



Alexandre Antonucci Bonsaglia

**SENTENÇAS ADITIVAS
NA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à banca examinadora da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) como requisito de conclusão do curso Escola de Formação, sob orientação da Professora Carla Osório.

**SÃO PAULO
2010**

ABREVIATURAS

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade

AGU – Advocacia-Geral da União

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

DEM - Democratas

MC – Medida cautelar

MI – Mandado de injunção

MS – Mandado de segurança

OS – Organização social

PC do B – Partido Comunista do Brasil

PDT – Partido Democrático Trabalhista

PPS – Partido Popular Socialista

PSC – Partido Social Cristão

PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira

PT – Partido dos Trabalhadores

SINDPOL – Sindicato dos servidores policiais civis do Estado do Espírito Santo

SINJEP – Sindicato dos trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará

SINTEM – Sindicato dos trabalhadores em educação do Município de João Pessoa

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

PARTE I

APRESENTAÇÃO

CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO.....	05
-------------------------------------	-----------

CAPÍTULO 2 – METODOLOGIA.....	10
--------------------------------------	-----------

PARTE II

PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

CAPÍTULO 3 – SENTENÇAS MANIPULATIVAS E SENTENÇAS ADITIVAS.....	15
---	-----------

3.1 Sentenças manipulativas.....	15
---	-----------

3.2 Sentenças aditivas.....	21
------------------------------------	-----------

3.2.1 Conceito.....	21
----------------------------	-----------

3.2.2 Violação ao princípio da igualdade em decorrência de omissão parcial.....	23
--	-----------

3.2.3 Limites à sentença aditiva.....	25
--	-----------

3.3 Distinção entre sentença aditiva e interpretação conforme a Constituição.....	27
--	-----------

PARTE III

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

CAPÍTULO 4 – QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.....	30
4.1 ADI 1.923 MC: Breve descrição do caso.....	30
4.2 Análise quanto à sentença aditiva.....	33
CAPÍTULO 5 – PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS.....	39
5.1 ADI 3.510: Breve descrição do caso.....	39
5.2 Análise quanto à sentença aditiva.....	43
CAPÍTULO 6 – DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS.....	48
6.1 MI 708, MI 712, MI 670: Breve descrição do caso.....	48
6.2 Análise quanto à sentença aditiva.....	54
CAPÍTULO 7 – CLÁUSULA DE BARREIRA.....	61
7.1 ADI 1.351 e ADI 1.354: Breve descrição do caso.....	61
7.2 Análise quanto à sentença aditiva.....	64
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	72

PARTE I **APRESENTAÇÃO**

INTRODUÇÃO

Esta monografia pretende analisar o uso das denominadas sentenças de caráter aditivo pelo Supremo Tribunal Federal.¹

As sentenças aditivas são utilizadas nos casos em que falta algum preceito à norma impugnada, sem o qual ela é inconstitucional. O tribunal, ao invés de declarar a inconstitucionalidade da norma, declara somente inconstitucional sua parte omissa e adiciona a esta parte o conteúdo normativo suficiente para sanar sua falha. Não há acréscimo ao texto da norma, apenas seu significado é alterado.²

Além de a sentença com perfil aditivo ser utilizada em casos de omissão parcial, ela também pode ser aplicada em situações de omissão total, quando inexistir uma norma que disponha sobre determinada situação, conforme exigido pela Constituição. Em casos de omissão parcial, embora exista a norma, esta apresenta algum defeito, e o tribunal implementa, adiciona, acresce elementos necessários para que ela passe a estar em conformidade com a Constituição.³

A relevância do estudo de sentença aditiva, espécie das sentenças intermédias ou manipulativas, decorre do poder que advém da Justiça Constitucional quando profere decisão positiva, criando conteúdo para uma

¹ Não obstante o termo sentença seja tecnicamente utilizado para designar a decisão do juiz de primeira instância, que extingue o processo nos termos do art. 162, §1º do CPC (*Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos: Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei*), a expressão sentença aditiva é empregada para designar determinada forma de decidir em controle de constitucionalidade, como será demonstrado na monografia.

² Estatui Fátima de Sá, que as “decisões aditivas, ao contrário do que a denominação possa sugerir, não alteram a estrutura gramatical da norma combatida, mas apenas o seu significado, através da indicação de outra norma ou de um princípio normativo ao dispositivo remanescente (...)”. SÁ, Fátima de. “Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas”. In. MORAIS, Carlos Blanco de. “As sentenças intermédias da justiça constitucional”. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 428-430.

³ JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. “Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo”. http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27844/sentencas_aditivas_mito_legislador..pdf?sequence=3 Acessado em 31 de outubro de 2010. p. 70

norma geral anteriormente inexistente. Ademais, outro aspecto que denota a importância do tema é o impacto dessa decisão no modelo de separação dos poderes e, por conseguinte, no Estado Democrático de Direito.⁴ Por fim, tal exame, no caso brasileiro, é especialmente importante na medida em que o Supremo Tribunal Federal “atravessa um ciclo único, em termos de uso imaginativo e ousado de decisões intermédias”.⁵

Esse ciclo também é verificado, segundo Gilmar Mendes, nos ordenamentos jurídicos estrangeiros:

Assim, o recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a consequente declaração de constitucionalidade.⁶

O tema inicialmente proposto para este trabalho havia sido *ativismo judicial e separação dos poderes*.

Entretanto, como logo se percebeu, essa proposta de pesquisa mostrou-se muito ampla, de modo a abranger uma seara de assuntos variados, insuscetível, portanto, de serem tratados por uma monografia.⁷ Ademais, essa análise seria realizada com base principalmente na doutrina, fugindo, com isso, do foco jurisprudencial que esta pesquisa deveria ter.

Diante disso, selecionou-se um objeto de pesquisa relacionado a essa temática mais ampla, ao qual a monografia, focada na análise da jurisprudência do STF, poderia se dedicar com a devida profundidade.

⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. “As sentenças intermédias da justiça constitucional”. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 6.

⁵ Id. Ibid. p. 8.

⁶ STF: ADI 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/2006. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 157.

⁷ Segundo o dicionário Aurélio, o termo monografia significa: *Descrição especial de um único assunto. / Estudo limitado de história, de geografia, de crítica literária etc., tratando de um tema, de uma pessoa ou de uma região.* <http://www.dicionariodoaurelio.com/Monografia>. Acessado em 9 de outubro de 2010. Assim, uma monografia pressupõe o estudo de somente um objeto, de um tema, de uma fração específica de determinada área do conhecimento.

Feito este recorte material, que implica no estudo aprofundado de um tema central e no tratamento dos demais sem grandes detalhes, quanto a estes, serão apresentadas, somente informações relevantes e complementares ao tema principal.⁸

O **objeto de estudo** desta monografia é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito das sentenças aditivas,⁹ observado em casos nos quais foi feita expressa referência a essa expressão, com atenção às soluções dadas pelo Tribunal nesses casos específicos.¹⁰

Esse instituto será analisado em razão da argumentação e dos critérios estabelecidos pelos próprios Ministros do STF, de modo que serão avaliados o contexto em que o instituto é invocado, se realmente foi aplicado no caso concreto e qual a motivação apresentada para o seu emprego.

A pesquisa tem por **objetivo** analisar, no plano concreto, as sentenças de perfil aditivo no tocante à justificativa de sua aplicação, verificar se o STF impôs critérios para o seu uso e, em caso positivo, se esses critérios são observados e se esse uso é coerente.

Questões teóricas acerca da admissibilidade e conformidade com a Constituição desse tipo de sentença serão abordadas, sem se esquecer do foco central do trabalho, com o objetivo de situar o leitor no debate doutrinário a respeito do objeto da pesquisa e de seus desdobramentos. Cabe ressaltar que não há a pretensão, de ao final da pesquisa, chegar-se a conclusões peremptórias concernentes às sentenças de caráter aditivo.

⁸ O reconhecimento das limitações da pesquisa, por força de seu objeto de estudo, é de fundamental importância para manter o foco do trabalho, assim como sua coerência. Ao longo da pesquisa resvalou-se em diversos temas interessantes e que poderiam ser agregados à monografia, porém que não se alinhavam com seu eixo central. Sem dúvida, tais assuntos podem vir, em outro momento, a complementar esta monografia ou serem, eles próprios, objetos de análise de outro estudo. Exemplos de temas importantes rapidamente abordados e que podem se associar à sentença de caráter aditivo são o ativismo judicial (*judicial activism*), separação dos poderes, tensão institucional do Judiciário com o Executivo e o Legislativo e omissões inconstitucionais.

⁹ Considera-se como termos sinônimos à sentença aditiva sentença (decisão) de caráter aditivo; sentença (decisão) de perfil aditivo, sentença (decisão) manipuladora aditiva; e sentença (decisão) com efeitos aditivos.

¹⁰ Vide os critérios de seleção dos casos no Capítulo 2, referente à metodologia.

Mais especificamente, o objetivo desta monografia é responder às seguintes perguntas:

- 1.** Qual é o conceito de sentença aditiva adotado pelo STF?
- 2.** São identificáveis na jurisprudência do STF as condições necessárias para que o tribunal possa proferir sentenças aditivas?
- 3.** O STF é coerente no uso de sentenças aditivas?
- 4.** A sentença aditiva é uma técnica decisória aceita entre os Ministros do STF?

Tais perguntas são a espinha dorsal do trabalho, de modo que a análise do material colhido será pautada por elas. É esse conjunto de questões que consiste no problema de pesquisa, que norteia todo o presente estudo.

As perguntas formuladas motivam o estabelecimento das seguintes hipóteses, que ao final desta monografia serão confirmadas ou rechaçadas:

- As sentenças de perfil aditivo foram conceituadas pelo Supremo Tribunal Federal, ao menos por alguns de seus ministros, em algumas situações, mas não se pode extrair da jurisprudência do Tribunal um entendimento claro e preciso a esse respeito
- A jurisprudência do STF não oferece uma conclusão segura sobre as condições nas quais está autorizado a proferir sentenças aditivas.
- A referência ao conceito em alguns casos tem fins retóricos e não implica o reconhecimento pelo Tribunal de que estaria apenas autorizado a criar novas normas (exercício típico do Poder Legislativo) se presentes as condições que a doutrina e a

jurisprudência internacional apresentam para que se possa proferir uma sentença aditiva.

- Não há coerência na aplicação do conceito pelo STF.
- As decisões aditivas não são uma técnica decisória aceita de forma expressa entre os diversos ministros do STF, embora na prática soluções com esse caráter tenham prevalecido em alguns julgados do Tribunal.

Ao responder as perguntas propostas será, então, possível, avaliar de que forma o Supremo Tribunal Federal utiliza a sentença de perfil aditivo, principalmente no tocante a sua justificativa de aplicação ao caso, à fundamentação legal e jurisprudencial e ao respeito aos limites impostos pelo próprio Tribunal sobre a utilização desse instituto.

METODOLOGIA

A fonte principal de pesquisa é a jurisprudência do STF disponível em seu site oficial (www.stf.jus.br). As observações realizadas acerca do posicionamento do STF sobre a matéria de sentença aditiva, de seu uso, de sua justificativa, de seu critério estabelecido para instituí-la, de sua argumentação e de outros pormenores serão constatados a partir da leitura dos acórdãos e dos votos dos Ministros, individualmente analisados. Da mesma forma proceder-se-á no que tange às conclusões alcançadas.

Como fonte subsidiária utilizou-se da doutrina. É importante destacar o papel secundário que a doutrina desempenha neste estudo, ao contrário do que se observa em grande parte dos trabalhos acadêmicos. O presente trabalho, desenvolvido no âmbito da *Sociedade Brasileira de Direito Público*, em razão do curso *Escola de Formação*, preconiza, assim como esta instituição, a análise calcada mais na jurisprudência do que na doutrina.

Os critérios de seleção do material de pesquisa (acórdãos selecionados) dizem respeito a dois aspectos: ao universo material e ao universo temporal.

No atinente ao primeiro aspecto, os acórdãos selecionados são os seguintes:

<u>Acórdão</u>	<u>Relator(a)</u>	<u>Julgamento</u>
ADI 1.351	Min. MARCO AURÉLIO	07/12/2006
ADI 1.354	Min. MARCO AURÉLIO	07/12/2006
ADI 1.923 MC	Min. ILMAR GALVÃO	01/08/2007
MI 708	Min. GILMAR MENDES	25/10/2007
MI 712	Min. EROS GRAU	25/10/2007

MI 670	Min. MAURÍCIO CORRÊA	25/10/2007
ADI 3.510	Min. AYRES BRITTO	29/05/2008

Cabe observar que não compreendem o universo de casos selecionados outras decisões na qual a expressão sentença aditiva não tenha aparecido de forma expressa. Assim, procurou-se preservar a objetividade dos critérios de seleção.

Um primeiro grupo de decisões foi selecionado pelo mecanismo de busca no site no Supremo Tribunal Federal, no campo "pesquisa de jurisprudência", utilizando as seguintes palavras-chave:

Termos de busca no site do STF (pesquisa de jurisprudência¹¹)			
Expressão de busca	Resultados	Resultados aproveitados	Acórdão selecionado
Sentença <i>adj</i> aditiva	1	1	ADI 1.923 MC¹²
Sentença <i>adj</i> perfil aditivo	0	0	-
Caráter <i>adj</i> aditivo	1	1	ADI 3.510 ¹³

¹¹ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>

¹² O termo *sentença aditiva* está expresso na ementa da ADI 1.923 MC: 2. *Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao fumus boni iuris. O periculum in mora não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 --- seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de **sentença aditiva**.* (grifos nossos)

¹³ O termo *sentença de caráter aditivo* encontra-se na ementa da ADI 3.510: IX – *IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de **sentença de caráter aditivo** que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de*

Solução <i>adj</i> normativa	4	2	MI 670 ¹⁴ ; MI 708 ¹⁵
------------------------------	---	---	---

Em relação à ADI 1.923, cabe observar que não houve decisão sobre o mérito. Somente houve decisão sobre a medida cautelar, que será analisada nesta monografia.

A seleção foi complementada com os casos indicados no voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.510, como tendo sido decididos com sentenças aditivas:

“Tais **sentenças de perfil aditivo** foram proferidas por esta Corte nos recentes julgamentos dos **MS nºs 26.602**, Rel. Min Eros Grau, **26.603**, Rel. Min. Celso de Mello e **26.604**, Rel. Min. Cármen Lúcia, em que afirmamos o valor da fidelidade partidária; assim como no também recente julgamento a respeito do direito fundamental de greve dos servidores públicos (**MI nº 708**, de minha relatoria; **MI nºs 607**¹⁶ e **712**, Rel. Min. Eros Grau). Outra não foi a fórmula encontrada pelo Tribunal para solver a questão da inconstitucionalidade da denominada cláusula de barreira instituída pelo art. 13 da Lei nº 9.096, no julgamento das **ADI nºs 1.351** e **1.354**, Rel. Min. Marco Aurélio (grifos nossos)”.

Após a análise de todo esses casos verificou-se que em algum momento havia menção expressa à sentença aditiva, exceto em relação aos

plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente. (grifos nossos)

¹⁴ Não há referência à sentença aditiva na ementa do MI 670, assim como também não foi incluída no rol não taxativo do Ministro Gilmar. Porém, o MI 670 trata de matéria idêntica à tratada pelo MI 708, que foi identificado por este Ministro como caso de sentença aditiva, pelo seu voto na ADI 3.510. Ambas as ementas também são idênticas e os dois casos foram julgadas no mesmo dia, 25/10/2007.

¹⁵ O MI 708 também foi expressamente incluído no rol exemplificativo de casos resolvidos por sentença aditiva do Ministro Gilmar Mendes.

¹⁶ Como explicitado pelo Ministro Gilmar Mendes, o MI 607 foi resolvido por meio do instituto da sentença de perfil aditivo, porém esse acórdão não se encontra no campo de “pesquisa de jurisprudência” do site do STF (quando inserido o termo MI 607 somente se tem como resultado três documentos: Pet 607 AgR; AR 607; e Rp 607), o mesmo ocorre no campo “inteiro teor de acórdão”. Por tal razão, neste trabalho não se tratará do MI 607.

MS 26.602, 26.603 e 26.604, motivo pelo qual esses casos não foram selecionados.

Para fins desta monografia cada caso foi relacionado a uma "matéria", ou seja, à questão central discutida nos acórdãos. Isso serviu para catalogar e agrupar casos que tratam da mesma matéria.

As matérias abordadas nos acórdãos estudados na monografia são: *cláusula de barreira; qualificação de entidades como organizações sociais; direito de greve dos servidores públicos; e pesquisa com células-tronco embrionárias*. Para efeito de melhor esclarecimento, consultar a tabela a seguir, que relaciona os acórdãos com suas respectivas matérias:

<u>Acórdão</u>	<u>Matéria</u>
ADI 1.351 ¹⁷	Cláusula de barreira
ADI 1.354 ¹⁸	
ADI 1.923 MC	Qualificação de entidades como organizações sociais
MI 708	Direito de greve dos servidores públicos
MI 712	
MI 670	
ADI 3.510	Pesquisa com células-tronco embrionárias

A partir da seleção dos casos, o recorte temporal fixou-se entre 07/12/2006 e 29/05/2008 – do primeiro caso em que há menção à

¹⁷ Não há referência à sentença aditiva na ementa, porém no voto da ADI 3.510 o Min. Gilmar Mendes inclui a ADI 1.351 no rol exemplificativo de casos cuja sentença é aditiva.

¹⁸ Também a ementa não se reporta à sentença aditiva, porém no voto da ADI 3.510 o Min. Gilmar Mendes inclui a ADI 1.354 no rol de casos cuja sentença é aditiva. Cabe observar que a relatoria da ADI 1.354 e da ADI 1.351 é do Ministro Marco Aurélio e ambas foram julgadas no mesmo dia, 07/12/2006

sentença aditiva ao caso mais recente assim classificado.¹⁹ Esse período foi delimitado pela seleção dos casos encontrados no *site* do STF e das decisões arroladas pelo Ministro Gilmar Mendes, no voto da ADI 3.510, nas quais há menção expressa à sentença aditiva.

Quanto à estrutura dissertativa do trabalho cabe apontar que foi feita uma divisão em três partes, que correspondem às etapas de pesquisa. São elas: *Parte I - Apresentação*; *Parte II – Pressupostos teóricos*; e *Parte III – Análise jurisprudencial*.

A primeira parte introduz o tema estudado e oferece subsídios quanto aos critérios de seleção e análise dos casos. Nesta divisão também são fixados os universos material e temporal.

O segundo momento recorre à doutrina, lançando mão de bases teóricas e, ainda, conceitua a sentença aditiva.

A terceira fase de pesquisa passa a investigar a aplicação da sentença de caráter aditivo. Trata-se da análise dos casos selecionados, agrupados por temas, como *cláusula de barreira* e *direito de greve dos servidores públicos*. Neste momento, então, será realizada análise jurisprudencial dos referidos casos. Em cada tema estudado na terceira parte será abordada uma breve descrição do caso e, finalmente, proceder-se-á com a análise do uso da expressão *sentença aditiva* pelos ministros e da sua relação com a solução dada ao caso

¹⁹ A busca de casos no *site* do STF encerrou-se em agosto de 2010.

PARTE II

PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

CAPÍTULO 3 – SENTENÇAS MANIPULATIVAS E SENTENÇAS ADITIVAS

3.1 Sentenças manipulativas

As decisões do Tribunal Constitucional em controle de constitucionalidade, em caso de procedência da ação, podem ser classificadas, quanto aos efeitos, em simples e manipulativas.²⁰

As decisões do primeiro tipo são aquelas em que uma norma inconstitucional é expurgada da ordem jurídica. Em regra, seus efeitos são revogados retroativamente. Denomina-se essa decisão de legislar de modo negativo.²¹

O segundo tipo de decisões, denominadas pela doutrina como sentenças manipulativas, caracteriza-se por alterar o sentido ou os efeitos da norma impugnada. Elas são classificadas, segundo o professor português Carlos Morais Blanco, em: *a) sentenças restritivas dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade; b) sentenças interpretativas de acolhimento ou condicionais; e c) sentenças portadoras de efeitos aditivos.*²²

Uma decisão portadora de efeitos aditivos só se afigura legítima, segundo Carlos Morais Blanco, citado por Taciana Xavier, na medida em que se limita a modelar a norma em julgamento pela adição de uma norma ou

²⁰ XAVIER, Taciana. "A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro". In: MORAIS, Carlos Blanco de (org.). "As sentenças intermédias da justiça constitucional". Lisboa: AAFDL, 2009. p. 363.

²¹ Id. Ibid. p. 363.

²² Id. Ibid. p. 363.

princípio constitucional já existente no ordenamento jurídico.²³ Em outras palavras, não há margem para o magistrado inovar no ordenamento jurídico com a criação de normas, apenas lhe é autorizado adicionar à norma preceito já existente.²⁴

Nesse diapasão, leciona Rui Medeiros, citado por Gilmar Mendes, em voto no MI 708, sobre os limites das sentenças modificativas:

Efectivamente, embora parte da doutrina admita que as **decisões modificativas** são proferidas no exercício de um poder discricionário do Tribunal Constitucional e se contente em pedir aos juízes constitucionais que usem a sua liberdade de escolha com parcimônia, numerosos autores esforçam-se por sublinhar que **não está em causa o exercício de uma função substancialmente criativa *ex nihil*, verificando-se tão-somente a extração de um *quid iuris* já presente – de modo cogente e vinculativo para o próprio legislador – no ordenamento jurídico.** Nessa perspectiva, o órgão de controlo, ao modificar a lei, não actua como se fosse legislador, já que <<não possui aquele grau de liberdade de opção para definir o escopo legal que é atributo do legislador>>. <<O *quid iuris adiectum*, ainda que não explicitado formalmente na disposição ou no texto (*verba legis*), está já presente, e *in modo obbligante*, no próprio sistema>>.²⁵

Segundo o jurista português, citado pelo Ministro Gilmar Mendes, os limites das sentenças manipulativas verificam-se pela (i) vedação à inovação jurídica; e, portanto, pela (ii) vinculação do juiz ao ordenamento jurídico, delineado pelo legislador.

Em que pese a definição doutrinária estrangeira de sentença aditiva não admitir inovação jurídica, no Brasil (especificamente no STF) esse instituto, a partir dos casos analisados nesta monografia, vem sendo

²³ Cabe salientar que essa técnica não se confunde com a interpretação sistemática. Nesta, a decisão é tomada tendo-se em vista todo o ordenamento jurídico, que permite ao intérprete dar o significado mais adequado da norma ao caso concreto. Por outro lado, a sentença aditiva reconhece que há uma inconstitucionalidade na norma, devido a uma omissão total ou parcial, e para saná-la recorre a outras normas do ordenamento para completar o significado da norma inconstitucional, que passa, então, a estar de acordo com a Constituição.

²⁴ Id. Ibid. p. 363.

²⁵ STF: MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 242.

utilizado de modo a criar regras não previstas por nenhum dispositivo legal ou constitucional, de fato, pois, inovando a ordem jurídica.

É interessante notar, ademais, que o Ministro Gilmar Mendes, baseado nas observações de Rui Medeiros, parece sobrepor o conceito de sentença manipulativa ao de sentença aditiva, conquanto a doutrina portuguesa citada nesta monografia estabelece que estas são espécies daquela. Eis a passagem de Gilmar Mendes que dá causa a essa observação:

Especialmente no que concerne à aceitação das **sentenças aditivas ou modificativas**, esclarece Rui Medeiro que eles são em geral aceitas quando integram ou completar um regime previamente adotado pelo legislador ou ainda quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora 'solução constitucionalmente obrigatória'. (MEDEIROS, Rui, A Decisão de Inconstitucionalidade).²⁶

Entretanto, ao se analisar as passagens de Rui Medeiros que o Ministro Gilmar Mendes transcreve em seu voto no MI 708,²⁷ percebe-se que o autor português somente faz menção às sentenças modificativas ou manipulativas, porém em nenhum momento se refere às sentenças aditivas e, muito menos traça comparação entre as decisões modificativas e aditivas, ou ainda, estabelece uma relação de igualdade entre elas.²⁸

O Ministro, em artigo intitulado "Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional",²⁹ de sua autoria, também equipara sentenças aditivas e modificativas, ao expressar que ambas são admitidas "quando integram ou complementam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora solução constitucionalmente obrigatória".

²⁶ Id. Ibid. p. 243.

²⁷ Id. Ibid. p. 240-243.

²⁸ Não foi possível obter acesso à obra de Rui Medeiros, logo, não se sabe se o autor, em outro momento, equipara ambos os conceitos.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. "Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional". Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf> Acessado em 13 de novembro de 2010.

A equiparação entre sentenças modificativas e aditivas parece ser peculiaridade do Ministro Gilmar Mendes, ao interpretar o texto de Rui Medeiros. Por outro lado, a doutrina portuguesa de Carlos Blanco de Moraes e a doutrina italiana, como se verá, distinguem ambas as decisões.

No direito italiano,³⁰ as sentenças modificativas, ou manipulativas, ou ainda, de carácter intermédio, compreendem, quatro espécies de decisão: as exortativas, as interpretativas, as aditivas e as substitutivas.³¹

Em síntese, as quatro espécies de sentenças modificativas possuem as seguintes características:

- **Sentenças exortativas** (*sentenze comandamento*) – Apesar da declaração da inconstitucionalidade da lei impugnada e, portanto, de sua nulidade, a Corte Constitucional mantém sua eficácia enquanto o texto da lei tido como inconstitucional não for alterado pelo legislador.
- **Sentenças interpretativas** (*sentenze interpretative*) – A Corte Constitucional, sem reformar o texto da lei, declara nula as interpretações que não guardem conformidade com a Constituição.
- **Sentenças aditivas** (*sentenze additive*) – A uma norma falta parte de texto normativo, sem o qual ela é inconstitucional. A Corte, para evitar a declaração de inconstitucionalidade atua no sentido de suprir a omissão legislativa, criando regras e, assim, garantindo a adequação da norma à Constituição e a aplicação da norma em questão.³²

³⁰ Fátima de Sá afirma que as sentenças aditivas na Itália “constituem um fenómeno quantitativa e qualificativamente muito relevante, sendo de onde deriva a maior parte dos estudos doutrinários dedicados a elas, bem como as suas variadíssimas denominações”. SÁ, Fátima de. “Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas”. In: MORAIS, Carlos Blanco de (org.). “As sentenças intermédias da justiça constitucional”. Lisboa: AAFDL, 2009. 423.

³¹ VICTORINO, Fábio Rodrigo. “Supremo Tribunal Federal versus Congresso Nacional”. <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/270946/> Acessado em 31 de outubro de 2010.

³² O autor não faz menção à hipótese de omissão total.

- **Sentenças substitutivas** (*sentenze sostitutive*) – Proferidas nos casos em que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma cria um vácuo legislativo que se torna uma ameaça à segurança jurídica. Para resolver esse problema a Corte pode adotar uma das duas medidas: a primeira é manter, temporariamente, em vigor a lei impugnada, até o momento apropriado para suprimi-la de vez do ordenamento jurídico; alternativamente, a segunda medida é a criação de regra que supra o vácuo legislativo deixado pela norma afastada, até que o Legislativo edite novo dispositivo.

Essas técnicas decisórias, aplicadas no direito italiano, já são utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, exceto as sentenças substitutivas.³³ Assim, são utilizadas pelo STF as sentenças exortativas, interpretativas e aditivas.

Em relação às sentenças exortativas, o STF já fez a aplicação dessa técnica decisória em seus julgados. Por exemplo, na ADI 2240, que tratou da criação do Município de Luís Eduardo Magalhães, mediante a fragmentação do Município de Barreiras, no Estado da Bahia. Por ocasião dessa ADI, o Ministro Gilmar Mendes propôs a manutenção da vigência da Lei nº 7.619/2000, que pretendia criar o referido Município, por um período de 24 meses. Essa lei, que o STF entendeu ser contrária ao art. 18, §4º da Constituição, fora mantida para que o Legislativo pudesse aprovar a lei complementar exigida pelo mencionado dispositivo constitucional.

Dos conceitos da doutrina italiana e portuguesa de sentença aditiva, pode-se extrair, no tocante à possibilidade de inovação no ordenamento jurídico, que a doutrina italiana admite seu caráter inovador, ao passo em que a doutrina portuguesa delimita o teor da decisão ao próprio ordenamento.

³³ VICTORINO, Fábio Rodrigo. "Supremo Tribunal Federal versus Congresso Nacional". <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/270946/> Acessado em 31 de outubro de 2010.

Em que pese o Ministro Gilmar Mendes utilizar a doutrina portuguesa, ele acaba conferindo à sentença aditiva o caráter inovador, característico do modelo italiano.

No ordenamento jurídico brasileiro, a edição da Lei 9.868/99,³⁴ que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, mitigou o dogma do legislador negativo, ao prever a:³⁵

- a) Possibilidade de definição dos efeitos da decisão declaratória de constitucionalidade;
- b) Interpretação conforme a Constituição
- c) Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto

Sobre o primeiro item, reza o art. 27 da Lei 9.868/99:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Os dois últimos itens são expressos no parágrafo único do Art. 28 da referida Lei:

³⁴ Sobre a Lei 9.868/99, Gilmar Mendes, em voto na ADI 1.351, p.157-158, estatui que "(...) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos,, sobretudo a partir do advento da Lei nº 9.868/99, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado que essas novas técnicas de decisão têm guarida também no âmbito do controle difuso de constitucionalidade.

³⁵ XAVIER, Taciana. "A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro". In. MORAIS, Carlos Blanco de (org.). "As sentenças intermédias da justiça constitucional". Lisboa: AAFDL, 2009. p. 363.

Art. 28, Lei 9.868/99 - Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a **interpretação conforme a Constituição** e a **declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto**, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (grifos nossos).

3.2 Sentenças aditivas

3.2.1 Conceito

As sentenças aditivas são aquelas que reconhecem a falta de elemento normativo necessário para que a norma em julgamento esteja de acordo com a Constituição (omissão legislativa parcial) e que acrescentam a essa norma o elemento ausente, que pode ser outra norma ou princípio constitucional do ordenamento jurídico. Isso significa que à norma tida inconstitucional é complementada por outra norma que sana o vício de inconstitucionalidade. Ou então, nos casos de omissão legislativa total, a sentença aditiva supre a falta da norma mediante a aplicação de outra norma já existente ou, então, pela criação de uma norma que se adéque ao caso concreto.

Fátima de Sá conceitua precisamente esse tipo de decisão:

Inicialmente, as sentenças aditivas podem ser definidas como aquelas que declaram que ao preceito impugnado lhe falta algo para ser conforme à Constituição, devendo, assim, o preceito ser aplicado incluindo aquilo que lhe faltava. Nesse passo, é declarada a inconstitucionalidade do preceito na parte em que não inclui algo ou alguém. Censuram, dessa forma, uma omissão legislativa inconstitucional, entendida aqui como um silêncio parcial do legislador, que cria uma situação contrária à Constituição, pois, na maior parte das vezes, violam o princípio da igualdade.

Em sentido amplo, podem ser descritas, conforme Revorio, como aquelas que sem afetar o texto da decisão impugnada, produzem um efeito de extensão ou ampliação de seu conteúdo normativo, assinalando que tal dispositivo deve incluir algo que no texto da disposição não prevê expressamente. Assim, a inconstitucionalidade é declarada não naquilo que a norma prescreve, mas, contrariamente, a fiscalização recai no fato da norma não prever aquilo que deveria estar previsto para ser conforme à Constituição.³⁶

Ao identificar a omissão legislativa inconstitucional que contamina parte da norma, o tribunal extrai do ordenamento jurídico elementos normativos a serem a ela incorporados, de modo a sanar a inconstitucionalidade e a produzir no futuro efeitos jurídicos válidos.³⁷ No caso de omissão parcial, ao invés de declarar a norma inconstitucional, o tribunal implementa, adiciona, acresce elementos necessários para que ela passe a estar em conformidade com a Constituição.³⁸

A autora atenta também para o fato de que a sentença aditiva, “ao contrário do que a denominação possa sugerir, não altera a estrutura gramatical da norma combatida, mas apenas seu significado”.³⁹

Portanto, infere-se que a sentença aditiva evita que uma norma inconstitucional seja simplesmente declarada nula, ao invés disso, à norma é adicionada o conteúdo necessário para que passe a estar de acordo com a Constituição, porém, sem que com isso o texto normativo seja modificado. A norma é declarada inconstitucional pelo fato de não prever algum elemento que nela deveria estar contido.⁴⁰

³⁶ SÁ, Fátima de. “Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas”. In. MORAIS, Carlos Blanco de (org.). “As sentenças intermédias da justiça constitucional”. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 428-429.

³⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. “As sentenças intermédias da justiça constitucional”. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 19

³⁸ JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. “Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo”. http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27844/sentencas_aditivas_mito_legislador..pdf?sequence=3 Acessado em 31 de outubro de 2010. p. 70

³⁹ Id. Ibid. p. 430.

⁴⁰ Estatui Edilson Pereira Nobre Júnior que a sentença de caráter aditivo “ao invés de aportar na drástica eliminação da norma jurídica, esta é mantida através do adicionamento ao seu conteúdo duma regulação que faltava para lastrear a concordância daquela à Constituição. Nestas decisões, a estrutura literal da norma combatida se mantém inalterada, mas o órgão de jurisdição constitucional, criativamente, acrescenta àquela componente normativo, vital para que seja preservada sua conciliação com a Lei Fundamental. A sua ocorrência coincide com as hipóteses onde o tribunal reconhece a existência de omissão

3.2.2 Violação ao princípio da igualdade em decorrência de omissão parcial

Em casos de violação do princípio da igualdade, na qual a sentença com efeitos aditivos cria norma que abarca a categoria de indivíduos excluídos ilegalmente de benefício a qual tem direito. Uma decisão nesse sentido constrói uma “ponte” normativa entre os indivíduos excluídos e o benefício a que têm direito, ao invés de simplesmente declarar a norma inconstitucional e, assim, deixar de conceder tal benefício a esse grupo.

Nesse diapasão, Rui Medeiros, citado diversas vezes por Gilmar Mendes em voto no MI 708, estatui a possibilidade de sentença aditiva em casos de violação do princípio da igualdade e, explica como a Corte Constitucional italiana, em contraposição à Corte Constitucional alemã, decide em situações de tal gênero:

“[Esclarece Rui Medeiros que] A diferença entre a lição alemão e o ensinamento italiano prende-se, antes de mais, com a delimitação dos casos em que são constitucionalmente admissíveis as **decisões modificativas**. Na verdade, além de o *Bundesverfassungsgericht*, ao contrário da *Corte Costituzionale*, rejeitar **decisões modificativas** quando a discriminação resulta do silêncio da lei, o Tribunal Constitucional italiano admite mais facilmente do que o Tribunal Constitucional Federal alemão a existência de valores constitucionais que postulem a modificação da lei. Mesmo um autor como VEZIO CRISAFULLI, que não se cansa de sublinhar que a legislação positiva criada pela *Corte Costituzionale* é uma legislação *rime obbligate* [isto é, trata-se de atividade legislativa vinculada ao poder de conformação limitado pelo gizamento constitucional estabelecido para a matéria], alude ao contraste entre a solução italiana e a solução alemã: o *Bundesverfassungsgericht* alemão, **perante uma violação**

parcial, justamente porque permitem o acréscimo do necessário para tornar a norma impugnada concordante com os mandamentos constitucionais. O foco da fiscalização da inconstitucionalidade recai não naquilo que a norma prescreve, mas, contrariamente, no fato desta não prever aquilo que deveria tratar para satisfazer ao reclamado pela Lei Máxima”. JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. **Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo**. [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27844/sentenças aditivas m ito legislador..pdf?sequence=3](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27844/senten%C3%A7as_aditivas_mito_legislador..pdf?sequence=3) Acessado em 31 de outubro de 2010. p. 70

do princípio da igualdade resultante de um tratamento de favor concedido apenas a algumas das pessoas que se encontram num plano essencialmente igual, lança geralmente mão da simples declaração de incompatibilidade, pois entende que o poder legislativo dispõe de várias possibilidades de eliminação do vício e, entre outras opções, tanto pode estender a norma de favor aos até aí excluídos, como revogá-la para todas; pelo contrário, **em situações deste género, a Corte italiana adopta uma sentença manipulativa, anulando a disposição *nella parte in cui* (ainda que implicitamente) *escluye do beneficio a categoria preterida, estendendo assim o tratamento mais favorável*** – (MEDEIROS, Rui. A Decisão de Inconstitucionalidade, p. 461).⁴¹

Ademais, é possível verificar, no STF, o uso desse método decisório para impor condições para que uma norma ou lei seja constitucional. Exemplo disso pode ser observado no caso das pesquisas com células-tronco embrionárias.

Deste modo, é possível inferir que a finalidade de tal medida é preservar os princípios (i) da igualdade, na medida em que a norma é completada para que passe a incorporar grupos indevidamente excluídos de seu campo de abrangência. Isso, pois, previne que haja uma cisão na garantia de um direito: um grupo excluído da proteção legal e outro, por ela amparado; (ii) da segurança jurídica; e da (iii) proporcionalidade.

O Tribunal que profere a sentença com efeitos aditivos está, portanto, defendendo os mencionados princípios assim como também “consertando” a omissão inconstitucional da norma.

Nesse sentido, estatui Carlos Blanco de Moraes:

Imperativos de aproveitamento dos actos e, sobretudo, de tutela dos princípios da segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade conduziram a operações interpretativas e integrativas da Justiça Constitucional, destinadas não apenas a declarar uma inconstitucionalidade, mas também a ‘consertá-la’ no tecido normativo, através da prolação de uma sentença aditiva. Neste ponto o Tribunal Constitucional afirmou-se como titular de um poder ‘correctivo’ ou

⁴¹ STF: MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 240.

'reparador' 'ad futurum' de deformidades ou insuficiências das normas jurídicas afectadas pela inconstitucionalidade.⁴²

A sentença manipulativa aditiva, portanto, ao invés de declarar inconstitucional uma norma infectada por omissão legislativa parcial, sana tal omissão mediante acréscimo de regras retiradas do ordenamento jurídico, tornando a norma constitucional e, por conseguinte, estende o direito aos que estavam desamparados.

3.2.3 Limites à sentença aditiva

Cabe observar que, de acordo com a doutrina mencionada, a Corte não deveria inovar no ordenamento jurídico, produzindo uma nova regra, mas, diversamente, cria uma regra nos parâmetros do ordenamento pautando-se pelo caso concreto. Essa observação é importante na medida em que contraria a alegação de que a Corte desempenhe função de legislador positivo.

Entretanto, no caso brasileiro, pela análise dos casos selecionados nesta monografia, a afirmação feita no parágrafo anterior é questionada.⁴³

Por todo exposto, exsurge que sentença aditiva é um dos métodos de decisão face omissões legislativas inconstitucionais, em que o magistrado supre lacuna legislativa de modo instantâneo, mediante a criação de norma jurídica.

É possível afirmar, pois, tratar-se de uma alternativa à simples declaração de inconstitucionalidade da norma, que poderia trazer resultados indesejados, como (i) a retirada da proteção jurídica ao grupo contemplado pela norma (em caso de omissão parcial); e (ii) a perpetuação da falta de regularização do direito, pois o órgão judicial somente agiu como legislador negativo (na hipótese de omissão total).

⁴² MORAIS, Carlos Blanco de. "As sentenças intermédias da justiça constitucional". Lisboa: AAFDL, 2009. p. 25

⁴³ Vide a *Parte III: Análise jurisprudencial*.

Por fim, em entrevista do jornal Valor Econômico, em 18/10/2007, Gilmar Mendes, o ministro do STF que se manifesta de modo mais enérgico em relação a sentenças com perfil aditivo, defendeu o uso desse tipo de sentença no caso da fidelidade partidária e também de modo geral, uma vez que o escopo dessas sentenças é suprir omissões legislativas inconstitucionais, quando há certa urgência de regulamentação de uma norma. O Ministro também advogou na entrevista que a postura mais ativa da Corte acompanha uma tendência mundial, da qual o Brasil passa a acompanhar:

Valor: Foi pacificada no caso da fidelidade partidária [a técnica da modulação a qual refere-se o art. 27 da Lei 9.868]?

Mendes: A fidelidade partidária é uma outra técnica que também o tribunal vem desenvolvendo e que já se manifestou de alguma forma no julgamento iniciado da greve dos servidores públicos e no caso dos vereadores, que eu tenho chamado de **sentenças de perfil aditivo** - em que o tribunal rompe um pouco com a postura que tradicionalmente chamávamos de legislador negativo e passa a ser também, ainda que provisoriamente, um legislador positivo, permitindo uma regulação provisória de uma dada situação que reclama disciplina normativa ou regulação. No caso das câmaras, o tribunal, de alguma forma, já avançou para este aspecto ao concitar o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a fixar o número de vereadores para a legislatura seguinte. E agora, no caso da fidelidade partidária, não se limitou a fixar a fidelidade, mas criou um procedimento para sua aferição no âmbito do TSE, indicando as bases deste procedimento. É uma típica sentença de perfil aditivo.

Valor: É legislar?

Mendes: Ou regular, o nome que você queira dar.

Valor: Mas não está na competência do Supremo legislar, sua competência é julgar. Por que o Judiciário está legislando?

Mendes: A gente não pode ver este tema por uma perspectiva isolada e nem fora do contexto do direito comparado. Esta é uma prática hoje vigente na jurisdição constitucional no mundo. Não se trata de uma invenção brasileira. **É uma tendência.** Em geral estas atuações se dão em contextos de eventual faltas, lacunas ou omissões do próprio legislador. Ou às vezes em um certo estado de

necessidade. A declaração de inconstitucionalidade reclama uma regulação provisória. Para que se profira a decisão de caráter cassatório, tem que se produzir também uma lei para que se faça a transição entre o passado e o presente e regule o presente eventualmente, até que venha a legislação futura. Pode se perguntar se esta atitude pode ser banalizada. Eu diria que não, mas é um dado inevitável do novo contexto institucional que experimentamos.

Valor: Quando o sr. fala que é uma tendência no mundo, está se referindo a que países? Que experiências existem neste sentido?

Mendes: O das cortes constitucionais alemã, italiana e espanhola. Os italianos produziram ao longo do tempo essas chamadas **sentenças atípicas, ou sentenças de perfil manipulativo ou aditivo** - como é a situação que o tribunal está a desenhar no caso do julgamento sobre o direito de greve do servidor público, que é uma situação muito específica. O que se tem hoje é a possibilidade de regular isto mandando aplicar a lei de greve; uma omissão continuada do Poder Legislativo; e a existência de greve, dentro de um quadro de lei da selva! Este contexto tem levado o tribunal a fazer estas intervenções minimalistas (grifos nosso).⁴⁴

3.3 Distinção entre sentença aditiva e interpretação conforme a Constituição

A interpretação conforme a Constituição é uma técnica hermenêutica na qual se atribui a uma norma infraconstitucional, que possibilita várias interpretações (umas que estejam de acordo com a Constituição, e outras, contrárias a ela) um entendimento em consonância à Constituição, e, as interpretações tidas inconstitucionais são declaradas nulas.⁴⁵

O exposto no parágrafo anterior é corolário do postulado da supremacia da Constituição, o qual estatui que as normas legais devam ser lidas à luz da Constituição.

⁴⁴ PRESTE, Cristine. "Uma revolução silenciosa no Supremo". http://www.sbdp.org.br/processo_seletivo_2009/Entrevista%20Gilmar%20Mendes.pdf Acessado em 13 de novembro de 2010.

⁴⁵ TAVARES, André Ramos. "Curso de direito constitucional". São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110.

No que tange às sentenças de perfil aditivo, a interpretação conforme é o ponto de partida para o órgão judicial modificar a norma (por isso a denominação de sentença manipulativa) em seu conteúdo, podendo até mesmo acrescentar-lhe uma regra (ou seja, o magistrado pode aplicar sentença de caráter aditivo).

Leo Brust distingue a interpretação conforme em sentido estrito de interpretação conforme em sentido amplo. De acordo com o autor, a primeira limita-se a definir uma dentre várias interpretações da norma, considerando constitucional somente aquela, ou então, define que uma determinada interpretação da lei é inconstitucional. Em relação à interpretação conforme em sentido amplo, o autor estatui que o magistrado pode alterar o conteúdo da norma:

Na interpretação conforme a Constituição "propriamente dita" o julgador escolhe entre interpretações alternativas existentes no conteúdo normativo do preceito legal e preserva o seu texto. Por isso, e só por isso, ela pode produzir tanto sentenças de constitucionalidade (o preceito é constitucional *interpretado* ou *se for interpretado* num determinado sentido), como de inconstitucionalidade (é inconstitucional *interpretado* ou *se for interpretado...*). Porém, tendo como ponto de partida a interpretação conforme, mas tomando-a num sentido mais amplo (***lato sensu***), o julgador tem condições de ir muito mais além e produzir sentenças que afetam o próprio conteúdo normativo complexo do preceito, reduzindo-o, aumentando-o e, até mesmo, substituindo-o.⁴⁶

Observa-se, pelo exposto, que, em última análise, a partir da interpretação conforme em sentido amplo o juiz pode chegar à sentença aditiva.

A respeito disso, Gilmar Mendes admite a imprecisão dos limites entre a interpretação conforme e a decisão manipulativa aditiva:

⁴⁶ BRUST, Leo. "A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas". http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322009000200014&script=sci_arttext Acessado em 2 de novembro de 2010.

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 possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei.

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se 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. No recente julgamento conjunto das ADIn 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme a Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convalidando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei.

Em outros vários casos mais antigos, também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos.⁴⁷

⁴⁷ STF: ADI 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/2006. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 158-159.

PARTE III **ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

CAPÍTULO 4 – QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

4.1 ADI 1.923 MC: Breve descrição do caso

Preliminarmente à análise da ADI 1.923 MC, cabe ressaltar, assim como já feito na metodologia, que o acórdão a ser estudado neste capítulo é uma medida cautelar, e, portanto, não há análise do mérito. O mérito da ADI 1.923 não foi julgado pelo STF até o presente momento⁴⁸.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade que pretende, liminarmente, a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98 e do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 9.648/98, que regulam a qualificação de entidades de direito privado como organizações sociais.

Alternativamente, é requerida a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 1º a 7º, 10 a 15, 17, 20, 21 e 22 da Lei nº 9.636/98; do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 (redação do art. 1º da Lei nº 9.648/98); e dos atos administrativos provenientes desses dispositivos.

Sobre a criação das organizações sociais (OS), versa o art. 1º da Lei nº 9.637:

O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

⁴⁸ Como mencionado na metodologia (capítulo 2), a busca de casos no *site* do STF encerrou-se em agosto de 2010.

Portanto, afere-se da leitura do dispositivo retro transcrito que seu objetivo, em linhas gerais, é de permitir que pessoas jurídicas de direito privado desenvolvam atividades de autarquias e de fundações de direito público.

Para as entidades de direito privado serem consideradas organizações sociais devem obedecer a certos requisitos: não ter fim lucrativo; desenvolver atividades voltadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

As OS são figuras inéditas no direito brasileiro, com formato de "*entidade pública não estatal*", *mas mantidas com recursos públicos*. Deste modo, uma entidade de direito público deixa de existir, e seus recursos materiais e humanos são cedidos à pessoa jurídica privada, independentemente de licitação (art. 12, §3º, Lei ° 9.637/98).⁴⁹

Os autores da ação, o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT), sustentam que a fiscalização e o controle dos atos da Administração Pública cabem ao Congresso Nacional (art. 49, X, CF).⁵⁰

Também arguem os requerentes que a *fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (...) será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder* (art. 70, CF).

Ademais, advogam os autores que são impostas à Administração Pública, no que diz respeito às OS, a elaboração de orçamentos (art. 165, §5º, I, CF), a obediência aos limites orçamentários quanto a despesas com pessoal ativo e inativo dos entes federativos (art. 169, §1º, CF), a

⁴⁹ Art. 12, §3º, Lei ° 9.637/98 - Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão: Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.

⁵⁰ Art. 49, X, CF - É da competência exclusiva do Congresso Nacional: fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta

realização de concurso público para a contratação de pessoa (art. 37, II, CF) e, finalmente, a licitação pública para a contratação de serviços ou aquisição de bens (art. art. 37, XXI, CF).

Sobre a licitação, argumentam os autores, é obrigatória, já que uma entidade de direito privado passa a prestar serviço público, mediante contrato de gestão, vinculando-se ao Estado.

Tais entidades passam a ser denominadas de organizações sociais e devem observar aos mesmos princípios constitucionais que a Administração Pública, por também prestarem serviço público. Com efeito, são estabelecidos na lei seus limites e poderes de atuação.

Pelo exposto, os autores entendem que o Poder Legislativo “burlou” os limites materiais e formais da Constituição, sob o pretexto de criar “nova forma de gerenciamento dos serviços públicos nas áreas de ensino, saúde, cultura, pesquisa e desenvolvimento tecnológico e proteção ao meio ambiente”,⁵¹ o que configura verdadeira “mutação constitucional inconstitucional”, que intenta fraudar a Constituição e que evidencia desvio de poder legislativo.

É requerida medida cautelar de suspensão imediata da eficácia dos referidos dispositivos constitucionais.

O relator do caso, Ministro Ilmar Galvão, afastou todas as alegações de inconstitucionalidade das normas impugnadas, portanto, indeferiu a liminar. Acompanharam integralmente o relator os Ministros Sepúlveda Pertence, Ellen Gracie e Moreira Alves, que entendeu não haver restrição constitucional à lei nas diversas áreas que cita (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção do meio ambiente, cultura e saúde).⁵² O Ministro Nelson Jobim, em voto-vista também acompanhou integralmente o relator. O Ministro Néri da Silveira acompanhou o relator com relação à saúde. O Ministro Eros Grau, em voto-vista, diverge do

⁵¹ STF: ADI 1.923 MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 01/08/2007. Voto do Ministro Ilmar Galvão, p. 83.

⁵² STF: ADI 1.923 MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 01/08/2007. Voto do Ministro Nelson Jobim, p. 138.

relator e concede a liminar e reconhece o *periculum in mora*.⁵³ Entretanto, posteriormente reforma seu voto e modifica seu posicionamento, negando a liminar. O Ministro Gilmar Mendes também indefere a cautelar.

Concedem a liminar o Ministro Lewandowski, em parte (suspende o art. 24, XXIV da Lei 8.666, adotando posicionamento no sentido de que a licitação seja obrigatória); o Ministro Joaquim Barbosa acompanha o entendimento do Ministro Eros Grau com as considerações do Ministro Ricardo Lewandowski, também concedendo a liminar. Também a defere o Ministro Marco Aurélio, ao suspender a eficácia das leis.

Portanto, o Tribunal, por maioria (8 x 3) indeferiu a liminar. Assim, continuou em vigor a qualificação de entidades de direito privado como organizações sociais nos termos da Lei nº 9.637/98 e do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 9.648/98.

4.2 Análise quanto à sentença aditiva

Inicialmente não há uso da expressão sentença aditiva, entretanto, após o voto do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Eros Grau, afirmando que os argumentos do Ministro Gilmar Mendes não o tinham convencido,⁵⁴ reexamina, no entanto, seu voto e reconhece a necessidade de alterar seu entendimento, agora no sentido de negar a liminar, em razão da ciência de que instituições definidas como organização social prestariam serviço público de excelente qualidade.

Ademais, o Ministro Eros Grau alega que diante da impossibilidade processual (pois se trata de medida cautelar) de se analisar com a devida propriedade a questão por ele posta e, também, como forma de cautela

⁵³ STF: ADI 1.923 MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 01/08/2007. Voto do Ministro Eros Grau, p. 71. "Seja como for, a celebração desse contrato de gestão com o Poder Público habilitará a organização social ao desfrute de certas vantagens. Mais do que vantagens, favores desmedidos, visto que essa contratação não é antecedida de licitação".

⁵⁴ Diz o Ministro Eros Grau: "Nenhum dos argumentos do Ministro Gilmar Mendes, em relação ao mérito, me convence. Nenhum deles. Continuo plenamente convicto de que uma série de preceitos da lei é afrontosa à ordem constitucional". Voto do Ministro Eros Grau na ADI 1.923 MC. p. 194.

(*fronesis*) tal questão deveria ser analisada em outra ação, quando da decisão de mérito, inclusive com a possibilidade de aplicação de sentença de caráter aditivo.⁵⁵

Eros Grau é o único Ministro do STF a sugerir sentença de perfil aditivo - quando a ação for julgada no mérito. Nenhum outro menciona o instituto ou comenta a sugestão do Ministro.

Eis o trecho do voto de Eros Grau referente à sentença aditiva:

*Em suma, essas circunstâncias, associadas à impossibilidade de nesse momento processual separarmos o joio do trigo, fazem-me reconsiderar meu voto. Sem aderir, de modo nenhum, a qualquer das razões de mérito do Ministro Gilmar Mendes - a que muito respeito -, eu diria que, na oportunidade de examinarmos o mérito, poderemos pensar numa **sentença aditiva** para encontrar, efetivamente, o bom rumo. Então decidiremos com a prudência que deve nos caracterizar, a fronesis. Com a serenidade suficiente para não criarmos um impasse no que tange ao trigo" (grifos não presentes no original).⁵⁶*

Pela análise do excerto do voto acima transcrito pode-se inferir que a proposta de sentença de perfil aditivo foi pouco fundamentada e justificada mediante um termo termos vago e indefinido: Eros Grau sugere que a aplicação de sentença aditiva fará com que os Ministros encontrem, "efetivamente, o bom rumo".

O referido Ministro utiliza reiteradamente expressões incertas, tanto para se dirigir à sentença de caráter aditivo quanto para justificar a análise mais detalhada da ação quando do julgamento do mérito. Neste último caso utiliza as expressões "prudência" e "serenidade para não criar um impasse".

Ademais, não há no voto do único Ministro a mencionar o instituto em análise referência a nenhum precedente do STF e também não são apresentadas justificativas legais, jurídicas, e de nenhuma outra ordem a não ser encontrar o "bom caminho".

⁵⁵ Id. Ibid. p. 193-195.

⁵⁶ Id. Ibid. 118.

A sugestão da aplicação de sentença aditiva quando da decisão de mérito é totalmente ignorada pelos demais Ministros, assim esse instituto somente tem espaço nas breves linhas as quais Eros Grau o menciona, quase que casualmente e sem maiores compromissos de justificá-lo ou expor a razão pela qual considera importante a sua aplicação – isso se percebe pelas próprias palavras do Ministro: (...) *na oportunidade de examinarmos o mérito, **poderemos pensar** numa sentença aditiva (...).*⁵⁷

A justificativa de aplicação da decisão com efeitos aditivos alegada pelo Ministro Eros Grau, único a mencioná-la, foi pouco clara. Cabe, pois, investigar em detalhes os elementos que podem oferecer indícios da razão de o Ministro recorrer ao instituto em análise.

O Ministro Eros Grau, em seu primeiro voto, critica diversos pontos da lei, a começar pela definição de contrato de gestão como instrumento e não como vínculo. Ele alega, também, que tal contrato, uma vez celebrado conferirá à organização social “mais do que vantagens, favores desmedidos, visto que essa contratação não é antecedida de licitação”.⁵⁸ Outro ponto criticado é a falta de necessidade de a OS demonstrar “habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie”, bastando ao Ministro competente da área ou do titular do órgão que a supervisão aceitar o contrato. Ademais, Eros Grau afirma, apoiando-se em Celso Antônio Bandeira de Mello,⁵⁹ que se trata de “uma coisa nunca vista” a “cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem [arts. 13 a 15]”.⁶⁰

⁵⁷ Grifos nossos.

⁵⁸ Id. Ibid. p. 148.

⁵⁹ A passagem de Celso Antônio Bandeira de Mello demonstra fortemente a posição do Ministro Eros Grau: “Enquanto para travar relações contratuais singelas (como um contrato de prestação de serviços ou de execução de obras) o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão, inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelo Estado, considerando-se bastante para a realização de tal operação a simples aquiescência de dois Ministros de Estado ou, conforme o caso, de um Ministro e de um supervisor da área correspondente à atividade exercida pela pessoa postulante ao qualificativo de ‘organização social’. Trata-se, pois, da outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda a espécie”.

⁶⁰ STF: ADI 1.923 MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 01/08/2007. Voto do Ministro Eros Grau, p. 149.

Após tecer tais considerações, o Ministro alega que a postergação do princípio constitucional da licitação é uma “inconstitucionalidade manifesta”.⁶¹ Em outro trecho, em relação à ressalva de exigência de licitação para contratação com a Administração Pública feita pelo inciso XXI do art. 37 da Constituição,⁶² diz que “não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”,⁶³ referindo-se à impossibilidade de julgar constitucional a Lei objeto de escrutínio.

Por fim, refuta completamente, nesses termos, a posição dos ministros que negaram o pedido de liminar:

Pois exatamente isso se dá na hipótese da Lei n. 9.637/98: não há razão nenhuma a justificar a celebração de contrato de gestão com as organizações sociais, bem assim a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos móveis e imóveis a elas, tudo com dispensa de licitação. Mais grave ainda a afrontosa agressão ao princípio da licitação quando se considere que é facultada ao Poder executivo a ‘cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem’. Inconstitucionalidade chapada, como diria o Ministro Pertence, inconstitucionalidade que se manifesta também no preceito veiculado pelo inciso XXIV do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 com a redação que lhe foi conferida pelo artigo 1º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998.⁶⁴

Em seguida, reafirma seu posicionamento:

Assim, divergindo dos que me antecedem, com as vênias de estilo, concedo a liminar para suspender os efeitos do

⁶¹ Id. Ibid. p. 150.

⁶² Art. 37, CF: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁶³ Id. Ibid. p. 150.

⁶⁴ Id. Ibid. p. 152-153.

dispositivo no artigo 1º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998, e nos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei n. 9.637/98.⁶⁵

No entanto, como já mencionado, em momento posterior do julgamento, após o voto do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Eros Grau reformula seu entendimento, dessa vez negam o pedido de liminar.

Em um rápido e pouco profundo debate no STF, que ocupa três páginas do cordão (p. 193-195), o Ministro Eros Grau muda de ideia e nega o pedido de liminar, em razão do observado pelo Ministro Gilmar Mendes sobre organizações sociais que desempenham serviços públicos de maneira excelente, como é o caso do Hospital Sarah.⁶⁶

É interessante notar que o Ministro Eros Grau altera seu posicionamento sem refutar expressamente as ideias que há pouco defendia. Anteriormente, o Ministro afirmou que a lei possuía “inconstitucionalidade chapada”, porém, após o voto do Ministro Gilmar Mendes, que atentou para o bom desempenho de algumas OS, Eros Grau, em rápido debate com os colegas ministros, não só adere à corrente majoritária, sem, no entanto, detalhar todos os motivos que o levam a fazer isso, como também propõe sentença de caráter aditivo para solucionar o caso, quando da apreciação do mérito, em outra ação.

Sua sugestão de decidir com efeitos aditivos é um indicativo da insuficiência de justificação de sua mudança de posicionamento. Possivelmente o Ministro não mudou de entendimento em relação às alegações realizadas em seu primeiro voto (muitas delas peremptórias: “inconstitucionalidade chapada”; o contrato celebrado entre o Poder Público e a OS se traduz em “mais do que uma vantagem, favores desmedidos, visto que essa contratação não é antecedida de licitação”; etc).

Deste modo, é razoável aferir que o Ministro pretende encontrar um “meio termo”, uma posição intermediária, para conciliar sua posição antiga

⁶⁵ Id. Ibid. p. 154.

⁶⁶ STF: ADI 1.923 MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 01/08/2007. Voto do Ministro Eros Grau, p. 193-195; STF: ADI 1.923 MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 01/08/2007. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 184.

com a nova e, para isso, se utilizará de sentença aditiva. Assim, a aditividade da decisão consistiria em, por exemplo, restringir de algum modo o conceito de organização social.

De qualquer modo, o afirmado acima é somente uma hipótese. Deve-se aguardar o julgamento da ação de mérito (ADI 1.923) para verificar ou não a procedência da análise sobre a mudança de posicionamento do Ministro Eros Grau.

Por fim, cabe inquirir se os problemas referentes à organização social levantados pelo Ministro Eros Grau são provenientes de omissão legislativa ou de discricionariedade deliberada do legislador. É possível que o Ministro tenha considerado tratar-se de omissão inconstitucional e uma das maneiras que vislumbrou para sanar o problema seria a aplicação de sentença aditiva. Se, ao invés, pensasse ser o caso de discricionariedade deliberada do legislador, provavelmente não precisaria se utilizar de instituto polêmico como a decisão de caráter aditivo, bastaria ater-se à margem estabelecida pelo legislador, escolhendo qual decisão é a mais adequada ao caso concreto.

CAPÍTULO 5 – PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

5.1 ADI 3.510: Breve descrição do caso

A ação, proposta pelo Procurador-Geral da República, requer a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), sob o fundamento de que os dispositivos impugnados ofendem o direito à vida, uma vez que o embrião é considerado, na visão do PGR, vida humana; e violam, também, a dignidade da pessoa humana.

Eis o dispositivo impugnado:

Art. 5º: É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Preliminarmente à análise dos votos dos ministros, cabe a observação de que ao longo do julgamento cada ministro expõe sua própria concepção de vida e de quando ela começa. São levantados argumentos, pois, de ordem científica, jurídica, filosófica, religiosa, ética, antropológica e

médica.⁶⁷ Por tal razão foram marcadas audiência públicas e ouvidos diversos *amici curiae*.

O julgamento foi marcado pelas diversas concepções acerca da vida e os ministros do STF se esforçaram para investigar sua origem. Entretanto, essa é uma questão insuscetível de resposta no meio jurídico, por isso, na audiência pública, Débora Diniz foi chamada a pronuncia-se e questionou a definição de vida: “Quando a vida humana tem início? O que é vida humana?” Em seguida, aduz que não há resposta peremptória para a pergunta que fez: “Essas perguntas contêm um enunciado que remete á regressão infinita”.⁶⁸ Porém, a questão mais fortemente presente no voto dos ministros refere-se às pesquisas com células-tronco.

O relatório do Ministro Carlos Ayres Britto aponta duas concepções diferentes quanto às pesquisas com célula-tronco embrionárias:

- i) a primeira corrente defende que a pessoa humana “já existe no próprio instante da fecundação de um óvulo”.⁶⁹ Assim, tais pesquisas afrontam o direito à vida e à dignidade da pessoa humana;
- ii) por outro lado, a segunda corrente advoga no sentido de descaracterizar a condição de “pessoa” do embrião, o que permite a interpretação de que não há ofensa aos direitos mencionados pela primeira doutrina. Há, ao contrário, reverência a tais direitos, além da observância ao direito da

⁶⁷ Segundo o relatório da ADI 3.510 (p. 152) “o tema central da presente ADIN é salientemente multidisciplinar, na medida em que objeto de estudo de numerosos setores do saber humano formal, como o Direito, a filosofia, a religião, a ética, a antropologia e as ciências médicas e biológicas, notadamente a genética e a embriologia; suscitando, vimos, debates tão subjetivamente empenhados quanto objetivamente valiosos, porém de conclusões descoincidentes não só de um para o outro ramo de conhecimento como no próprio interior de cada um deles.”

⁶⁸ STF: ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 166.

⁶⁹ Relatório da ADI 3.510. p. 147.

autonomia da vontade, planejamento familiar, maternidade, direito à saúde e à liberdade de expressão científica.⁷⁰

O voto do relator vai totalmente ao encontro da segunda corrente, julgando a ação improcedente. O Ministro afirma que todos os dispositivos legais estão de acordo com a Constituição e que nenhum reclama regulamentação.

O Ministro Carlos Ayres Britto deixa claro que, segundo sua concepção, “o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana”.⁷¹ Não há que se dizer, portanto, que o embrião é pessoa humana. Ademais, como o embrião não é fruto de relações sexuais, mas concebido em tubos de ensaio, não há que se falar de aborto.⁷²

O planejamento familiar (art. 226, CF) é outro argumento do Ministro, que entende ser “o ponto mais estratégico de toda a trajetória humana” a maternidade.⁷³

O voto do Ministro relator foi louvado pelos demais ministros. O trecho a seguir sintetiza sua argumentação:

Já diante de um embrião rigorosamente situado nos marcos do art. 5º da Lei de Biossegurança, o que se tem? Uma vida vegetativa que se antecipa a do cérebro. O cérebro ainda não chegou, a maternidade também não, nenhum dos dois vai chegar nunca, mas nem por isso algo oriundo da fusão do material coletado em dois seres humanos deixa de existir no interior de cilíndricos e congelados tubos de ensaio. Não

⁷⁰ Ementa e relatório da ADI 3.510. p. 134-150.

⁷¹ STF: ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 172.

⁷² “(...) os embriões a que ela [Lei 11.105/2005] se refere são aqueles derivados de uma fertilização que se obtém sem o conúbio ou acasalamento humano. Fora da relação sexual. Do lado externo da mulher, então, e do lado de dentro de provetas ou tubos de ensaio. (...) Deixam de coincidir os fenômenos da fecundação de um determinado óvulo e a respectiva gravidez humana”. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto na ADI 3.510. p. 176-177. Ademais, em outro momento, Carlos Ayres Britto, em seu voto, estatui que “(...) Não se trata sequer de interromper uma produtora trajetória extra-uterina do material constituído e acondicionado em tubo de ensaio, simplesmente porque esse modo de irromper em laboratório e permanecer confinado in vitro é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva”. Id. Ibid. p. 178.

⁷³ Id. Ibid. p. 182 e 191.

deixa de existir pulsantemente (o ser das coisas é o movimento, assentou Heráclito), mas sem a menor possibilidade de caminhar na transformadora direção de uma pessoa natural. A única trilha que se lhe abre é a do desperdício do seu acreditado poder de recuperar a saúde e até salvar a vida de pessoas, agora sim, tão cerebradas quanto em carne e osso, músculos, sangue, nervos e cartilagens, a repartir com familiares, médicos e amigos as limitações, dores e desesperanças de uma vida que muitas vezes tem tudo para ser venturosa e que não é. Onde a inevitável conclusão de que a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião *in vitro*, menos ainda um frio assassinato, porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio.⁷⁴

O Ministro termina afirmando que a incompatibilidade da Lei de Biossegurança com a Constituição “é de ser plena e prontamente rechaçada”.⁷⁵ Ele julga a ação totalmente improcedente e é seguido por mais cinco ministros, que mais repetem os argumentos de Carlos Ayres Britto do que propõem argumentos novos. A corrente vencedora é composta, portanto do Ministro relator, da Ministra Cármen Lúcia, do Ministro Joaquim Barbosa, da Ministra Ellen Gracie, do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Celso de Mello.⁷⁶

Os demais (Ministro Gilmar Mendes, Ministro Ricardo Lewandowski, Ministro Cezar Peluso, Ministro Menezes Direito e Ministro Eros Grau) votam, cada um de um jeito, para dar interpretação conforme a Constituição aos dispositivos em julgamento, exceto o Ministro Eros Grau, que propõe sentença aditiva.

Em geral, a preocupação dos cinco demais ministros que compõem a corrente minoritária é que a pesquisa com células-tronco embrionárias seja fiscalizada por um órgão ligado ao Ministério da Saúde⁷⁷ e para reforçar o

⁷⁴ Id. Ibid. p. 199.

⁷⁵ Id. Ibid. p. 202.

⁷⁶ No momento em que é feita a contagem do resultado do julgamento o Ministro Cezar Peluso se insurge contra Celso de Mello, por tê-lo excluído da composição vencedora. Alega o Ministro Celso de Mello que o Ministro Cezar Peluso julgou a ação parcialmente procedente, em razão de o Ministro ter dado interpretação conforme, que de praxe do STF, é tida como declaração de inconstitucionalidade parcial. p. 640-641 da ADI 3.510.

⁷⁷ Nesse sentido, aduz o Ministro Gilmar Mendes: “Assim, julgou procedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com

que a lei já estipula: “autorização exclusiva de uso de células-tronco embrionárias em pesquisas para fins exclusivamente terapêuticos”;⁷⁸ “com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis”;⁷⁹ uso de somente embriões inviáveis (“interrompidos por ausência espontânea”)⁸⁰; modulação dos efeitos da decisão;⁸¹ etc. Ou seja, não há de se falar em sentença aditiva.

5.2 Análise quanto à sentença aditiva

O único ministro a citar a decisão aditiva é Eros Grau:⁸²

Declaro a constitucionalidade do disposto no artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/05, estabelecendo, no entanto, em **termos aditivos**, os seguintes requisitos, a serem atendidos na aplicação dos preceitos:

[i] pesquisa e terapia mencionadas no caput do artigo 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde [não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no §2º do artigo 5º];

[ii] a “fertilização in vitro” referida no *caput* do artigo 5º corresponde à terapia da infertilidade humana adotada exclusivamente para fim de reprodução humana, em qualquer caso proibida a seleção genética, admitindo-se a fertilização de um número máximo de quatro óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de um número máximo de quatro óvulos fecundados por ciclo; a redução e o descarte de óvulos fecundados são vedados;

células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (órgão) central de Ética e Pesquisa, vinculando ao Ministério da Saúde”. Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.510. p.630.

⁷⁸ STF: ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 519.

⁷⁹ STF: ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 447.

⁸⁰ Id. Ibid. p. 447.

⁸¹ STF: ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008. Voto do Ministro Menezes Direito, p. 306.

⁸² STF: ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008. Voto do Ministro Eros Grau, p. 459-460.

[iii] a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados – ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do artigo 5º, *caput* – será admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição, salvo quando se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a vinte e quatro horas; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células-tronco.

Nenhum outro ministro do STF comenta o voto do Ministro Eros Grau e também ninguém menciona sentença aditiva.

A seguir proceder-se-á com a análise de seu voto.

Primeiramente, observa-se que o Ministro Eros Grau sente-se compelido a declarar constitucionais os dispositivos questionados. Isso se conclui pela análise conjunta de quatro argumentos:

- 1) O Ministro entende que o desejo de todos os pesquisadores é favorável à manutenção da lei em questão e que, se ela fosse julgada inconstitucional, muitas doenças poderiam deixar de ter cura;⁸³
- 2) Até mesmo o nascituro é titular de direitos (art. 2º, CC – “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”). Assim para o Ministro, o embrião “faz parte do gênero humano”, e deve ter sua dignidade garantida pela Constituição, assim como seu direito à vida. Esse argumento, no entanto parece ser favorável à declaração de inconstitucionalidade;⁸⁴

⁸³ “Como todas as academias de ciência são favoráveis às pesquisas de que ora se cuida, já está decidido. Nada mais teríamos nós a deliberar. Mesmo porque, a imaginar que as impedíssemos, estaríamos a opor obstáculos à cura imediata de doenças.” Id. Ibid. p.450.

⁸⁴ “O nascituro não apenas é protegido pela ordem jurídica, a sua dignidade humana preexistindo ao fato do nascimento, mas é também titular de direitos adquiridos”. Id. Ibid. p.453.

- 3) Em seguida, o Ministro Eros Grau aduz que a destruição dos embriões utilizados em pesquisas viola o direito à vida e o direito à dignidade humana. Porém, afirma o Ministro, que essas razões não são suficientes para a declaração de inconstitucionalidade. Essa constatação também advoga no mesmo sentido do argumento do item anterior;⁸⁵
- 4) Parte-se para a análise do vocábulo “embrião”, que o Ministro julga não ser o de embrião encontrado no útero materno, pois a Lei 11.105/2005 compreende o óvulo fecundado fora do útero, o que impossibilita a formação de vida.⁸⁶ Com efeito, tal argumento conduz o Ministro à declaração de constitucionalidade dos dispositivos questionados em razão do que expõe a seguir:

Embrião é aí, no texto legal, óvulo fecundado congelado, isto é, paralisado à margem de qualquer movimento que possa caracterizar um processo. Lembre-se de que vida é movimento. Nesses óvulos fecundados não há ainda vida humana.⁸⁷

De acordo com Eros Grau a abstração do vocábulo permite ampla interpretação de seu significado, o que constitui problema para limitar a aplicação da Lei.⁸⁸

Isto posto, a amplitude interpretativa é um “mal” cuja cura é a sentença aditiva:

⁸⁵ “Bastam as razões que acabo de alinhar para encaminhar a conclusão de que a utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos e consequentes destruição afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Temo, contudo, que essas razões não conduzem à convicção de que os textos normativos objetos da presente ação direta sejam inconstitucionais”. Id. Ibid. p.454.

⁸⁶ O vocábulo *embrião* aponta, em estado de dicionário, ser humano durante as primeiras semanas de desenvolvimento intra-uterino. Não obstante, nada impede dele se lance mão com menos precisão, deliberadamente ou não de forma imprecisa, ou em sentido figurativo. No contexto do artigo 5º da Lei n. 11.105/05, *embrião* é *óvulo fecundado fora de um útero*. A partir desses óvulos, fecundados – fertilizados – *in vitro* é que são obtidas as células-tronco embrionárias referidas no preceito legal. Id. Ibid. p.455.

⁸⁷ Id. Ibid. p.455.

⁸⁸ “O fato, no entanto, é que a amplitude da permissão veiculada pelos preceitos que se examina no bojo da presente ADI, permissão concedida sob mínimas reservas, incompatibiliza-a com o *bloco de constitucionalidade* delineado pelo Supremo Tribunal Federal no quanto tem decidido, no conjunto de suas deliberações, em termos de atribuição de força normativa à Constituição”. Id. Ibid. p.457.

O “mal”, no caso – e digo “mal” entre aspas – esse “mal”, a amplitude da permissão veiculada pelo preceito legal, há de ser combatido mediante a prolação, por esta Corte, de **decisão aditiva** visando a superar a incompletude [o vocábulo está incorporado ao vernáculo] do artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/05 (grifos nossos).⁸⁹

Continua o Ministro sua argumentação em favor da decisão aditiva, definindo-a:

Note-se bem que a **decisão aditiva** acrescenta novo sentido normativo à lei, a fim de que determinado preceito legal seja depurado, adequado aos padrões da constitucionalidade. A esta Corte não cabe acrescentar nada à Constituição, como já se fez, indevidamente – digo-o com as vênias de estilo, ainda que não espontâneas, ainda que não partam do meu íntimo – como indevidamente foi feito no julgamento do MS 26.602. A **decisão aditiva** incorpora preceito novo à legislação infraconstitucional para, salvando-a de inconstitucionalidade, mantê-la em coerência com o bloco de constitucionalidade. Algo é acrescentado ao preceito legal, a Constituição permanecendo intocada, intocável. Ao contrário, porque a **decisão aditiva** como que captura o preceito legal, trazendo-a para o âmbito da constitucionalidade, a força normativa da Constituição é afirmada nessas decisões (grifos nossos).⁹⁰

O Ministro, portanto, define sentença aditiva como aquela em que a Corte adiciona um sentido à norma, de modo que somente assim esta passa a estar em consonância com a Constituição. Segundo o Ministro, a Constituição não sofre mudança, ao contrário da norma infraconstitucional.

Nesse sentido, é interessante notar a crítica do Ministro Eros Grau em relação à decisão aditiva no MS 26.602, em que, no seu entender, houve alteração na própria Constituição, contrariando critérios para aplicação de sentença aditiva.

A decisão aditiva que propõe o Ministro é para que: (i) um comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde autorize previamente a pesquisa e terapia referidas no caput do art. 5 da Lei 11.105/05; (ii) seja vedado descarte e redução de óvulos fecundados, assim como a seleção genética.

⁸⁹ Id. Ibid. p. 459.

⁹⁰ Id. Ibid. p. 459.

Também é estipulado o número máximo de quatro óvulos por ciclo, o mesmo número máximo admitido para a fecundação, por ciclo; e (iii) somente poderá ser realizada a obtenção de células-tronco a partir de óvulos, provenientes de fecundação ou fertilização *in vitro*, que sejam considerados naturalmente inviáveis (ou seja, sem intervenção humana) ou que da obtenção não resulte em sua destruição.

O Ministro Eros Grau justificou a decisão aditiva somente para restringir o alcance da norma, que, segundo ele, é abrangente. Isso, como visto acima, é um “mal” que foi combatido com a decisão aditiva. Ademais, o Ministro não verificou os critérios de admissibilidade da sentença aditiva. Somente conceituou o instituto e, em seguida, proferiu sua decisão, “em termos aditivos”.

CAPÍTULO 6 – DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

6.1 MI 708, MI 712, MI 670: Breve descrição do caso

Os mandados de injunção 708, 712 e 670 versam sobre o mesmo tema, a omissão do legislador em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, e, portanto, serão analisados no mesmo bloco temático.

Como os mencionados mandados de injunção são praticamente idênticos e foram julgados no mesmo dia (25/10/2007) optou-se por tomar como base um deles, o MI 708, que será minuciosamente analisado. Os demais acórdãos, MIs 712 e 670, serão mencionados quando se detectar argumentos não presentes no MI 708.

O direito de greve está constitucionalmente garantido no art. 37, VII, CF. *In verbis*:

Art. 37, CF - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

A Lei nº 7.783/1989, que *dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências*, não compreende os servidores públicos. Como a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade em sentido estrito,⁹¹ não pode, a princípio,⁹² se valer das regras prescritas por esta lei para abranger os servidores públicos.

⁹¹ A legalidade em sentido estrito refere-se ao campo de atuação da Administração Pública, cujo limite é a expressão da lei. O Poder Público tem o *dever-poder* de fazer tudo o que a lei ordena (legalidade em sentido estrito), ao passo que ao particular é facultado fazer tanto o que a lei permite quanto o que ela não proíbe (princípio da legalidade em sentido amplo).

Ocorre, porém, que desde a promulgação da atual Constituição nenhuma lei complementar foi editada para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos civis. Isso corresponde a uma mora legislativa de aproximadamente 19 anos, contados desde o dia 5 de outubro de 1988 até a data de julgamento da ação, 25 de outubro de 2007.⁹³

Tal omissão configura lesão a direito constitucionalmente garantido, podendo ser apreciada pelo Poder Judiciário (art. 5, XXXV, CF).⁹⁴ Existe, inclusive, no próprio ordenamento jurídico remédio constitucional apto a corrigir esse tipo de lesão a direito, trata-se do mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, CF:

Art. 5º, LXXI, CF - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Diante de tal omissão legislativa inconstitucional entidades de servidores públicos civis recorreram ao Judiciário para que fosse garantida a efetiva possibilidade de exercício desse direito.⁹⁵

Para tal, foi pedida, temporariamente, a aplicação da Lei nº 7.701/1988 a casos atinentes à greve de servidores públicos:

⁹² A Administração Pública não pode, a princípio, se utilizar da Lei nº 7.783/1989 em razão do princípio da legalidade em sentido estrito, porém, o STF decidiu pela aplicação da referida Lei como meio de suprir, temporariamente, a omissão legislativa quanto ao direito de greve dos servidores públicos.

⁹³ O Ministro Sepúlveda Pertence fez interessante observação em seu voto no MI 670 a respeito dos motivos para que a norma reguladora do direito de greve dos servidores públicos não tenha sido editada: "Muitas vezes a demora do processo legislativo não é um problema de inércia, não é um problema de falta de vontade de legislar; é a impossibilidade política de chegar-se a uma fórmula aceita. E isso é do jogo democrático. E isso é, sobretudo, a grande virtude do processo legislativo democrático" (MI 670. p. 127).

⁹⁴ Art. 5º, XXXV, CF - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁹⁵ Tais entidades são o SINTEM – Sindicato dos trabalhadores em educação do Município de João Pessoa (MI 708); o Sindicato dos trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP (MI 712); e o Sindicato dos servidores policiais civis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL (MI 670).

No plano procedimental, afigura-se recomendável aplicar ao caso concreto a disciplina da Lei nº 7.701/1988 (que versa sobre especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.⁹⁶

Gilmar Mendes, relator do caso, fez longas considerações sobre o mandado de injunção na jurisprudência do STF.

O primeiro MI mencionado pelo Ministro é o MI 107/DF (Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990), que se tornou um *leading case* sobre a interpretação de MI na Corte.

O MI 107 que versa sobre a auto-aplicabilidade ou não do mandado de injunção, que acabou sendo reconhecida pelo STF. Segundo o entendimento da Corte, a expedição de ato normativo para suprir a lacuna legislativa, porém, não poderia ser por ela ordenada e também não poderia, com muito menos razão, suprir diretamente a omissão legal.

O STF interpretou no MI 107 que a intenção do constituinte era atribuir os mesmos efeitos das decisões proferidas em sede de controle abstrato da omissão (ADI por omissão) e de controle difuso (mandado de injunção):⁹⁷ ambas as decisões teriam caráter *obrigatório ou mandamental*,⁹⁸ ou seja, demandariam a edição de ato normativo.⁹⁹

Sobre a evolução jurisprudencial do mandado de injunção no STF, o Ministro Gilmar Mendes estatui que:

⁹⁶ Ementa do MI 708. p. 211.

⁹⁷ Não obstante essa equiparação foi reafirmada no MI 107 que a diferença fundamental entre os dois processos é que no mandado de injunção, a proteção concedida é no âmbito do direito subjetivo, enquanto que na ADI por omissão a instauração do processo independe da existência de interesse jurídico específico.

⁹⁸ Relatório do MI 708. p. 223.

⁹⁹ Como consequência, “essa construção permitiu ao Tribunal afirmar a imediata aplicação do mandado de injunção, independentemente da edição das normas processuais específicas”. STF: MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 225.

As decisões proferidas nos Mandados de Injunção nºs 283 (Relator: Sepúlveda Pertence), 232 (Relator: Moreira Alves) e 284 (Relator: Celso de Mello) sinalizam uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma **solução 'normativa'** para a decisão judicial.

Assim, no caso relativo à omissão legislativa quanto aos critérios de indenização devida aos anistiados (art. 8º do ADCT), o Tribunal entende que, em face da omissão, os eventuais afetados poderiam dirigir-se diretamente ao juiz competente que haveria de fixar o montante na forma do direito comum (Cf., nesse sentido, MI nº 562-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 24.5.2002). Em outro precedente relevante, considerou-se que a falta de lei não impedia que a entidade beneficente gozasse da imunidade constitucional expressamente reconhecida (Cf. MI nº 679, Rel. Min Celso de Mello).

As decisões referidas indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de **sentença aditiva**, se se utilizar a denominação do direito italiano (grifos nossos).¹⁰⁰

A razão de o Ministro fazer o levantamento jurisprudencial da evolução do entendimento do Supremo quanto ao mandado de injunção parece ser a de estabelecer uma tese de adesão (uma tese inicial que os demais ministros concordem, mas que serve de fundamento para a tese final) para argumentar em favor da solução que ele propõe.

É interessante notar que a intenção do Ministro Gilmar Mendes de adotar uma postura mais incisiva em relação ao caso é expressa de modo recorrente, sendo um dos mais explícitos momentos a afirmação de que:

Assim como na interessante solução sugerida pelo Ministro Velloso [no MI 631, em que defende a elaboração da norma para o caso concreto], creio parecer justo fundar uma intervenção mais decisiva desta Corte para o caso da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 37, VII).¹⁰¹

¹⁰⁰ Id. Ibid. p. 231.

¹⁰¹ Id. Ibid. p. 223.

E, em outro trecho, o Ministro relator do MI 708 volta a afirmar nesse mesmo sentido: “Assim, tanto quanto no caso da anistia, essa situação parece exigir uma intervenção mais decisiva desta Corte”.¹⁰²

Um dos argumentos apresentados pelo Ministro é o quadro de selvageria instaurado pela falta de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos (insegurança jurídica). Tal cenário caótico o impede de “justificar a inércia legislativa¹⁰³ e a inoperância das decisões” do STF,¹⁰⁴ e que a não-atuação do STF neste caso equiparar-se-ia a uma *omissão judicial*.

Assim, no MI 708, a decisão do Ministro relator, Gilmar Mendes, foi no sentido de conhecer o mandado de injunção e de determinar a aplicação da Lei nº 7.783/1989, ou seja, impor aos servidores públicos as mesmas regras dos servidores privados e, com fulcro na necessidade de preservação da segurança jurídica e em decorrência da evolução jurisprudencial acerca do mandado de injunção, o Ministro fixou prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria.¹⁰⁵

O resultado do julgamento foi o seguinte:

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 25.10.2007.¹⁰⁶

¹⁰² Voto Id. Ibid. p. 224.

¹⁰³ Há diversos projetos de lei que visam a disciplinar o exercício do direito de greve dos servidores públicos, mas nenhum foi ainda aprovado.

¹⁰⁴ Id. Ibid. p. 224.

¹⁰⁵ A ementa do acórdão faz referência à estipulação do prazo nos seguintes termos: Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria.¹⁰⁵

¹⁰⁶ Extrato da ata do MI 708. p. 382.

Observa-se que o Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou parcialmente o relator. Ademais, estabeleceu 16 condições para o exercício do direito de greve pelos servidores públicos- entendemos que essas assertivas se tratam de sentença aditiva (vide item 6.2).

O Ministro Menezes Direito, no MI 708, entendeu que a Corte devesse adotar uma solução urgente para sanar a omissão legislativa inconstitucional e para chamar a atenção do Congresso Nacional.

Por outro lado, o Ministro Joaquim Barbosa, votou de modo diverso. O Ministro pautou-se pela “concepção particular” que tem a respeito da *judicial restraint* (contenção judicial).

O Ministro faz duas considerações interessantes sobre sua divergência: a primeira é a de não fazer do mandado de injunção um “mecanismo de desespero, para suprir o que o Congresso não faz,” perpetuando, de tal modo a “patologia” da omissão legislativa;¹⁰⁷ a segunda consideração diz respeito ao dever da Corte simplesmente declarar “que a questão se resolve agora sob a lógica do ônus de demonstração de conformidade constitucional do interesse pleiteado”, ou seja, a Corte deve só demonstrar que o requerente tem o direito, mas não deve ela própria supri-lo.¹⁰⁸

Utilizando o mesmo voto que proferiu quando do MI 721 (DJ 30.08.2007), o Ministro Marco Aurélio adere ao voto dos Ministros Lewandowski e Barbosa, no que diz respeito à limitação dos efeitos somente para a categoria representada pelo sindicato e estabelece condições para o exercício do direito de greve. Entretanto, nega a concessão de prazo para edição de lei, pelo Congresso Nacional, por entender que a Constituição não autoriza a imputação desse tipo de prazo.

¹⁰⁷ STF: MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 355.

¹⁰⁸ Id. Ibid. p. 359.

6.2 Análise quanto à sentença aditiva

Após explanar longamente sobre a evolução jurisprudencial do STF sobre mandado de injunção, o Ministro Gilmar Mendes aduz que o caso do direito de greve dos servidores merece **solução “diferenciada”**, sugerindo a decisão com efeitos aditivos como uma possibilidade:

A partir da experiência do direito alemão sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, tendo em vista especialmente as omissões legislativas parciais, e das **sentenças aditivas** no direito italiano, denota-se que se está, no caso do direito de greve dos servidores, diante de hipótese em que a omissão constitucional reclama uma **solução diferenciada** (grifos nossos).¹⁰⁹

Em outro trecho, o mesmo Ministro menciona sentença aditiva e a justifica pela **teoria da solução constitucional obrigatória**, que consiste em uma condição para aplicação de sentença aditiva. De acordo com essa teoria, a decisão criativa do magistrado deve integrar ou “completar um regime previamente adotado pelo legislador”, ou que “a solução adotada pelo Tribunal incorpora ‘solução constitucionalmente obrigatória’”.¹¹⁰

Além do critério da “solução constitucional obrigatória” o magistrado deve observar, para decidir com efeitos aditivos, o critério da **vontade hipotética do legislador**, que consiste em um exercício de previsão do julgado em relação a qual teria sido a atitude do legislador se houvesse previsto a inconstitucionalidade da lei. Levando em consideração sua vontade de produzir normas em harmonia com a Constituição, teria ele aumentado ou diminuído o escopo da norma?

No seguinte trecho o Ministro explica ambos os critérios:

¹⁰⁹ STF: MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 245-246.

¹¹⁰ Id. Ibid. p. 243.

[Destaca Rui Medeiros que] Dois critérios são normalmente trazidos à colação para fundamentar este entendimento: **o critério da vontade hipotética do legislador e o critério da solução constitucionalmente obrigatória**. O campo de aplicação das decisões modificativas restringe-se, nesta perspectiva, aos domínios em que a liberdade de conformação do legislador se reduz quase ao zero ou em que se pode afirmar que o legislador, caso tivesse previsto a inconstitucionalidade, teria alargado o âmbito de aplicação da lei. É certo que numerosos autores se socorrem ainda de um princípio geral de tratamento mais favorável. Mas, uma vez que um tal princípio se funda em normas ou princípios constitucionais (v.g. no princípio do Estado Social, no princípio da igualdade, na proibição de retrocesso social), o apelo ao princípio geral de tratamento mais favorável constitui no fundo uma simples modalidade do segundo critério referido” – (MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade, p. 501)¹¹¹

Consoante a ampliação dos efeitos de MI ao longo da evolução jurisprudencial, a ementa do acórdão do MI 708 arrola diversos precedentes sobre decisão normativa em mandado de injunção e justifica esse tipo de sentença sob o fundamento de **tornar efetiva a proteção judicial**, possivelmente por que a solução normativa supre de imediato a omissão legislativa inconstitucional, ao invés de simplesmente declarar a mora do legislador:

Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir **soluções “normativas”** para a decisão judicial como **alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva** (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI nº 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI nº 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. Para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI nº 543DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI nº 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI nº 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003.¹¹²

¹¹¹ Id. Ibid. p. 242.

¹¹² Ementa do MI 708. p. 208. Grifos nossos.

Outro precedente importante para o caso analisado é o MI 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002, cujo voto do Ministro Carlos Velloso, foi proeminente no sentido de aventar “a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei nº 7.783/1989)”.¹¹³

O zelo pela **segurança jurídica** também é utilizado para justificar a decisão manipulativa aditiva, possivelmente com a finalidade de cessar as greves realizadas sem nenhum tipo de regulamentação, cada uma feita de um jeito específico, sem padronização e sem que sejam preservados os direitos do grevistas e dos patrões:

“A ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira ‘lei da selva’”.¹¹⁴

Em suma, o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes é no sentido de conceder, segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, em voto no MI 670, “plena efetividade às normas constitucionais e na aceitação de um modelo de separação de poderes mitigado”.¹¹⁵

O Ministro Ricardo Lewandowski vai além do Ministro Gilmar Mendes e estipula 16 condições para o direito de greve ser exercido pelos servidores públicos. O trecho a seguir constitui o núcleo do voto do Ministro Lewandowski:

Assim sendo, asseguro o exercício do direito de greve aos trabalhadores em educação do município de João Pessoa, desde que atendidas as seguintes exigências:
1) a suspensão da prestação de serviços deve ser temporária, pacífica, podendo ser total ou parcial;

¹¹³ Id. Ibid. p. 208.

¹¹⁴ Id. Ibid. p. 209.

¹¹⁵ STF: MI 670, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 25/10/2007. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 78.

- 2) a paralisação dos serviços deve ser precedida de negociação ou de tentativa de negociação;
- 3) a Administração deve ser notificada da paralisação com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas;
- 4) a entidade representativa dos servidores deve convocar, na forma de seu estatuto, assembléia geral para deliberar sobre as reivindicações da categoria e sobre a paralisação, antes de sua ocorrência;
- 5) o estatuto da entidade deve prever as formalidades de convocação e o *quorum* para a deliberação, tanto para a deflagração como para a cessação da greve;
- 6) a entidade dos servidores representará os seus interesses nas negociações, perante a Administração e o Poder Judiciário;
- 7) são assegurados aos grevistas, dentre outros direitos, o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os servidores a aderirem à greve e a arrecadação de fundos e livre divulgação do movimento;
- 8) em nenhuma hipótese, os meios adotados pelos servidores e pela Administração poderão violar ou constranger os direitos e garantias de outrem;
- 9) é vedado à Administração adotar meios para constranger os servidores ao comparecimento ao trabalho ou para frustrar a divulgação do movimento;
- 10) as manifestações e atos de persuassão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa;
- 11) durante o período de greve é vedada a demissão de servidor, exceto se fundada em fatos não relacionados com a paralisação, e salvo em se tratando de ocupante de cargo em comissão de livre provimento e exoneração, ou, no caso de cargo efetivo, a pedido do próprio interessado;
- 12) será lícita a demissão ou a exoneração de servidor na ocorrência de abuso do direito de greve, assim consideradas:
 - a) a inobservância das presentes exigências;
 - b) a manutenção da paralisação após a celebração de acordo ou após a decisão judicial sobre o litígio;
- 13) durante a greve, a entidade representativa dos servidores ou a comissão de negociação, mediante acordo com a Administração, deverá manter em atividade equipes de servidores com o propósito de assegurar a prestação de serviços essenciais e indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da coletividade;
- 14) em não havendo o referido acordo, ou na hipótese de não ser assegurada a continuidade da prestação dos referidos serviços, fica assegurado à Administração, enquanto perdurar a greve, o direito de contratação de pessoal por tempo determinado, prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal ou a contratação de serviços de terceiros;
- 15) na hipótese de greve em serviços ou atividades essenciais, a paralisação deve ser comunicada com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas à Administração e aos usuários;

16) a responsabilidade pelos atos praticados durante a greve será apurada, conforme o caso, nas esferas administrativas, civil e penal.¹¹⁶

Essas condições foram impostas em razão de o Ministro Ricardo Lewandowski considerar que a aplicação da Lei 7.783/89 à greve dos servidores público resultar em consequências “inconvenientes”¹¹⁷.

Quanto aos inconvenientes, o Ministro faz três críticas: (i) a aplicação da Lei ao caso “representaria indevido recurso à analogia”.¹¹⁸ Analogia, segundo o Ministro, ocorre quando se atribui a um caso a mesma solução de outro, desde que verificada uma *semelhança relevante*, o que o Ministro Ricardo Lewandowski não observa no caso concreto; (ii) a solução apontada no parágrafo anterior configuraria em um “avanço indevido do Judiciário em seara atribuída a outro Poder, não havendo o que diferenciasses tal decisão de uma típica função legislativa;”¹¹⁹ e, derradeiramente, (iii) que a aplicação da Lei 7.783/99 para regulamentação do direito de greve dos servidores públicos não seria adequada, visto que alguns de seus dispositivos são inadequados para regular esse tipo de greve e que, mesmo com alterações pontuais, esse problema não seria superado.¹²⁰

Portanto, o Ministro Ricardo Lewandowski impôs as referidas 16 condições para conceder a ordem. É interessante observar que o Ministro Lewandowski não inclui essas condições em seu voto no julgamento do MI 670, que ocorreu no mesmo dia do MI 608.

Sintetiza de forma clara o Ministro Carlos Britto o que os ministros do STF expressaram nos mandados de injunção 708, 670 e 712:

(...) somente cabe a propositura, a impetração do mandado de injunção diante de uma norma constitucional de eficácia limitada, não faz sentido que a decisão judicial também seja de eficácia limitada. Ora, a uma norma constitucional de eficácia limitada há de se seguir uma

¹¹⁶ Id. Ibid. p. 287-290.

¹¹⁷ Id. Ibid. p. 281.

¹¹⁸ Id. Ibid. p. 282.

¹¹⁹ Id. Ibid. p. 283.

¹²⁰ Id. Ibid. p. 284.

decisão judicial de eficácia plena, senão a Constituição estaria lavrando na inocuidade absoluta em tema tão fundamental.¹²¹

Em suma, os fundamentos e critérios para a decisão aditiva nos mandados de injunção 708, 670 e 712 foram:

- A necessidade de uma “solução diferenciada” para esse caso de omissão constitucional.¹²²
- Encontrar a solução constitucional obrigatória.¹²³
- “Completar um regime previamente adotado pelo legislador” (critério da vontade hipotética do legislador).¹²⁴
- Tornar efetiva a proteção judicial.¹²⁵
- Garantir a segurança jurídica.¹²⁶
- Dar “plena efetividade às normas constitucionais” de maneira a aceitar um “modelo de separação de poderes mitigado”.¹²⁷

A solução compreende, pois, os elementos que caracterizam a decisão aditiva.

Exceto Gilmar Mendes, nenhum outro ministro menciona a decisão aditiva, mesmo aqueles que aderem integralmente a essa tese. Não há ressaltar, ponderações, reparos, elogios, ou outras formas de manifestação por parte de nenhum outro ministro, o que é de se estranhar, visto que o Tribunal profere uma solução normativa, que é pouco usual em vista se sua própria jurisprudência e, não obstante, ela é tratada com a mesma naturalidade das simples decisões de declaração ou não de

¹²¹ STF: MI 670, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 25/10/2007. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 134.

¹²² Cf. p. 43 desta monografia.

¹²³ Id. Ibid. p. 43-44.

¹²⁴ Id. Ibid. p. 43-44.

¹²⁵ Id. Ibid. p. 44.

¹²⁶ Id. Ibid. p. 45.

¹²⁷ Id. Ibid. p. 45.

inconstitucionalidade. Os demais ministros aceitam a tese da sentença de perfil aditivo, porém, o fazem tacitamente, por meio de um “silêncio eloquente”, talvez por algum tipo de desconforto em se pronunciarem a favor de uma medida polêmica como a aplicação de sentença de perfil aditivo.

Com efeito, esperar-se-ia que o ônus argumentativo para decidir com efeitos aditivos fosse maior do que o ônus das soluções tomadas corriqueiramente pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, é possível constatar que, no caso em tela, isso não se verifica. A postura da Corte em situações assim não prestigia a segurança jurídica, um dos argumentos por ela lançados para justificar a sentença de caráter aditivo. Essa observação evidencia também que há pouca coerência nesse uso.

A decisão da Corte de aplicar aos servidores públicos civis as mesmas regras dos servidores privados, previstas nas Leis 7.701/1988 e 7.783/1989, e, também, a decisão de fixar prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria caracterizam a sentença como aditiva.

CAPÍTULO 7 – CLÁUSULA DE BARREIRA

7.1 ADI 1.351e ADI 1.354: Breve descrição do caso

As ADIs 1.351 e 1.354 tratam, de modo quase idêntico, da cláusula de barreira, instituída pela Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos). Essa Lei regulamenta os arts. 17¹²⁸ (que trata do funcionamento parlamentar “nos termos da lei”) e 14, §3º, inciso V,¹²⁹ da Constituição Federal.

O art. 13 da referida Lei restringiu o funcionamento parlamentar de partidos que não lograssem êxito em obter na última eleição da Câmara dos Deputados mais de 5% dos votos válidos, “distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles”.¹³⁰

Esse dispositivo impunha situação diferenciada para os partidos que não atingissem os patamares estabelecidos:

Partidos que atendem ao disposto no art. 13 da Lei 9.096/95	Partidos que <u>não</u> atendem ao disposto no art. 13 da Lei 9.096/95
<u>Programa em cadeia nacional e estadual:</u> <ul style="list-style-type: none">• art. 49 da mesma Lei: I – Direito	<u>Programa em cadeia nacional:</u> <ul style="list-style-type: none">• art. 48 da mesma Lei: Direito a

¹²⁸ Art. 17, CF É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

¹²⁹ Art. 14, CF A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: § 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei: V - a filiação partidária.

¹³⁰ Art. 13 da Lei 9.096/95: Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

<p>a um programa semestral de vinte minutos em cadeia nacional e direito a um programa semestral em cadeia estadual com igual duração; II - A utilização do tempo dos programas estadual e nacional será feita por inserções de trinta segundos ou um minuto.</p>	<p>um programa semestral de dois minutos em cadeia nacional.</p>
<p><u>Rateio do fundo partidário:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • art. 41, II: Direito a 99% do fundo partidário, distribuídos aos partidos que atendem ao disposto no art. 13. 	<p><u>Rateio do fundo partidário:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • art. 41, I: Direito a 1% do fundo partidário, dividido entre os partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, mas que não atendem ao prescrito no art. 13.

As principais consequências que advêm da inobservância dos requisitos do art. 13 da Lei dos Partidos Políticos são, portanto, duas: (i) redução drástica no tempo de exibição do programa em cadeia nacional e inexistência de programa em cadeia estadual; e (ii) distribuição de quantia ínfima (1%) do fundo partidário para todos os partidos que não atingiram o estabelecido no mesmo dispositivo.

Essas restrições relegam ao plano secundário partidos pouco expressivos nacionalmente e, por isso, a lei não lhes confere igual destaque midiático, e, tampouco, suporte financeiro, como o faz para os médios e grandes partidos, ou para os pequenos que têm a representação mínima exigida pela lei.

Sentindo-se prejudicados por dispositivos da Lei dos Partidos Políticos e ajuizaram ação direta de inconstitucionalidade em face de diversos dispositivos da lei,¹³¹ incluindo o art. 13, o Partido Comunista do Brasil (PC

¹³¹ Os artigos da lei 9.096/95 objetos de impugnação são os seguintes: "art. 13; a expressão 'obedecendo aos seguintes critérios', contida na cabeça do artigo 41; incisos I e II do mesmo

do B), o Partido Democrático Trabalhista (PDT) e outros, na ADI 1.351; e o Partido Social Cristão (PSC), na ADI 1.354.

Os partidos se insurgem contra os efeitos provenientes da cláusula de barreira e pleiteiam, pois, sua inconstitucionalidade, assim como os demais dispositivos que fazem menção às requisitos que ela estabelece.

Alega a Advocacia-Geral da União que o estabelecimento de tal desigualdade de tratamento entre os partidos não fere o princípio da isonomia. Os partidos nanicos, sem representação nacional, encontram-se em situação fática diversa daqueles com a representação nacional exigida nos termos da lei. Logo, aduz a AGU, o tratamento jurídico deve ser diverso para ambos.¹³²

Ademais, essa distinção fundamenta-se, também, no princípio da proporcionalidade, justamente porque não é possível, segundo a AGU, oferecer o mesmo tempo de exposição das ideias e da ideologia de um partido com forte suporte nacional, expresso em votos, e de um partido com pouca adesão.

Não obstante às observações da AGU, o julgamento no STF foi unânime no sentido de declarar inconstitucionais o art. 13 da Lei 9.096/95 e os artigos 41, 48 e 49 (que regulam a distribuição do fundo partidário e a propaganda política) e o artigo 57 (que estabelecia o regime provisório).

O Ministro relator, Marco Aurélio, considerou que a cláusula de barreira fere o princípio da razoabilidade, pois ela promove o “esvaziamento da atuação das minorias”,¹³³ e também o princípio da igualdade, que o faz indagar: “ter-se-á dois pesos e duas medidas com funcionamento parlamentar no Senado e ausência nas demais Casas Legislativas”?

artigo 41; artigo 48; a expressão ‘que atenda ao disposto no art. 13’, contida na cabeça do artigo 49, com redução de texto; cabeça dos artigos 56 e 57, com interpretação que elimina de tais dispositivos as limitações temporais neles constantes, até que sobrevenha disposição legislativa a respeito; e a expressão ‘no art. 13’, constante no inciso II do artigo 57” (Ementa da ADI 1.354. p. 19-20.). Exceto pelo inciso II do artigo 56, julgado constitucional por unanimidade do Tribunal, os demais dispositivos foram declarados inconstitucionais por unanimidade dos ministros do STF.

¹³² Relatório da ADI 1.351. p. 24

¹³³ STF: ADI 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/2006. Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 54-55.

O Ministro, cujo voto foi seguido unanimemente pelos demais membros da Corte, conclui assim seu raciocínio e, em seguida profere seu voto:

É de repetir até a exaustão, se preciso for: Democracia não é a ditadura da maioria! De tão óbvio, pode haver o risco de passar despercebido o fato de não subsistir o regime democrático sem a manutenção das minorias, sem a garantia da existência destas, preservados os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

Então, encerro este voto, no julgamento conjunto das ações nº 1.351-3/DF e 1.354-8/DF, acolhendo os pedidos formulados – exceto quanto ao inciso II do artigo 56 – e, com isso, declarando a inconstitucionalidade na Lei nº 9.096/95:

- a) do artigo 13;
- b) da expressão 'obedecendo aos seguintes critérios', na cabeça do artigo 41, e dos incisos I e II do mesmo preceito;
- c) do artigo 48;
- d) da expressão 'que atenda ao disposto no artigo 13', no artigo 49;
- e) da expressão 'no artigo 13', do inciso II do artigo 57.¹³⁴

Eis a decisão do Tribunal:

O Tribunal, à unanimidade, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995: artigo 13; a expressão "obedecendo aos seguintes critérios", contida no caput do artigo 41; incisos I e II do mesmo artigo 41; artigo 48; a expressão "que atenda ao disposto no art. 13", contida no caput do artigo 49, com redução de texto; **caput dos artigos 56 e 57, com interpretação que elimina de tais dispositivos as limitações temporais neles constantes, até que sobrevenha disposição legislativa a respeito;** e a expressão "no art. 13", constante no inciso II do artigo 57. Também por unanimidade, julgou improcedente a ação no que se refere ao inciso II do artigo 56. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelos requerentes, Partido Comunista do Brasil - PC do B e outros, o Dr. Paulo Machado Guimarães e, pelo Partido Socialista Brasileiro -

¹³⁴ Id. Ibid. p. 62.

PSB, o Dr. José Antônio Figueiredo de Almeida. Plenário, 07.12.2006 (grifos nossos).¹³⁵

Com efeito, observa-se que a decisão aditiva proposta pelo Ministro Gilmar Mendes é aceita pelo Tribunal, já que o caput do art. 56 e o art. 57 foram declarados inconstitucionais, mas seus efeitos continuarão a incidir até regulamentação da matéria pelo Congresso Nacional.

7.2 Análise quanto à sentença aditiva

O único ministro a mencionar e propor a decisão de caráter aditivo é o Ministro Gilmar Mendes, os demais sequer mencionam esse aspecto de seu voto, exceto o Ministro Sepúlveda Pertence, porém o faz indiretamente, já que não usa o termo específico.

O Ministro Gilmar vota no sentido de que o artigo 57 da Lei 9.096/95, que estipula as normas de transição e que foi considerado inconstitucional unanimemente pela Corte, continue a vigor até que o legislador regulamente a matéria, sob pena de se criar vácuo legislativo.¹³⁶

Dessa forma, proponho ao Tribunal que o artigo 57 da Lei nº 9.096/95 seja interpretado no sentido de que as normas de transição nele contidas continuem em vigor até que o legislador discipline novamente a matéria, dentro dos limites esclarecidos pelo Tribunal neste julgamento.

Eis o trecho do voto do Ministro Sepúlveda, referente ao seu comentário sobre a decisão proferida de Gilmar Mendes:

A preocupação que me causara do vácuo normativo ficou, a meu ver, bem resolvida com a aceitação, pelo eminente

¹³⁵ Extrato de ata da ADI 1.351. p. 171.

¹³⁶ STF: ADI 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/2006. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 161.

relator, da sugestão do Ministro Gilmar Mendes de, com o apelo ao legislador para editar norma compatível com os princípios – até que o faça –, aplica-se o direito transitório estabelecido na própria L.9.096, que vem praticando – já são quatro eleições, se não me engano – sem maior questionamento.¹³⁷

Gilmar Mendes dedica uma parte de seu voto à análise da admissibilidade de uma decisão aditiva: *VII. A necessidade de uma solução diferenciada: a interpretação das disposições transitórias (art. 57) com efeitos aditivos.*¹³⁸

Nesta parte, Gilmar Mendes afirma preocupar-se com a declaração de nulidade com eficácia *ex tunc* dos arts 56 e 57, que trazem normas de transição que incidiram sobre o tema desde a publicação da lei, em 1995. Seu temor é a criação de um vácuo legislativo.¹³⁹

Para evitar isso, aduz a necessidade de utilização de sentença manipulativa, uma vez que o Ministro enxerga limitações na interpretação conforme, técnica que estudou adotar em seu voto, descartando-a em seguida.

Em outro momento, menciona a *teoria da única solução viável* como justificativa para aplicação de tal medida, levando em consideração a vontade do legislador de produzir norma em conformidade com a Constituição e a impossibilidade de decisão, no caso concreto, de recorrer a “subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total” ou o não-conhecimento dação, o que pode comprometer a segurança jurídica.¹⁴⁰

Portanto, o Ministro decide com efeitos aditivos, no sentido de, não obstante julgar procedente a ação em relação ao artigo 57 da Lei

¹³⁷ STF: ADI 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/2006. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, p. 169.

¹³⁸ STF: ADI 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/2006. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 154.

¹³⁹ Id. Ibid. p 154.

¹⁴⁰ Id. Ibid. p. 156.

9.096/95,¹⁴¹ estender a eficácia desse dispositivo até que o Congresso legisle sobre a matéria. Argumenta o Ministro que “em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável”.¹⁴²

Note-se, que o Ministro parece equiparar as sentenças interpretativas com as de efeitos aditivos. No capítulo 3 foi estudado que, segundo a teoria portuguesa, a sentença modificativa é o gênero do qual a sentença aditiva é espécie. A teoria italiana diferencia sentenças interpretativas¹⁴³ das sentenças aditivas¹⁴⁴ e, também, ambas são espécies de sentenças modificativas.

Não há referência à sentença aditiva no extrato de ata da decisão, em relação ao inciso II do artigo 56 somente consta a improcedência, por unanimidade. Também não há tal menção na ementa do acórdão.

Compete lembrar que as sentenças das ADIs 1.351 e 1.354 são consideradas de efeitos aditivos por Gilmar Mendes, tanto por seu voto nessas ações quanto por seu voto na ADI 3.510.

Eis a ementa da ADI 1.351:

NORMATIZAÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE – VÁCUO. Ante a declaração de inconstitucionalidade de leis, incumbe atentar para a vigência de preceito transitório, isso visando a aguardar nova atuação das Casas do Congresso nacional.¹⁴⁵

Ao se analisar a ementa é possível perceber que a sentença proferida pelo STF não é expressamente classificada de aditiva. Na verdade, a

¹⁴¹ Em relação aos demais dispositivos objetos de impugnação o STF decidiu pela procedência da ação.

¹⁴² STF: ADI 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/2006. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 156.

¹⁴³ Sentenças interpretativas (*sentenze interpretative*): A Corte Constitucional, sem reformar o texto da lei, declara nula as interpretações que não guardem conformidade com a Constituição.

¹⁴⁴ Sentenças aditivas (*sentenze additive*): A uma norma falta parte de texto normativo, sem o qual ela é inconstitucional. A Corte, para evitar a declaração de inconstitucionalidade atua no sentido de suprir a omissão legislativa, criando regras e, assim, garantindo a adequação da norma à Constituição e a aplicação da norma em questão.

¹⁴⁵ Ementa da ADI 1.351. p.19.

decisão parece adequar-se mais à sentença exortativa. O Ministro Gilmar Mendes tem demonstrado¹⁴⁶ que considera sentença aditiva sinônimo de sentença manipulativa, assim, segundo a doutrina utilizada nesta monografia, acaba cometendo imprecisões.

Seria mais adequado classificar essa sentença como exortativa, uma vez que apesar da declaração da inconstitucionalidade da lei impugnada e, portanto, de sua nulidade, a Corte Constitucional mantém sua eficácia enquanto o texto da lei tido como inconstitucional não for alterado pelo legislador.

¹⁴⁶ Vide página 18 desta monografia.

CONCLUSÃO

A proposta do estudo das sentenças aditivas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi responder a quatro perguntas: (1) Qual é o conceito de sentença aditiva adotado pelo STF? (2) São identificáveis na jurisprudência do STF as condições necessárias para que o tribunal possa proferir sentenças aditivas? (3) O STF é coerente no uso de sentenças aditivas? (4) A sentença aditiva é uma técnica decisória aceita entre os Ministros do STF?

Em relação ao conceito de sentença aditiva, o STF não adota um conceito específico, pois em cada caso o ministro que a propõe apresenta definições próprias, ou então, não a caracteriza.¹⁴⁷

Nos mandados de injunção 708, 670 e 712 o Ministro Gilmar Mendes, único a propor sentença aditiva, não a define. Em seu voto, vencedor, somente justifica a necessidade do uso desse instituto.¹⁴⁸ Em outro caso, nas ADIs 1.351 e 1.354, cujo voto também compôs a corrente vencedora, o Ministro Gilmar Mendes não define o conceito de sentença aditiva. Em vez disso, apresenta somente justificativa para sua aplicação: a declaração de inconstitucionalidade total ou o não-conhecimento da ação, podem comprometer a segurança jurídica;¹⁴⁹ e, que, trata-se da única solução viável (*teoria da vontade hipotética do legislador*)¹⁵⁰.

O outro ministro a propor decisão com perfil aditivo foi o Ministro Eros Grau (somente dois ministros do STF propuseram esse tipo de

¹⁴⁷ Observou-se que não mais de um ministro propôs sentença com efeitos aditivos no mesmo caso.

¹⁴⁸ Os argumentos que o Ministro Gilmar Mendes utiliza são: necessidade de solução diferenciada; solução constitucional obrigatória; completar regime previamente adotado pelo legislador; tornar efetiva a proteção judicial; garantir a segurança jurídica; e dar plena efetividade às normas constitucionais de maneira a aceitar um modelo de separação de poderes mitigado. Vide p. 43-45 desta monografia.

¹⁴⁹ STF: ADI 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/2006. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 156.

¹⁵⁰ Teoria da vontade hipotética do legislador que consiste em um exercício de previsão do julgado em relação a qual teria sido a atitude do legislador se houvesse previsto a inconstitucionalidade da lei. Levando em consideração sua vontade de produzir normas em harmonia com a Constituição, teria ele aumentado ou diminuído o escopo da norma? Vide p. 55 desta monografia.

decisão), que na ADI 1.923 MC, apenas sugere sua aplicação quando a ação for julgada no mérito, sem fazer considerações a respeito da admissibilidade da decisão, e sem, no entanto, justificar sua sugestão. No outro caso estudado em que o Ministro propõe sentença aditiva é na ADI 3.510 e seu voto é vencido. Nessa ação, o Ministro Eros Grau explica as situações que a decisão aditiva pode ser invocada.¹⁵¹

Em relação à segunda questão, atinente à identificação na jurisprudência do STF das condições necessárias à aplicação das sentenças aditivas, pode-se afirmar que não há paradigma que estabeleça uma diretriz para a decisão aditiva. A justificativa dos ministros, ao utilizar esse instituto, não encontra baliza em precedentes da Corte, em antigas decisões. Ao contrário, busca-se, de acordo com os acórdãos analisados, uma justificativa que se adéque tão-somente ao caso concreto. Não há, pois, por parte dos ministros, análise sistêmica das condições que autorizam o uso das sentenças aditivas pelo STF.

O mesmo pode-se dizer em relação à coerência no uso de sentenças aditivas (pergunta 3). Não há padrão estabelecido pelos ministros ou pela própria jurisprudência do STF que explicitem quando a decisão deve possuir efeitos aditivos. Cabe aos ministros determinarem, baseados no caso concreto, a aplicação desse instituto. Tanto é assim que, por exemplo, no caso do Direito de Greve dos Servidores Público (MI 708, 712 e 670) o Ministro Gilmar Mendes aplicou sentença aditiva, ao passo em que o Ministro Ricardo Lewandowski não aderiu ou comentou a decisão do referido Ministro, porém estipulou 16 condicionantes – que não classificou como sentença aditiva.

¹⁵¹ A sentença com efeitos aditivos é definida nos seguintes termos pelo Ministro Eros Grau: “Note-se bem que a decisão aditiva acrescenta novo sentido normativo à lei, a fim de que determinado preceito legal seja depurado, adequado aos padrões da constitucionalidade. A esta Corte não cabe acrescentar nada à Constituição, como já se fez, indevidamente – digo-o com as vênias de estilo, ainda que não espontâneas, ainda que não partam do meu íntimo – como indevidamente foi feito no julgamento do MS 26.602. A decisão aditiva incorpora preceito novo à legislação infraconstitucional para, salvando-a de inconstitucionalidade, mantê-la em coerência com o bloco de constitucionalidade. Algo é acrescentado ao preceito legal, a Constituição permanecendo intocada, intocável. Ao contrário, porque a decisão aditiva como que captura o preceito legal, trazendo-a para o âmbito da constitucionalidade, a força normativa da Constituição é afirmada nessas decisões” (grifos nossos). Voto do Ministro Eros Grau na ADI 3.510. p. 459.

Entre os ministros do STF, apenas o Ministro Gilmar Mendes (exceto o Ministro Eros Grau, que também reconhece) parece reconhecer a sentença com perfil aditivo, pois defende energicamente a aplicação desse instituto em alguns casos. O Ministro Eros Grau reconhece o instituto em análise, porém de modo menos enfático. Na ADI 1.923 MC apenas sugere brevemente a aplicação de sentença aditiva no futuro; e na ADI 3.510 aplica, efetivamente essa técnica decisória. A tese do Ministro Gilmar Mendes de decidir com efeitos aditivos, quando por ele proposta, logrou êxito em todos os processos estudados.

As hipóteses levantadas no início do trabalho foram, portanto, todas confirmadas.¹⁵²

¹⁵² As hipóteses de trabalho são as seguintes: (i) As sentenças de perfil aditivo foram conceituadas pelo Supremo Tribunal Federal, ao menos por alguns de seus ministros, em algumas situações, mas não se pode extrair da jurisprudência do Tribunal um entendimento claro e preciso a esse respeito; (ii) A jurisprudência do STF não oferece uma conclusão segura sobre as condições nas quais está autorizado a proferir sentenças aditivas; (iii) A referência ao conceito em alguns casos tem fins retóricos e não implica o reconhecimento pelo Tribunal de que estaria apenas autorizado a criar novas normas (exercício típico do Poder Legislativo) se presentes as condições que a doutrina e a jurisprudência internacional apresentam para que se possa proferir uma sentença aditiva; (iv) Não há coerência na aplicação do conceito pelo STF; (v) As decisões aditivas não são uma técnica decisória aceita de forma expressa entre os diversos ministros do STF, embora na prática soluções com esse caráter tenham prevalecido em alguns julgados do Tribunal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. "O controle de constitucionalidade no direito brasileiro". 2º Edição. Saraiva: São Paulo, 2006. P.31-38

BRUST, Leo. "A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas". http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322009000200014&script=sci_arttext Acessado em 2 de novembro de 2010.

CONEJO, Andressa Crislaine. "A aplicação das sentenças aditivas". http://www.advocaciafrancodelima.adv.br/2008/artigo.php?id_noticia=72 Acessado em 31 de outubro de 2010.

JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. "Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo". http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27844/sentencas_aditivas_mito_legislador..pdf?sequence=3 Acessado em 31 de outubro de 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. "Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional". Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf> Acessado em 13 de novembro de 2010.

MORAIS, Carlos Blanco de. "As sentenças intermédias da justiça constitucional". Lisboa: AAFDL, 2009. p. 6-9; 15-33; 363-373; 391-393; 423-429.

PRESTE, Cristine. "Uma revolução silenciosa no Supremo". http://www.sbdp.org.br/processo_seletivo_2009/Entrevista%20Gilmar%20Mendes.pdf Acessado em 13 de novembro de 2010.

STEDELE, Vinícius Maciel. "A sentença aditiva como método de afirmação da constitucionalidade". http://www.leandropaulsen.com/site/textos_detalhe.asp?ID=33 Acessado em 2 de novembro de 2010.

SCHOPENHAUER, Arthur. "A arte de escrever". Tradução de Pedro Süsskind. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 39-54.

TAVARES, André Ramos. "Curso de direito constitucional". São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. "Supremo Tribunal Federal versus Congresso Nacional". <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/270946/> Acessado em 31 de outubro de 2010.