judicial e que diz respeito aos limites de atuação da atividade jurisdicional.

Esse tipo de decisão, em uma primeira análise, não seria aplicável ao sistema jurídico brasileiro, que há muito tempo consagra a impossibilidade de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo. Nada obstante, a prática judiciária mostra que essas decisões vêm ganhando força no ordenamento brasileiro, que passa a conviver, de modo cada vez mais frequente, com decisões verdadeiramente manipulativas, aos moldes das sentenças originárias do direito italiano.

Todavia, a possibilidade de utilização das “*decisioni manipolative*” no Brasil deve ser vista com ressalvas. Isso porque a jurisdição constitucional italiana, que forjou essa sorte de pronunciamento, tem características que permitem o seu manejo e que não são encontradas dentro de nosso ordenamento. Notadamente, a concentração da competência de julgar as questões constitucionais em favor de determinado órgão permite aos italianos que as decisões aditivas e substitutivas encontrem alicerce em um mínimo de segurança jurídica que as torne operacionalizáveis. Contrariamente, a adoção indistinta dessa técnica no seio do controle difuso de constitucionalidade brasileiro pode conduzir ao caos jurídico.

Questões de direito comparado como essa surgirão, inelutavelmente, em um futuro próximo. Vive-se, hoje, tempos de intensa e rápida transformação social. Tempos de globalização. O direito, como instrumento de estruturação da sociedade, deve acompanhar as mudanças. Antigamente, pessoas imigravam para novas terras em busca de oportunidades. Posteriormente, passou-se a importar produtos, e depois tecnologias. Agora, os imigrantes são os valores e as ideias. Porém, assim como os imigrantes que povoaram estas terras há muitos anos, os conceitos oriundos de outros contextos devem adaptar-se à nossa realidade. Deve-se atentar para o falacioso argumento de que o tão-só fato de ser proveniente do além-mar torna o importado melhor que o local. E, para isso, será imprescindível a atuação ativa de todos os agentes envolvidos na atividade da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Editora Dialética, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito Constitucional Módulo V – 2006: Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Escola da Magistratura do TRF - 4ª Região, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Controle de constitucionalidade: modelos brasileiro e italiano (breve análise comparativa). *Revista ESMAFE*: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 1, jan. 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.