



**SENTENÇAS MANIPULATIVAS: A (IM) POSSIBILIDADE DE LEGISLAÇÃO
POSITIVA PELO SUPREMO**

**MANIPULATIVE VERDICT: THE (IM) POSSIBILITY OF POSITIVE LEGISLATION
BY THE SUPREME**

Luiza Eduarda Rodrigues Moreira¹
Jandir Ademar Schmidt²

RESUMO

O Brasil, Estado Democrático de Direito, possui a função tripartite dos poderes federais, assim atribuídos pela Constituição Federal: Executivo, em seu papel de administração, Legislativo como criador das normas jurídicas, e, o Judiciário, que tem a função precípua de aplicação da norma existente em casos concretos. Não há como o legislador prever todas as situações jurídicas existentes na sociedade atual, a qual se modifica constantemente, razão pela qual se faz necessária a interpretação pelo Judiciário das normas já pré-existentes, para chegar à solução do caso concreto, dentro dos limites Constitucionais. Neste ínterim, surge o questionamento acerca do efeito dessas decisões no ordenamento jurídico brasileiro e, se de fato é possível a criação de normas pelo Judiciário sem violar a Constituição. Assim, este artigo objetiva a realização de uma análise dos efeitos causados pelas sentenças de caráter manipulativo, bem como da possibilidade de atuação do Judiciário como legislador positivo. As sentenças manipulativas são o resultado de uma interpretação mais abrangente realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Compulsadas diversas doutrinas, pode-se concluir que esta modalidade de decisão causa basicamente dois efeitos: aditivo e substitutivo. No primeiro o Judiciário indica uma norma aplicável no lugar da inconstitucional, enquanto no segundo ele cria uma norma nova para substituir aquela inaplicável. Há divergência na doutrina quanto a possibilidade de o Judiciário assumir papel de legislador positivo, entretanto é certo que tal órgão vem criando normas com o fito de solucionar conflitos não positivados na legislação, ou que estejam inconformes à Lei Maior. Para a realização da pesquisa e elaboração do presente artigo, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, a partir de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com a consulta em doutrinas, legislação e jurisprudência acerca do tema.

Palavras-Chave: Sentenças. Manipulativas. Judiciário. Tripartição. Efeitos. Supremo.

¹ Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Contestado – Campus Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: luiza.moreira0806@gmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade Federal Santa Catarina e Professor do Curso de Direito da Universidade do Contestado - Campus Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: jandir.schmidt@gmail.com

ABSTRACT

Brazil, as a Democratic State of Law, has the tripartite function of federal powers, as assigned by the Federal Constitution: Executive, in its administrative role, Legislative as creator of legal norms, and the Judiciary, which has the primary function of applying the existing law to specific cases. There is no way for the legislator to foresee all the legal situations that exist in today's society, which is constantly changing. That's why it is necessary for the Judiciary to interpret the pre-existing rules, in order to achieve the best solution for that specific case within the Constitutional limits. In the light of this, questions arise about the effect of these decisions on the Brazilian legal system and if in fact it is possible for the Judiciary to create regulations without violating the Constitution. Thus the purpose of this article is to carry out an analysis of the effects caused by legal rulings of a manipulative nature, as well as the possibility of the Judiciary acting as a positive legislator. Manipulative rulings are the result of broader interpretation of the existing laws by the Supreme Court. After several doctrines compelled, it can be concluded that this type of decision basically causes two effects: additive and substitute. In the first effect, the Judiciary indicates an applicable rule instead of the unconstitutional one, while in the second it creates a new rule to replace the inapplicable one. There is disagreement in the doctrine regarding the possibility of the Judiciary taking the role of a positive legislator. Nonetheless, it is certain that the judiciary has been creating regulations with the aim of resolving conflicts that are not contemplated by the current positive legislation, or that are not in conformity with the Supreme Law. The methodology applied in this research was based on deductive approach, bibliographic techniques, jurisprudential and documentary research, as well as doctrinal reviews, the analysis of Brazilian legislation and jurisprudence about the subject.

Keywords: Legal rulings. Manipulatives. Judiciary. Tripartite. Effects. Supreme.

1 INTRODUÇÃO

A concepção de Estado Democrático de Direito que o Brasil vivencia nos dias atuais, deu-se através do surgimento de teorias de filósofos que indicavam a separação de funções dentro de um poder como essencial para resguardar o bom funcionamento do Estado, criando-se as figuras do Judiciário, Legislativo e Executivo como órgãos independentes e autônomos entre si.

O Judiciário – função estatal em enfoque neste artigo – assim como o Estado, passou por uma evolução histórica, movendo-se pela concepção de mero reproduzidor da legislação, até a compreensão da necessidade de interpretação das normas jurídicas, a fim de que a norma seja aplicada com base no fato em tela, levando a um julgamento mais justo e adequado.

Não há como o Legislativo prever todas as normas necessárias a regular as situações jurídicas, que evoluem junto com a sociedade. Tal fato conduziu o Judiciário a ir além de suas atribuições iniciais, passando de um reproduzidor da legislação, para um órgão que além de realizar a subsunção - adequar o fato à norma - interpreta de maneira a instituir ou aditar normas que não estejam em conformidade com a Lei Maior Brasileira.

Neste interim, surgem as sentenças manipulativas. Tais decisões constituem uma técnica de interpretação mais abrangente realizada pelo Supremo Tribunal Federal, as quais produzem efeitos quando prolatadas. Ao utilizar-se desta técnica, o Judiciário cria normas jurídicas a fim de suprir omissão normativa, ou ainda, adita para que o ordenamento esteja em conformidade à Lei Maior. Entretanto, a interpretação realizada pela Corte se limitará aos princípios e normas positivados na Constituição Federal, sendo vedada decisão que vá de encontro aos princípios e regras nela estabelecidos.

Em virtude de tudo isso, surge os questionamentos: quais são os efeitos das sentenças manipulativas no ordenamento jurídico brasileiro? Neste contexto, é possível a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo sem violar a tripartição de poderes?

Para a realização da pesquisa e elaboração do presente artigo, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, a partir de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com a consulta em doutrinas, legislação e jurisprudência acerca do tema.

Tem-se como objetivo principal perquirir o conceito das sentenças manipulativas e entender os efeitos por elas causadas, inclusive no que tange à possibilidade de criação de normas pelo Poder Judiciário.

Para tanto, serão analisados o princípio da separação dos poderes, apontando a função de cada um, bem como a evolução histórica do Poder Judiciário. Ainda, será apresentado o conceito de sentença manipulativa e os efeitos que esta produz (aditivos e substitutivos), para, a partir de então, analisar a possibilidade de criação de normas pelo Poder Judiciário, destacando seus aspectos positivos e negativos.

O assunto merece destaque diante da frequência em que atualmente as decisões de caráter manipulativo têm sido aplicadas, modificando normas que não condizem mais com a realidade vivenciada quando de sua criação, ou ainda, suprimindo omissão normativa.

2 TRIPARTIÇÃO DE FUNÇÕES E O PAPEL DO JUDICIÁRIO

O Brasil é um Estado Constitucional de Direito, sendo seu fundamento precípua a separação das funções dentro do poder uno, indivisível e indelegável. O princípio constitucional que delimita a esfera de atuação de cada órgão, estabelece um sistema de freios e contrapesos entre eles. A primeira Constituição Federal no mundo a mencionar a tripartição de funções foi a Constituição Americana, de 1787 (BARROSO, 2010, p. 179).

Entretanto, em que pese a Constituição Americana ter positivado o tema, a tripartição de órgãos estatais é matéria que foi discutida ao longo da evolução histórica do Estado, sendo de fato esquematizada por Montesquieu (2000, p. 168), em 1748, o qual afirmava que:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter força de um opressor.

Assim, a separação das funções para cada órgão distribui poderes principais, limitando a atuação de cada um e impedindo, deste modo, a invasão de um órgão a o outro, estabelecendo e solidificando a democracia. Entretanto, cabe lembrar que a separação de funções de cada Poder não significa o exercício exclusivo do encargo, mas sim que aquele órgão terá a aquela função como a predominante (BARROSO, 2010, p. 180).

Dito isso, tem-se que a função de cada poder não é exclusiva, e sim primordial, surgindo neste cenário a necessidade de criação do Poder Judiciário independente dos demais, imparcial e externo, o qual controlaria os demais, diante da “falibilidade também do legislativo e a subordinação de todos à constituição” (PAULO NETO, 2012, p. 51).

Conforme ensina Conti (2017, p. 19), não foi uma preocupação da Constituição Federal de 1988 normatizar as funções estatais, mas sim organizar os poderes,

conferindo ao Judiciário “o reconhecimento da independência da função jurisdicional em dar a última palavra sobre o que é o direito, em caso de conflito”.

Entretanto, nem sempre foi assim. Por muito tempo o Judiciário não possuiu autonomia e todas as atribuições que atualmente lhes são inerentes, tendo passado por uma evolução histórica.

O Brasil, após a Proclamação da República, em sua primeira Constituição no ano de 1891, passou, em tese, a instituir o Judiciário como figura autônoma e com a função de controle de constitucionalidade. Entretanto, o que de fato ocorria era a sobreposição do Executivo sobre o Legislativo e o Judiciário. Ocorre que, a Constituição de 1934, apesar de ter regulamentado os órgãos, não mudou drasticamente tal sobreposição, a qual fora intensificada em 1937 através da nova Carta promulgada. Percorridos quase dez anos, na Constituição de 1946, o Judiciário finalmente exerce de fato a autonomia a ele outorgada, a qual seria novamente cerceada em 1964, através da Constituição outorgada durante o regime militar (SIERRA; REIS, 2018, p. 31-39).

Tal panorama demonstra um ciclo instável dentro da história política do Brasil, conforme Araújo (2004, p. 411) ensina:

Na verdade, a história constitucional brasileira, exceto o período imperial, demonstra uma acentuada instabilidade, expressa no significativo volume de emendas, leis constitucionais, atos institucionais e outras providências constitucionais, emergenciais ou corretivas, o que permite concluir que os fatores de ordem política sempre diluíram a identidade do Poder Judiciário, ora através de emendas e atos institucionais que restringem os seus poderes e competências, ora através da elaboração de uma nova constituição, que lhe transmuda a organização ou procura resgatar os momentos de refluxo da constituição imediatamente anterior.

Finalmente, com o término do regime militar e a promulgação da atual Constituição Federal, o Judiciário assumiu a identidade autônoma e independente que até os dias de hoje lhe é conferida, o que levou à efetividade do princípio da tripartição dos poderes e da divisão das funções de cada órgão no Brasil. Antes da atual constituinte, o Poder Executivo se sobrepunha aos demais, ao passo que, atualmente, o Judiciário passou de um poder com menor relevância para um órgão autônomo e independente do Executivo e Legislativo. Assim, o Judiciário atua em suas funções, julgando litígios e controlando a constitucionalidade das normas jurídicas (SIERRA; REIS, 2018, p. 32).

Neste interim, como função do Judiciário, o controle de constitucionalidade surge para resguardar a Constituição Federal através de dois mecanismos: controle concentrado e difuso de constitucionalidade.

2.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Ulterior a qualquer explanação do tema em enfoque (sentenças manipulativas) é de suma importância a realização de breve comentário acerca da jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade, a fim de que seja possível situar o papel que as manipulações das normas exercem no ordenamento jurídico brasileiro.

Para Silva (2005, p. 557 e 558), a jurisdição constitucional é um meio de defesa à Constituição, podendo ser exercida através de um controle difuso ou concentrado. Kelsen (2003, p. 123-124) a conceitua como “um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”. Em outras palavras, a jurisdição constitucional visa o resguardo da constituição e da tripartição das funções estatais.

O controle de constitucionalidade é um dos mecanismos mais importantes para tal fim, tendo em vista que nele é realizada a verificação da constitucionalidade de lei ou ato normativo infraconstitucional e, caso localizada alguma incompatibilidade com a Lei Maior, o próprio sistema prevê medidas para a superação da inconstitucionalidade (BARROSO, 2019, p. 23).

São dois modelos de controle de constitucionalidade existentes: concentrado e difuso, sendo que o Brasil adota o sistema misto, abrangendo ambos mecanismos (SILVA, 2005, p. 558).

No que tange à diferenciação destes modelos, inicialmente destaca-se que o sistema concentrado, concebido por Kelsen, de constitucionalidade tem origem austríaca, sendo que o difuso (judicial review) é norte-americano. Ambos diferem drasticamente, isso pois o controle difuso é realizado por juízes e tribunais de qualquer instância, enquanto no modelo austríaco tal poder de análise acerca da inconstitucionalidade das leis é atribuído apenas ao Tribunal Constitucional, que no Brasil é o Supremo Tribunal Federal (CANOTILHO, 2001, p. 869).

Streck (2018, p. 156) ensina que o controle difuso de constitucionalidade, nos moldes até hoje existentes, teve início na Constituição de 1934, a qual tornou

obrigatória a participação do Parlamento para que a decisão tenha efeito erga omnes. O autor ainda afirma que através do controle difuso é permitido que, durante o curso de qualquer ação, em qualquer grau de jurisdição, a arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em qualquer âmbito, seja ele municipal, estadual ou federal. Nesta modalidade é permitida a arguição de inconstitucionalidade da lei em qualquer grau de jurisdição, podendo ser suscitada por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou até de ofício pelo magistrado, sendo considerada questão de ordem pública a inconstitucionalidade de lei.

Já no que concerne ao controle concentrado, este fora instituído no Brasil durante o regime militar (1964), sendo matéria relativamente nova dentro do Direito brasileiro. O Brasil baseou-se no modelo austríaco criado pelo doutrinador Hans Kelsen, o qual elaborou uma Corte especializada na jurisdição constitucional, atribuindo à esta exclusividade para a declaração de inconstitucionalidade das leis.

É dentro do controle concentrado de constitucionalidade que surgem as decisões de caráter manipulativo.

3 SENTENÇAS MANIPULATIVAS

De acordo com Barroso (2019, p. 110), as sentenças manipulativas surgiram na Itália. Essa modalidade de decisão, inserem novos conteúdos às leis, com a finalidade de compatibilizar o ordenamento jurídico à Constituição Federal, conteúdos os quais não teriam como serem extraídos diretamente da norma.

Vega (*apud* Israel, 2014, p. 17) elenca cinco fatores públicos-institucionais que levaram a Itália, pós-fascismo, a adotar as sentenças manipulativas como característica de seu sistema constitucional, sendo estes: a) Constituição com forte carga programática; b) Um ordenamento infraconstitucional com resquícios da ditadura; c) morosidade do Legislativo em responder às modificações da sociedade; d) a necessidade de adequação das normas infraconstitucionais à nova Constituição; e) inexistência de um instrumento de resguardo aos direitos fundamentais.

Assim, o termo “sentenças manipulativas” deriva da doutrina italiana, sendo consideradas decisões nas quais o Supremo, a fim de conferir proteção e resguardo à Lei Maior, modifica ou adita normas que vão de encontro à esta, conferindo

incidência normativa ou modificando seu conteúdo original para que venham a se tornar compatíveis à Constituição Federal (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1465).

Barroso (2010, p. 407) afirma que na manipulação de normas vai além da mera declaração de invalidade de um dispositivo, sendo que a Corte agirá:

[...] proferindo (a) sentença aditiva, estendendo a norma à situação nela não contemplada, quando a omissão importar em violação ao princípio da igualdade; e (b) sentença substitutiva, pela qual a Corte não apenas declara a inconstitucionalidade de determinada norma, como também introduz no sistema, mediante declaração própria, uma norma nova.

Paralelo ao que ocorreu na Itália, no Brasil a necessidade da manipulação das normas está atrelada à dificuldade do Legislativo em acompanhar a evolução da sociedade, bem como à ausência de formalidades que o Judiciário possui ao tentar criar ou modificar algum dispositivo legal.

Paulo Neto (2012, p. 91) ensina que a manipulação das normas vai além da interpretação usual conferida pelo judiciário, “atuando mediante a criação de normas ou, pressupondo-se a plurissignificatividade do teor literal dos enunciados normativos, a imposição de leituras normativas exclusivas de disposições dos textos constitucional e legal”.

Necessário salientar que, segundo Romboli (*apud* MENDES; BRANCO, 2018, p. 1465), as decisões desta classificação são consideradas autoaplicáveis, ou seja, elas produzem efeitos imediatos, o que dispensa a posterior intervenção parlamentar para sua efetividade. Assim, as decisões de caráter manipulativo vincularão a Administração Pública e os demais órgãos do poder Judiciário.

Por outro lado, as sentenças manipulativas não vinculam o Legislativo, sendo lícito ao Congresso promulgar lei que seja contrária à decisão vinculante, desde que mediante sanção presidencial, exceto quando se tratar de emenda constitucional (PEIXOTO, 2012, p. 50).

A doutrina brasileira admite a existência de dois efeitos produzidos pelas decisões manipulativas, quais sejam os efeitos aditivos e substitutivos. Entretanto, necessário destacar que, na Itália, a ideia de sentenças manipulativas está ligada ao efeito aditivo (ISRAEL, 2014, p. 19), sendo, do mesmo modo, a realidade vivenciada na Suprema Corte do Brasil, conforme será abordado.

3.1 EFEITO ADITIVO

As sentenças manipulativas com efeito aditivo, estão consubstanciadas à ideia de que a Corte declarará a inconstitucionalidade de uma norma em virtude da omissão existente no dispositivo legal. Com tal conduta, o Judiciário aumenta a abrangência da norma que antes era omissiva em algum aspecto (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1466).

Barroso (2010, p. 407) afirma que o Supremo Tribunal Federal, quando emitir decisão de caráter manipulativo com efeito aditivo adequará “a norma à situação nela não contemplada, quando a omissão importar em violação ao princípio da igualdade”.

Os autores citados demonstram a existência de algumas espécies das sentenças manipulativas de caráter aditivo, apresentando a existência de decisões: a) demolitórias de caráter aditivo; b) aditivas de prestação; e, c) aditivas de princípio. Em suma, as demolitórias ocorrem quando pela decisão é suprimida lei inconstitucional que restringia o exercício de algum direito. As de prestação, por sua vez, possuem impacto orçamentário, e, por fim, a última espécie fixa princípios “que o legislador deve observar ao prover a disciplina que se tem por indispensável ao exercício de determinado direito constitucional” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1467).

Segundo La Veja (*apud* MENDES; BRANCO, 2018, p. 1382) é compreensível o aumento de decisões manipulativas de caráter aditivo em razão da Constituição ser programática e objetivar o progressivo desenvolvimento, por haver resquícios autoritários, e, ainda, pela morosidade do legislativo em dar resposta às modificações da sociedade e conformismo em relação às leis ulteriores à CFRB/88.

A Carta Política Brasileira autoriza pelo seu artigo 102 (BRASIL, 1988) a atuação do Judiciário para a preservação da Constituição, podendo declarar a inconstitucionalidade normativa daquilo que destoar dos preceitos constitucionais. O órgão Legislativo não tem, no geral, obtido resultados céleres frente às necessidades de adequação normativa, o que justifica a incidência dos fatores citados no parágrafo anterior, levando ao aumento das decisões de caráter manipulativo com efeito aditivo no Brasil.

Ressalta-se que as decisões de caráter aditivo não são delimitadas às Ações Diretas de Inconstitucionalidades e às Declaratórias de Inconstitucionalidade, sendo possíveis também em se tratando de remédios constitucionais individuais.

A fim de demonstrar a utilização da presente técnica na jurisprudência brasileira, apresenta-se uma decisão de caráter manipulativo cujo efeito aditivo fora aplicado: o Recurso Extraordinário n. 641.320 (BRASIL, 2016).

Tendo Gilmar Mendes como relator, o Supremo julgou a possibilidade do cumprimento de pena em regime fechado quando não há vaga em estabelecimento de regime semiaberto ou aberto para os apenados nestes.

Da leitura da referida decisão, é possível evidenciar que dentro do ordenamento jurídico brasileiro positivado, não havia vedação expressa ao cumprimento da pena em regime mais gravoso em caso de ausência de estabelecimento próprio. Assim, a Corte Constitucional, em uma interpretação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º XXXIX), decidiu pela impossibilidade de manutenção do indivíduo em regime prisional mais gravoso, estabelecendo algumas hipóteses que deverão ser utilizadas quando houver déficit de vagas.

Tal decisão originou a súmula n. 56 do Supremo Tribunal Federal, a qual, em seu enunciado, estabelece que: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.”

Colhe-se do teor da decisão que de fato trata-se de decisão de caráter manipulativo com efeitos aditivos, já que o Supremo suprimiu omissão legislativa, emitindo decisão que vinculou os juízes e tribunais a adoção de tal entendimento. Extrai-se da decisão:

[...] O ponto principal quanto à técnica de decisão a ser manejada nesta ação é a possibilidade de o STF adotar decisão que modifica o conteúdo do ordenamento jurídico. No que se refere às decisões manipulativas, o Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de self-restraint ao se deparar com situações em que a interpretação conforme a Constituição possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei [...].(RE 641320, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016 RTJ VOL-00237-01 PP-00261).

Tal exemplificação referenda a aplicação das sentenças de caráter manipulativo com efeito aditivo, o qual é utilizado de maneira mais corriqueira pelo Supremo Tribunal Federal.

3.2 EFEITO SUBSTITUTIVO

No efeito substitutivo das decisões manipulativas “a Corte não apenas declara a inconstitucionalidade de determinada norma, como também introduz no sistema, mediante declaração própria, uma norma nova” (BARROSO, 2010, p. 407).

Assim, é possível afirmar que nesta técnica o Judiciário assumirá o papel que é reservado ao Legislativo, de criação de normas jurídicas, sendo a maior manifestação de poder dentro do órgão do Judiciário (CAMPOS, 2015, p. 5).

Em contraposição ao efeito aditivo, no qual a Corte Constitucional supre omissão normativa, as sentenças com efeito substitutivo declararão a inconstitucionalidade parcial de lei, substituindo o texto inconstitucional advindo do Legislativo por outro que se amolde à Constituição Federal (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1466).

Ou seja, a Colenda Turma do Supremo declarará a inconstitucionalidade parcial de uma lei ou ato normativo, criando uma nova norma, agora válida e de acordo com a Constituição, originária diretamente do Judiciário, agindo como legislador positivo.

Na jurisprudência brasileira as sentenças manipulativas com efeito substitutivo não são comumente utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, isso conforme extrai-se de trecho de decisão já citada no tópico anterior:

[...] Entre nós, a técnica manipulativa com efeitos substitutivos foi utilizada no julgamento da ADI-MC 2.332/DF, rel. min. Moreira Alves, DJ de 2.4.2004, ocasião em o Supremo Tribunal Federal, vencido no ponto o Relator, decidiu “deferir a medida liminar para suspender, no art. 15-A do Decreto-Lei 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzido pelo art. 1º da Medida Provisória 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, e suas sucessivas reedições, a eficácia da expressão ‘de até seis por cento ao ano’ (omissis) para dar, ao final do caput do artigo 15-A, interpretação conforme à Carta da República, 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”. [...] (RE 641320, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016 RTJ VOL-00237-01 PP-00261)

Diante de tal afirmação, cumpre destacar que, em que pese remota a aplicação das decisões deste caráter, no julgado citado o Supremo criou norma a fim de substituir aquela que não se amoldava com os parâmetros constitucionais.

4 A (IM) POSSIBILIDADE DE LEGISLAÇÃO POSITIVA PELO SUPREMO E SUAS IMPLICAÇÕES

Há divergências na doutrina acerca da possibilidade de atuação do Supremo como legislador positivo na manipulação de normas. O entendimento doutrinário de Kelsen (2003, p. 153), por exemplo, é que o Judiciário não pode agir como legislador positivo, visto que, em seu ponto de vista, o Judiciário apenas possui função anulatória de leis, e não de elaboração. Por outro lado, Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 147) entendem que de fato o Supremo age como legislador positivo, modificando diretamente o ordenamento jurídico.

Discorda a doutrina ainda em relação à atuação do Supremo Tribunal Federal. Contudo, a realidade é que, dentro dos limites pré-estabelecidos, o Órgão vem demonstrando a impossibilidade de agir de tal forma, sob pena de ameaça à tripartição de poderes, senão vejamos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PODER JUDICIÁRIO. BENEFÍCIO FISCAL. SEGMENTO PRODUTIVO. LEGISLADOR POSITIVO. IMPOSSIBILIDADE. SEPARAÇÃO DE PODERES. [...] (RE 1259614 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 31-08-2020 PUBLIC 01-09-2020)

Com base na decisão exposta, pode-se concluir que a separação de poderes, característica precípua de um Estado Democrático de Direito, não estará sendo violada se o Poder Judiciário agir dentro dos limites impostos pela Constituição Federal para a manipulação das normas, sendo que quando aditam normas não criam livremente como o legislador, mas interpretam e extraem princípios constitucionais capazes de suprir a omissão normativa reconhecida.

A preocupação se dará se em algum momento o Supremo não agir conforme a Constituição Federal, exercendo papel que a ele não é pertinente, ou agindo para seu benefício, o que poderia causar desequilíbrio e conflito entre os poderes ameaçando a democracia no Brasil (PEIXOTO, 2012, p. 52).

Campos (2015, p. 5 e 6) assevera que de fato o ativismo jurídico realizado pelo Supremo Tribunal Federal nas sentenças manipulativas tem gerado críticas. Isso porque o poder político-decisório da Corte é de fato aumentado quando utilizada esta

técnica. Para o autor, a crítica mais relevante estaria na discricionariedade política dos ministros do Supremo, já que a inserção de novo conteúdo normativo está em total contraste ao seu papel negativo-eliminatório, exercido no controle de constitucionalidade. A problemática da discricionariedade política é que há a possibilidade de a Corte inserir no ordenamento jurídico novas escolhas políticas, exercendo um papel paralegislativo e, permitindo ao Supremo agir como legislador positivo.

Para Vezio Crisafulli (*apud* CAMPOS, 2015, p. 6) a manipulação de normas pela Corte, em nada se assemelha à função do Legislativo, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal não irá criar livremente normas jurídicas, contudo estará limitado a apenas individualizá-las, ou deduzir a norma constitucional aplicável, a fim de preencher omissão.

Peixoto (2012, p. 50) ensina que o Supremo encontra limites na própria Carta Magna. Nas infrações penais o órgão é impedido de criar crimes pela vedação contida no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, que prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). Outra limitação, agora em matéria tributária, está inserida no artigo 150, I, da Constituição Federal, o qual veda a exigência ou aumento de tributo sem a existência prévia de lei (BRASIL, 1988). Não poderá também a Corte Constitucional fixar remuneração aos servidores públicos que impliquem na geração de despesas que não estejam no orçamento, isso com base no artigo 61, § 1º, II, da Constituição Federal que originou a Súmula 339 do próprio Supremo, cujo enunciado prediz: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.

Assim, vê-se que o limite de atuação da Corte é a própria Constituição. Não há o que se falar de legislação positiva do Judiciário em matérias reservadas ao Legislativo, sendo que neste caso de fato haveria uma invasão à função típica, exercendo função que não é lícita ao órgão jurisdicionado.

Indubitavelmente a atuação do Judiciário na manipulação de normas possui benefícios, sendo que atribui mais celeridade à modificação e ao suprimento de omissões normativas, em vista da morosidade e ao ritualismo parlamentar. Por outro lado, há que se atentar aos limites delineados a fim de resguardar o bem maior do Estado brasileiro, que é a Democracia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Judiciário passou por diversas modificações ao longo da história constitucional brasileira. De Constituições Federais autoritárias até a Constituição democrática vigente, atualmente o órgão jurisdicionado possui papel relevante dentro do Estado brasileiro.

Em virtude dos resquícios autoritários da ditadura, aliado à morosidade do Legislativo em responder às demandas da sociedade, as sentenças manipulativas surgem como uma técnica de interpretação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal dentro do controle concentrado de constitucionalidade para adequar o ordenamento jurídico à Constituição. Nelas a Corte irá introduzir às leis novos conteúdos, modificando ou aditando-as, podendo produzir basicamente dois efeitos: aditivos ou substitutivos.

As mais comuns, utilizadas dentro da jurisprudência pátria, são as decisões de caráter manipulativo com efeitos aditivos, que, basicamente, são proferidas quando há omissão normativa a ser suprida, sendo utilizada de maneira mais corriqueira dentro da jurisprudência pátria.

Com relação aos efeitos substitutivos, estes raramente são aplicados no Brasil, pois exigem que, além de declarar a inconstitucionalidade parcial de lei, o Supremo dê nova redação, o que reforçaria a ideia de atuação do Judiciário como legislador positivo, trazendo à tona algumas preocupações acerca do possível comprometimento da tripartição de poderes.

Como guardião da Constituição, o Supremo, ao proferir decisões deve cumprir com seu papel, adequando as normas brasileiras a fim de que não haja incoerência dentro do ordenamento jurídico, visto que, nenhuma decisão ou norma pode se opor aos preceitos Constitucionais.

Por outro lado, é necessário que o Judiciário aja a todo momento dentro de suas atribuições constitucionais, sendo vedada a atuação como criador de normas, já que tal função é inerente ao Legislativo. Dentro do controle de constitucionalidade, o Judiciário é autorizado pela própria Constituição Federal, através das ações que são inerentes a este mecanismo de proteção à Carta Magna.

Assim, o Judiciário analisará a inconstitucionalidade da norma, total ou parcial, indicando a norma aplicável (efeito aditivo) ou criando uma nova norma no lugar daquela (efeito substitutivo).

O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal vem sendo alvo de críticas, principalmente no que tange à possibilidade de os Ministros agirem de maneira política. Não há como negar que o poder da Corte vem crescendo ao longo dos anos, o que gera considerado temor, já que para a conservação da democracia as três funções devem estar em pé de igualdade.

Entretanto, cabe ressaltar que toda a decisão manipulativa emitida pelo Supremo deve estar baseada na Constituição Federal, o que garante o respaldo e respeito à Carta Política brasileira, não havendo o que se falar em de legislação positiva através do Judiciário, já que este não assume o papel do legislador.

A tendência é que se popularize cada vez mais a manipulação das normas em virtude das mudanças constantes da sociedade e morosidade na resposta do Legislativo a tais modificações, devendo o Judiciário, para tanto, obedecer os limites à ele impostos, enaltecendo a todo tempo a preservação da Constituição e dos princípios e garantias nela positivados, com a finalidade de preservar o Estado Democrático de Direito brasileiro e viabilizar o direito dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, R. C. de. **O Estado e Poder Judiciário no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Recurso Extraordinário n. 1259614**. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Relator: Luiz Fux. Rio Grande do Norte, data de Julgamento: 18/08/2020. Data de publicação: 01 set. 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753679531>. Acesso em: 25 set. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 641.320/RS**. Procuradoria Geral da República. Relator Ministro Gilmar Mendes. Rio Grande do Sul, data de Julgamento: 11 fev. 2015, data de Publicação: 13 fev. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em: 20 jun. 2020

CAMPOS, Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas: os casos das Cortes Constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. **Revista de Processo**, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra, Almedina, 2001.

CONTI, José Maurício. **Poder Judiciário: orçamento, gestão e políticas públicas**. 2.ed. São Paulo: Almedina, 2017.

ISRAEL, Lucas Nogueira. **A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos o controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar**. Universidade de Brasília. Brasília, 2014. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16943/1/2014_LucasNogueiraIsrael.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução por Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat baron de. **O espírito das leis**. Tradução por Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. **A decisão constitucional vinculante**. São Paulo: Método, 2012.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros**. São Paulo: Método, 2012.

SIERRA, Vânia Morales; REIS, Josélia Ferreira dos. **Poder judiciário e serviço social**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Artigo recebido em: 02/12/2020

Artigo aceito em: 16/12/2020

Artigo publicado em: 29/11/2021