

# A sentença normativa na jurisdição constitucional

Angela Cristina Pelicioli

## Sumário

1. Introdução. 2. As funções da jurisdição constitucional exercidas pelo Supremo Tribunal Federal. 2.1. A função de controle de constitucionalidade. 2.1.1. Os sistemas de controle de constitucionalidade. 2.2. A função interpretativa com efeito vinculante. 2.2.1. Considerações históricas. 2.2.2. O conceito de efeito vinculante. 2.2.3. Súmula vinculante. 2.3. A função normativa. 3. A sentença normativa na jurisdição constitucional. 4. Considerações finais.

## 1. Introdução

Nos Estados Democráticos de Direito, a Constituição encontra-se acima de qualquer lei e os Tribunais Constitucionais, como o Supremo Tribunal Federal, têm o dever de defendê-la, transformando-se em um poder independente, desvinculado de todos os demais Poderes e, como tal, garantidor de sua concretização.

Nos Estados Democráticos de Direito, a pessoa humana e sua intrínseca dignidade são a razão de ser da vida política. Assim, não apenas os direitos fundamentais de defesa, mas também os direitos fundamentais de prestação devem ser concretizados, pois os direitos fundamentais, em suas múltiplas dimensões, são o conteúdo essencial da Constituição.

Nada justifica a não efetividade dos direitos fundamentais e a violação sistemática dos valores e princípios constitucionais por parte dos titulares dos poderes políti-

Angela Cristina Pelicioli é Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Clássica de Lisboa, Subcorregedora de Autarquias e Fundações Públicas da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, Procuradora do Estado de Santa Catarina.

cos. No entanto, são os próprios Poderes Executivo e Legislativo, representantes da maioria, aqueles que mais violam e deixam de implementar os direitos fundamentais. Quanto ao Poder Executivo, as razões são várias, entre elas: a falta de competência do administrador público, a falta de organização de receitas e despesas, a falta de prioridade nos planos de governo e, conseqüentemente, a falta de orçamento do ente público. Quanto ao Poder Legislativo, os motivos são: não legislar infra-constitucionalmente como devem ser concretizados os direitos fundamentais, assim como o fato de legislar, em muitos casos, contrariamente a esses direitos. Com isso, ao Poder Judiciário passou a ser reconhecida uma função de maior destaque, assumindo, por determinação constitucional, tarefas de equilíbrio e de controle entre os Poderes Legislativo e Executivo.

A sentença normativa, fenômeno recente na jurisdição constitucional, demonstra o aspecto mais sedutor e, certamente, o mais problemático do fenômeno da falta de efetividade constitucional dos direitos fundamentais, que é justamente o encontro entre os Poderes Legislativo e Judiciário e suas funções: “o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz” (CAPPELLETTI, 1992, p. 26).

## *2. As funções da jurisdição constitucional exercidas pelo Supremo Tribunal Federal*

O Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional, deve zelar para que a Constituição de 1988 seja concretizada em seu objetivo principal de implementação dos direitos fundamentais, pois estes estão a todo momento à mercê da “tirania da maioria” (REBUFFA, 1993, p. 37). Deve assegurar também a observância do “sistema no qual a Constituição seja dificilmente modificada e a divisão dos poderes não comporte recíproca impermeabilidade dos atos de quaisquer poderes por parte dos outros”

(REBUFFA, 1993, p. 37). Como já sabido, a ordem constitucional não é garantida pela harmonia entre os Poderes, mas pelo seu conflito, razão por que a própria Constituição garante o controle jurisdicional das leis e atos normativos dos poderes políticos. O Supremo Tribunal Federal se torna, então, de certa forma, o centro de convergência dos Poderes Executivo e Legislativo, atuando, em última instância, como efetivo defensor dos direitos fundamentais expressos na Constituição de 1988.

O Supremo Tribunal Federal, para efetivar sua função de guardião da Constituição, exerce, além da função jurisdicional, comum a todo o Poder Judiciário, a função de controle de constitucionalidade, a função de interpretação com efeito vinculante e a função normativa.

Não se diga que os Poderes estão vinculados materialmente a uma única atribuição na sociedade moderna, de modo que a cada órgão corresponda uma função, ou seja, para os órgãos do Poder Executivo, a função executiva; para os órgãos do Poder Legislativo, a função legislativa; para os órgãos do Poder Judiciário, a função judiciária (Cf. ARISTÓTELES, 1991, p. 93). Na atualidade, as funções estatais foram significativamente redimensionadas e redistribuídas (Cf. QUEIROZ, 1990, p. 99).

A Constituição nos Estados Democráticos de Direito, quando sustenta expressamente a separação dos poderes, o faz em uma perspectiva apenas aparente. Um exemplo dessa aparência é a função legislativa que “é distribuída entre vários órgãos, mas somente a um deles é dado o nome de órgão ‘legislativo’. Esse órgão nunca tem o monopólio da criação de normas gerais, mas, quando muito, uma determinada posição favorecida.” (KELSEN, 1992, p. 266).

Desse modo, para que o Supremo Tribunal Federal cumpra com seu papel de Tribunal Constitucional, que consiste em ser o centro de convergência dos poderes políticos, agindo como efetivo defensor dos direi-

tos fundamentais, é necessária a prática de mais de uma função pela jurisdição constitucional; e assim deve ser, a despeito da persistente incompreensão, em muitos setores, acerca do real sentido do princípio da separação dos poderes na atualidade.

### *2.1. A função de controle de constitucionalidade*

O controle de constitucionalidade<sup>1</sup> é “um meio institucionalizado, um sistema, um aparelho orgânico ou um processo criado a título mais ou menos específico para tal fim” (MIRANDA, 2005, p. 51). Esse controle é um mecanismo, previsto na própria Constituição, que, mediante uma ação política ou jurisdicional, garante a primazia da mesma.

A natureza do controle de constitucionalidade, em certo sentido, é política, porque esse controle, como ensina Jorge Miranda (2005, p. 50), “recai sobre atos ou sobre omissões, sobre comportamentos certos e individualizados ou individualizáveis” de autoridades políticas. O controle de constitucionalidade é efetivado por meio de outro órgão, que não seja o autor da lei, como é o caso do Conselho Constitucional da França (ZAGREBELSKY, 1977, p. 19)<sup>2</sup>, ou, ainda, mediante órgãos jurisdicionais.

Por outro lado, o controle de constitucionalidade também possui natureza jurídica, já que, para sua existência, devem concorrer os seguintes pressupostos: a) a Constituição rígida, ou seja, a superlei, que possui um procedimento especial de votação e de reforma; b) o órgão de controle independente, que não pode ser o Parlamento, pois foi este órgão que emitiu a lei e, em razão disso, “é o menos apropriado para converter-se em defensor da Constituição. Não se pode esperar da Assembleia, ou da maioria de seus membros, que se corrija a si mesma” (LOEWENSTEIN, 1976, p. 317); c) a definitividade e a irreversibilidade das decisões do controle de constitucionalidade, além da vinculatividade em relação a todos os governantes e governados; d) um pressuposto ponderável diz respeito à legiti-

mação ativa do controle de constitucionalidade, que a doutrina entende deva ser reconhecida a todos os cidadãos, para ser mais democrática. No entanto, em vários países, inclusive no Brasil, Peru<sup>3</sup> e Colômbia, restringe-se a legitimação ativa a determinadas autoridades públicas; e, por fim, e) a submissão ao controle de constitucionalidade de toda a atividade estatal, que consiste em englobar qualquer resolução, ato ou omissão da autoridade pública (SAGÜES, 1989, p. 21).

#### *2.1.1. Os sistemas de controle de constitucionalidade*

Existem organizados, nos Estados Democráticos de Direito, dois sistemas de controle: o controle político e o controle jurisdicional. O controle jurisdicional, por sua vez, subdivide-se em dois: o sistema de controle difuso (modelo americano) e o sistema de controle concentrado (modelo europeu).

##### *2.1.1.1. O controle político de constitucionalidade*

Em determinados países, existe um controle de constitucionalidade que é essencialmente político, realizado por um órgão não integrante do Poder Judiciário.

As características do controle político de constitucionalidade são (SANTIVÁÑEZ, 2004, p. 59):

- a) o órgão encarregado desse controle tem uma composição política, resultante da eleição parlamentar, e seus membros não necessitam de qualificação técnico-jurídica;
- b) o controle é preventivo, uma vez que se concretiza antes da entrada em vigor da lei;
- c) o efeito da decisão do órgão, que exerce esse controle, não é vinculante, possui efeito consultivo.

O exemplo, mais frequentemente citado, do sistema de controle político de constitucionalidade é o da França, com o Conselho Constitucional, que possui várias funções, entre elas, a de controle de constitucionalidade das leis.

### 2.1.1.2. O controle jurisdicional de constitucionalidade

O controle jurisdicional de constitucionalidade far-se-á por aspecto “subjetivo ou orgânico” (CAPPELLETTI, 1992, p. 66), ou seja, por meio dos órgãos que realizam efetivamente esse controle. Para tanto, distinguem-se dois sistemas de controle de constitucionalidade: o difuso (modelo norte-americano) e o concentrado (modelo europeu).

#### 2.1.1.2.1. O controle difuso de constitucionalidade: via incidental

O controle difuso de constitucionalidade é aquele em que todos os juízes, exercendo, incidentalmente, esse controle, têm a obrigação de aplicar a Constituição preferencialmente às leis (FERNANDEZ SEGADO, 1997, p. 1036). É preciso esclarecer que o juiz constitucional não declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, mas deixa de aplicar a lei e/ou o ato normativo quando os considerar inconstitucionais.

As características do controle difuso são (SANTIVÁÑEZ, 2004, p. 60):

- a) todos os órgãos jurisdicionais inferiores, superiores, estaduais e federais podem e devem pronunciar-se sobre a constitucionalidade das leis e atos normativos perante eles invocada;
- b) deve ser alegada de forma incidental e não direta;
- c) a legitimação para argüir inconstitucional uma lei ou ato normativo é das partes em conflito, que pretendem a desaplicação da suposta norma inconstitucional, e dos juízes, que poderão alegá-la *ex officio*<sup>4</sup>;
- d) os efeitos da declaração de inconstitucionalidade estão limitados ao caso concreto, uma vez que a lei ou o ato normativo será considerado nulo somente entre as partes.

#### 2.1.1.2.2. O controle concentrado: via direta

O sistema de controle concentrado de constitucionalidade se caracteriza por ser um processo principal de inconstitucionalidade, ou processo por via de ação, que “tem por objeto uma pretensão dirigida à declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade de normas jurídicas. É um processo de controle de normas, destinado, de forma abstrata, a verificar a conformidade formal, procedimental ou material, de normas jurídicas com a Constituição” (CANOTILHO, 2003, p. 873). Além dessa característica, citem-se as seguintes:

- a) o procedimento para o requerimento do controle de constitucionalidade se dá por ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade;
- b) a legitimação é concedida a determinados órgãos e pessoas com certas restrições e obedecendo a certas limitações;
- c) os efeitos de declaração de inconstitucionalidade, contrariamente ao controle difuso, são gerais ou *erga omnes*, determinando a invalidade de uma lei ou ato normativo.

#### 2.2. A função interpretativa com efeito vinculante

Se a função de interpretação das leis e atos normativos é comum a todas as jurisdições, a função de interpretação com efeito vinculante é restrita à jurisdição constitucional.

##### 2.2.1. Considerações históricas

No Brasil, a primeira previsão de efeito vinculante na função interpretativa consta do art. 187 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ao disciplinar a chamada representação interpretativa (art. 119, I, “I”, da Constituição de 1967, introduzido pela Emenda n. 7, de 13/04/77).<sup>5</sup>

Já sob a égide da Constituição de 1988, com a Emenda Constitucional n. 3, de 17/03/93, foi criado o efeito vinculante nas ações declaratórias de constitucionalidade, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, acrescentando-se o § 2º ao art. 102, da Constituição.<sup>6</sup>

A partir da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, em seu art. 28, parágrafo úni-

co<sup>7</sup>, o efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal foi estendido para além da ação declaratória de constitucionalidade, alcançando a ação direta de inconstitucionalidade.

A Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004, constitucionalizou a matéria, concedendo o efeito vinculante às ações declaratórias de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”<sup>8</sup>

Igualmente, a Emenda Constitucional n. 45/04 acresceu o art. 103-A à Constituição de 1988, instituindo a súmula vinculante, com “efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”<sup>9</sup>. A Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, regulamentando o art. 103-A da Constituição de 1988, acresceu os arts. 56, § 3º, 64-A e 64-B à Lei n. 9.784, de 29 de maio de 1999 – que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

### 2.2.2. O conceito de efeito vinculante

Preliminarmente, importa distinguir a eficácia *erga omnes* do efeito vinculante nas decisões em sede de controle concentrado abstrato. A respeito, o voto de Gilmar Mendes, quanto à eficácia *erga omnes*, esclarece que:

“[...] os processos ‘sem partes formais’ somente têm significado se as decisões mais relevantes neles proferidas forem dotadas de eficácia contra todos. Alguns autores chegam a sustentar que a eficácia *erga omnes* constitui apanágio dos processos objetivos. Esse parece ser, também, o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, desde 1977, vem afirmando a eficácia geral da decisão proferida em

representação de inconstitucionalidade” (BRASIL, 2004b).

Sobre o efeito vinculante, o voto de Gilmar Mendes (BRASIL, 2004b) elucida:

“[...] o efeito vinculante da decisão está intimamente ligado à própria natureza da jurisdição constitucional em um dado Estado democrático e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal [...] Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais.”

Portanto, a eficácia *erga omnes* está relacionada ao alcance subjetivo da decisão no controle concentrado abstrato, ou seja, diz respeito a quem se destinam os efeitos da decisão, enquanto o efeito vinculante prende-se aos limites objetivos da decisão, isto é, qual parte da decisão deverá ser respeitada pelo poder público.

No que diz respeito ao efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal vem evoluindo no sentido de empregá-lo de acordo com o instituto desenvolvido no direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões daquela Corte Constitucional, estendendo a obrigatoriedade não só à parte dispositiva, mas também aos fundamentos determinantes da decisão (MARTINS; MENDES, 2001, p. 339). A reclamação n. 1.987-0 (BRASIL, 2004a)<sup>10</sup> é exemplo, entre tantos (BRASIL, 2002a; BRASIL, 2002b; BRASIL, 2004b; BRASIL, 2005a), de decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhece o efeito vinculante, com transcendência sobre a parte dispositiva, dos motivos que embasaram a decisão na ação direta de inconstitucionalidade n. 1662-7<sup>11</sup>, “uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades administrativas, contex-

to que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional” (BRASIL, 2004a).

Quando o Supremo Tribunal Federal decidiu a ação direta de inconstitucionalidade n. 1.662-0, também o fez mediante o reconhecimento de que o efeito vinculante alberga os motivos determinantes dos precedentes da Corte:

“[...] em substância, deu exegese ao artigo 100 da Constituição, assentando que somente na situação de preterição, e em nenhuma outra, é lícito o seqüestro de verbas públicas para fins de pagamento de precatório originado de débito judicial trabalhista. A decisão impugnada, ao reverso, vislumbrando a possibilidade de saque forçado no caso de vencimento do prazo para satisfação do crédito, deferiu a ordem. Independente de inexistir invocação ao ato normativo invalidado pelo STF, o fato incontestável é que a determinação de seqüestro desobedece ao *conteúdo essencial* do julgado desta Corte. [...] A questão fundamental é que o ato impugnado não apenas contrastou a decisão definitiva proferida na ADI 1662, como, essencialmente, está em confronto com seus motivos determinantes. A propósito, reporto-me à recente decisão do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2002b), sendo relevante a consideração de importante corrente doutrinária, segundo a qual a *‘eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros’*, exegese que fortalece a contribuição do Tribunal para preservação e desenvolvimento da ordem constitucional”<sup>12</sup> (BRASIL, 2004a).

Assim, no ordenamento jurídico nacional, é admitido o fenômeno da “transcendência dos motivos determinantes que em-

basaram a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal”, em processo de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo, de modo que o efeito vinculante refere-se também à própria razão de decidir. Em outras palavras, “a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos fundamentos do julgado que o Supremo Tribunal proferir em sede de controle abstrato.”<sup>13</sup>

Prevalendo no Supremo Tribunal Federal a orientação no sentido de reconhecer que o efeito vinculante também alcança as razões de decidir, não se pode deixar de constatar que, reflexamente, o Supremo Tribunal Federal estará agindo como legislador positivo, pois, em toda decisão que reconhecer a vinculatividade dos motivos determinantes, estar-se-á, como preliminar, proferindo uma sentença normativa. E por que é assim? Pela simples razão de que a decisão que estende o efeito vinculante aos motivos determinantes recria, com caráter geral e abstrato, o texto normativo do art. 28, *caput*, da Lei n. 9.868/99, que regula o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, além de recriar, com as mesmas características, o texto normativo do art. 10, § 3º, da Lei n. 9.882/99, reguladora do procedimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental.<sup>14</sup>

Tais dispositivos determinam que o Supremo Tribunal Federal, dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão – no caso do art. 28, da Lei n. 9.868/99 – e a partir do trânsito em julgado da decisão – no caso do art. 10, § 3º, da Lei n. 9.882/99 –, fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União “a parte dispositiva do acórdão”. O que significa dizer que, para o Poder Legislativo ordinário, segundo se infere das Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, somente a parte dispositiva das decisões no controle concentrado abstrato vinculava o poder político, não sua razão de decidir, já que apenas àquela era dada publicidade.

À parte as divergências doutrinárias, cumpre reconhecer que o fenômeno da transcendência reflete uma preocupação jurisprudencial com a *força normativa da Constituição*, cuja preservação não prescinde do reconhecimento de que a eficácia vinculante estende-se também aos fundamentos determinantes da decisão proferida pela Corte Suprema em sede de controle de constitucionalidade (BRASIL, 2005c).

Deve-se ressaltar, por outro lado, que tanto a eficácia *erga omnes* quanto o efeito vinculante, em sede de controle abstrato, configuram-se, simultaneamente, apenas em relação ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal não se sujeita ao efeito vinculante, podendo rever suas decisões, se assim entender necessário. Igualmente o Poder Legislativo não é alcançado pelo efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, uma vez que poderá editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão (BRASIL, 2005b).

Além de nas decisões proferidas em sede de controle abstrato, vislumbra-se, como possibilidade futura, o aprofundamento das implicações da função de interpretação com eficácia vinculante na edição de súmulas vinculantes.

### 2.2.3. Súmula vinculante

Com a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, acresceu-se o art. 103-A à Constituição de 1988, criando a súmula vinculante, *in verbis*:

“O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e

municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

O art. 1º, da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, regulamentando a edição, revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, determina que o alcance subjetivo da súmula ressalva o próprio Supremo Tribunal Federal – resguardando a evolução da jurisprudência – e o Poder Legislativo.

“O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.”<sup>15</sup>

A súmula vinculante é a síntese de decisões reiteradas sobre um determinado caso, tendo por fim a uniformização da interpretação do Supremo Tribunal Federal em relação à matéria constitucional.

A súmula vinculante de matéria constitucional:

“[...] representa a condição de validade das normas constitucionais às quais ela (a Súmula) se refere. Dito de outro modo, vai ser norma constitucional (ou vai ser o sentido da norma) aquilo que a Súmula determinar que seja. O *entendimento sumulado* é, assim, uma *Constituição imanente*, ou seja, é o sentido das normas constitucionais. [...] Desnecessário frisar que aquilo que os tribunais aplicam, na realidade, não é a lei, mas sua particular interpretação, fruto da (re)definição do intérprete, até porque o texto normativo – como diz Müller – não contém imediatamente a norma; esta é construída pelo intérprete no decorrer do processo de

concretização do direito” (STRECK, 1998, p. 241).

Com a súmula vinculante, o que há é a realização da função interpretativa, ainda que com efeito vinculante, pois o Supremo Tribunal Federal, para sua edição, nada mais faz do que uniformizar sua jurisprudência.

Portanto, diferentemente da função normativa em que a atuação do juiz constitucional é de legislador positivo, criando norma não existente no ordenamento jurídico, a súmula vinculante é função interpretativa com eficácia vinculante, em que o juiz constitucional aplica norma já existente, apenas padronizando seu sentido. Não é porque há efeito vinculante na súmula que ela corresponde ao exercício de função normativa. Para que exista a função normativa, na jurisdição constitucional, deve haver a criação de norma geral e abstrata, não pelo legislador ordinário, mas sim pelo juiz constitucional.

### 2.3. A função normativa

De modo geral, pode-se dizer que, “quando uma lei é interpretada, o verdadeiro legislador não é aquele que, originalmente, fez a lei; o verdadeiro legislador é o intérprete” (HAMON; TROPER; BURDEAU, 2005, p. 61).

Não obstante as potencialidades da função interpretativa, a função normativa é um avanço funcional em relação a ela. Daí a razão pela qual esta, não aquela, é considerada a mais nova função da jurisdição constitucional. E é nova em termos de jurisdição constitucional, porquanto, desde os editos dos magistrados judiciais romanos, a função normativa não é estranha à atividade jurisdicional.

No Brasil, os precedentes da função normativa exercida pelos tribunais datam desde o final do século XIX, por meio de seus regimentos internos e, posteriormente, por meio das instruções e resoluções dos tribunais eleitorais e, ainda, pela via da sentença normativa da jurisdição do trabalho.

É na função normativa do Supremo Tribunal Federal que se verifica o fenômeno da

sentença normativa, que surge através da possibilidade da integração judicial do ordenamento consistente na criação judicial de norma geral e abstrata pela ausência de lei provocada pelos poderes políticos e pelo próprio Supremo Tribunal Federal com a declaração de inconstitucionalidade. A função normativa do Supremo Tribunal Federal evoca manifestação paradoxal: a uma, no sentido de que as intervenções do Tribunal Constitucional se concretizam em razão de sua força jurídico-política; e a duas, porque devem existir limites estreitos e certos entre os Poderes, sendo que o Poder Judiciário não é legitimado para, ao mesmo tempo, legislar e executar a lei. No entanto, é meramente aparente o paradoxo com que se ocupam as sentenças da Corte Suprema, pois o juiz deve não só aplicar a justiça dos códigos e processos, mas deve estar inserido em uma cultura de princípios de liberdade e de justiça e esses princípios, uma vez que entrem em contato com os casos da vida, devem orientar a aplicação da lei, e a atividade das partes e dos juizes, de modo que a missão do Poder Judiciário não seja apenas de “boca da lei”, mas de garante da supremacia dos valores e princípios constitucionais (ZAGREBELSKY, 2003).

Pode-se perguntar: de onde provém a legitimidade do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo? Essa legitimidade advém da defesa dos direitos fundamentais, isso porque a Constituição, no Estado Democrático de Direito, possui não só forma, mas conteúdo. Não é processo sem produto, não é atividade sem forma de atividade; é uma forma aberta através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida (Cf. HELLER, 1942, p. 268). Como os direitos fundamentais representam a vida do indivíduo na Constituição, os poderes políticos não podem deles dispor a seu bel prazer, por conveniência política ou como mercadoria nas prateleiras de um supermercado.

O Supremo Tribunal Federal, assinalado pela Constituição de 1988 como defensor e garantidor da efetividade dos direitos

fundamentais, coroa sua legitimidade democrática, não em decorrência da democracia política, vinculada aos Poderes Executivo e Legislativo e à vontade das maiorias, em que sua representatividade está no seu caráter de escolha por meio de eleições, mas sim por meio da democracia substancial vinculada à intangibilidade dos direitos fundamentais.

Igualmente, a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo surge da existência de um segundo poder constituinte originário.

As decisões da Corte Suprema, como segundo poder constituinte originário, atualizam e rejuvenescem a Constituição, observando as modificações da realidade social (BONAVIDES, 2006, p. 186). Sem esse segundo poder constituinte originário, a Constituição estagnaria no tempo, pois a forma silenciosa como atua só é possível perceber quando se constatam as transformações já operadas na Constituição sem a interferência do poder constituinte derivado.

### *3. A sentença normativa na jurisdição constitucional*

Amparada, portanto, na legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo, surge a sentença normativa na jurisdição constitucional.

Essa sentença normativa possui o “efeito de ‘fazer dizer’ a norma referida na sentença alguma coisa diferente, e freqüentemente alguma coisa a mais, em relação àquilo que era seu significado original” (CRISAFULLI, 1985, p. 239), ou melhor, àquilo que era seu texto original. O juiz da Corte Constitucional, ao proferir sentença normativa, cria norma geral e abstrata a partir de um texto pré-existente, construindo “uma entidade normativa qualitativamente diversa e, portanto, nova em consideração àquele texto” (SILVESTRI, 1985, p. 757). Em suma, sentença normativa é o termo que abarca o conjunto das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal que criam nor-

ma geral e abstrata, transformando, adequando, modificando e integrando o texto de lei ou ato normativo, com o objetivo de concretizar a Constituição.

A sentença normativa já é praticada pelo Supremo Tribunal Federal quando se trata da edição de uma lei ou ato normativo eivado de inconstitucionalidade, em que a Corte, para manter seu texto, evitando um vazio normativo: a) manipula os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, transformando a lei ou ato normativo inconstitucional que seria nulo em anulável; para tanto, utiliza-se do material normativo pré-existente, recriando norma geral e abstrata retroativamente, ou a partir de momento que definir, para que esta produza efeitos em período no qual a lei ou ato normativo não era válido no mundo do direito; b) interpreta conforme à Constituição com redução teleológica, criando norma geral e abstrata com algo a mais ou com sentido diverso daquele originariamente determinado no texto da lei ou ato normativo; e c) declara a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, por meio de interpretação conforme à Constituição com redução teleológica, criando norma geral e abstrata com algo a mais ou com sentido diverso do texto da lei ou ato normativo, nos moldes da hipótese anterior. Além desses casos, pode ser verificada a sentença normativa na jurisdição constitucional: a) na declaração de inconstitucionalidade por omissão relativa, quando houver infringência ao princípio da igualdade, quando “o legislador, ao realizar a norma para obedecer o mandato constitucional, favorece certos grupos e esquece de outros ou acerta vantagens a uns que não são dispensadas a outros” (BAZÁN, 2006, p. 479); e b) no mandato de injunção coletivo.

Os requisitos da sentença normativa são: a) omissão ou edição de lei ou ato normativo que contrarie a Constituição, obedecidos os critérios estabelecidos pelas Leis nº 9.868 e 9.882, ambas de 1999; e b) a observância da realidade história e do resultado possível. A reserva do possível não pode ser uma

objeção ao Supremo Tribunal Federal para proferir sentenças normativas, que possam gerar despesas públicas; se as sentenças normativas são o resultado de uma imposição direta da Constituição, não são discricionárias, mas tornam-se um dever (ZAGREBELSKY, 1993, p. 111). No entanto, é preciso que o Supremo Tribunal Federal, quando proferir sentença normativa, não despreze a reserva do possível, cercandose de todos os cuidados para saber quais são seus reflexos nas contas públicas. Esses cuidados dar-se-iam com a análise das leis orçamentárias: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual dos entes estatais envolvidos na causa, além de estudos elaborados por técnicos orçamentários, peritos contadores, médicos, psicólogos, esses dois últimos nos casos que envolvam os direitos à vida e à integridade física e psíquica da pessoa humana, valendo-se a Corte, para tanto, inclusive de audiência pública (art. 9º, § 1º, da Lei n. 9.868/99 e art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.882/99).

#### 4. Considerações finais

O caráter inovador da sentença normativa tem como fundamento material o compromisso da jurisdição constitucional com a efetividade dos direitos fundamentais. Não possuindo expressa previsão na Constituição que se propõe a concretizar, o exercício da função normativa pelo Supremo Tribunal Federal se fundamenta formalmente na teoria dos poderes implícitos, pois a quem se atribui a função de guardião da Constituição devem ser conferidos os meios para guardá-la tanto formal quanto materialmente. Em consequência, caso os Poderes Executivo e Legislativo violem a Constituição, o Supremo Tribunal Federal está autorizado, em princípio, a proferir sentença normativa para guardar a ordem constitucional.

Exemplo contundente é a sentença normativa proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Medida Cautelar na Adin n. 3.854-1 (BRASIL, 2007), por meio de inter-

pretação conforme à Constituição, mediante redução teleológica, tendo sido excluída a submissão dos membros da magistratura estadual ao subteto de remuneração, previsto no art. 37, inc. XI e § 12, da Constituição de 1988, o primeiro dispositivo inserido pela Emenda Constitucional n. 41 de 19 de dezembro de 2003 e o segundo, introduzido pela Emenda Constitucional n. 47 de 5 de julho de 2005.

Nessa sentença normativa, o Supremo Tribunal Federal, sob o argumento do caráter nacional e unitário do Poder Judiciário, especialmente no que toca à estrutura nacional da remuneração dos magistrados, prevista no inciso V do art. 93 da Constituição de 1988, não se limitou a encontrar e explicitar uma norma já existente no ordenamento, mas utilizou-se do material normativo do inc. XI do art. 37 para construir uma norma qualitativamente diversa e, portanto, nova em consideração à existente, qual seja, “a prevalência como teto máximo da remuneração da magistratura dos subsídios do Ministro do Supremo Tribunal Federal”. A sentença, nesse caso, transforma-se de ato substancialmente jurisdicional em ato substancialmente normativo, com caráter geral e abstrato. Verifica-se, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, nesse caso específico, utilizou-se da legitimidade democrática da sentença normativa não com o objetivo de concretizar direitos fundamentais previstos na Constituição, mas para assegurar interesses corporativos.

Fato inconteste é que o Supremo Tribunal Federal atua como legislador positivo, por meio da sentença normativa, mas oculta esse fato quando confrontado a respeito.<sup>16</sup>

A sociedade, por sua vez, precisa saber que a Corte Suprema assim atua, até para que se justifique racionalmente esse procedimento e se possam distinguir as possibilidades e os limites dessa atuação. É preciso ter em mente que os juízes “não são os senhores do direito no mesmo sentido que não o era o legislador do século XIX. São mais exatamente os garantes da comple-

xidade estrutural do direito no Estado Democrático de Direito, isto é, os garantes da necessária e serena coexistência entre lei, direitos e justiça” (ZAGREBELSKY, 1992, p. 213).

### Notas

<sup>1</sup> O controle de constitucionalidade pode ser chamado também de fiscalização de constitucionalidade e está previsto na Parte IV, Título I, da Constituição portuguesa (arts. 277 a 283).

<sup>2</sup> O Conselho Constitucional francês, previsto na Constituição francesa de 1958, é órgão que desenvolve uma espécie de controle externo quanto ao órgão competente, mas interno ao procedimento legislativo. É anterior à entrada em vigor da lei. Tem como objetivo indicar ao parlamento os casos nos quais a lei possui conteúdo incompatível com a Constituição.

<sup>3</sup> Neste país, a legitimação ativa para a ação popular condiciona-se à presença de cinco mil assinaturas de cidadãos comprovadas pelo Jurado Nacional de Eleições.

<sup>4</sup> “[...] 2. Ao Supremo Tribunal Federal, como guardião maior da Constituição, incumbe declarar a inconstitucionalidade de lei, sempre que esta se verificar, ainda que *ex officio*, em razão do controle difuso, independente de pedido expresso da parte. [...]” (BRASIL, 2004c).

<sup>5</sup> Emenda Constitucional n. 7/77 – “Art. 119 – l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;”

<sup>6</sup> Emenda Constitucional n. 3/93 – “Art. 102 – [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

<sup>7</sup> Lei n. 9.868/99 – “Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme à 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.”

<sup>8</sup> Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004 – “Art. 102 – § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito

vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

<sup>9</sup> Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004 – “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

<sup>10</sup> “Reclamação. Cabimento. Afronta à decisão proferida na ADI n. 1662-SP. Sequestro de verbas públicas. Precatório. Vencimento do prazo para pagamento. Emenda Constitucional 30/00. Parágrafo 2º do artigo 100 da Constituição Federal.[...] Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o sequestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação”.

<sup>11</sup> Esclarecendo o caso: A ação direta de inconstitucionalidade n. 1662-7 foi proposta pelo Governador do Estado de São Paulo, em 1997, tendo por objeto a Instrução Normativa n. 11/97, do Tribunal Superior do Trabalho, que cuida da uniformização dos “procedimentos para a expedição de Precatórios e Ofícios requisitórios referentes às condenações decorrentes de decisões transitadas em julgado contra a União Federal (Administração Direta), Autarquias e Fundações”. Neste ato normativo impugnado, houve a equiparação à hipótese de preterição do direito de precedência, prevista, no art. 100, § 2º, da Constituição de 1988, a situação de não inclusão do débito no orçamento do ente público devedor e a de pagamento inidôneo (a menor ou realizado fora do prazo), de modo a permitir, nesses casos, o sequestro de verbas públicas para a quitação de dívidas judiciais trabalhistas. Contra essa autorização se insurgiu o autor da ação direta de inconstitucionalidade. No julgamento cautelar da ADI n. 1662, o Supremo Tribunal Federal determinou que “o constituinte de 1987-1988 não foi pródigo na autorização de sequestros, ao prever a sua efetivação exclusivamente para o caso de

preterimento do direito de precedência". Além do que suspendeu os efeitos dos itens III e XII da IN 11/97, sob o argumento de que "tanto a não-inclusão no orçamento da verba necessária ao pagamento dos precatórios como o seu pagamento a menor, por não estar atualizado ou porque feito fora do prazo, constituem-se em evidente descumprimento de ordem judicial, sujeitando o Estado infrator à intervenção federal, como expressamente prevê o inciso VI, do art. 34, da Constituição". Constatou também da ementa do julgado que "a equiparação promovida pela norma impugnada à hipótese de quebra da ordem cronológica 'cria, na verdade, nova modalidade de seqüestro, além da única prevista na Constituição (parte final do § 2º, do art. 100)'. Adotou-se, portanto, a exegese de que, tratando-se de débitos trabalhistas, de evidente natureza alimentar, somente se admite o saque forçado de verbas públicas na hipótese de comprovada preterição do direito de precedência." (Voto do Min. Maurício Corrêa. BRASIL, 2004a).

<sup>12</sup> Voto do Min. Maurício Corrêa (BRASIL, 2004a).

<sup>13</sup> "Fiscalização abstrata de constitucionalidade. Reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da validade constitucional da legislação do Estado do Piauí que definiu, para os fins do art. 100, § 3º, da Constituição, o significado de obrigação de pequeno valor. Decisão judicial, de que ora se reclama, que entendeu inconstitucional legislação, de idêntico conteúdo, editada pelo Estado de Sergipe. Alegado desrespeito ao julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Adi 2.868 (Piauí). Exame da questão relativa ao efeito transcendente dos motivos determinantes que dão suporte ao julgamento, 'in abstracto', de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Doutrina. Precedentes. Admissibilidade da reclamação. Medida cautelar deferida". (BRASIL, 2005c).

<sup>14</sup> Além da recriação dos dispositivos, suso mencionados, também se entende que a decisão que estende o efeito vinculante aos motivos determinantes recria o art. 469, I, do Código de Processo Civil, *in verbis*: "Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;"

<sup>15</sup> Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006 - Art. 1º.

<sup>16</sup> Exemplo disso, entre tantos, é a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.459-6, do Rio Grande do Sul, de 24/08/2005, em que foi decidido que: "Uma vez surgindo, como conseqüência do pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, normatização estranha ao Crivo da Casa legislativa, forçoso é concluir pela impossibilidade jurídica" (BRASIL, 2006).

## Referências

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: M. Fontes, 1991.

BAZÁN, Víctor. La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano. In: ANUÁRIO de derecho constitucional latinoamericano. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. 1 t.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Reclamação n. 1169-PR. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Curitiba, 6 mar. 2002. *Diário da Justiça*, Brasília, 31 maio 2002a.

\_\_\_\_\_. Reclamação n. 1987-DF. Relator: Ministro Mauricio Correa. Brasília, 1 out. 2003. *Diário da Justiça*, Brasília, 21 maio 2004a.

\_\_\_\_\_. Reclamação n. 2126-SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. São Paulo, 6 mar. 2002. *Diário da Justiça*, Brasília, 31 maio 2002b.

\_\_\_\_\_. Reclamação n. 2256-RN. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Natal, 11 set. 2003. *Diário da Justiça*, Brasília, 30 abr. 2004b.

\_\_\_\_\_. Reclamação n. 2363-PA. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Belém, 23 out. 2003. *Diário da Justiça*, Brasília, 1 abr. 2005a.

\_\_\_\_\_. Reclamação n. 2617- MG. Relator: Cezar Peluso. Belo Horizonte, 23 fev. 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, 20 maio 2005b.

\_\_\_\_\_. Reclamação n. 2986-SE. Relator: Ministro Celso de Mello. Acaraju, 11 mar. 2005. *Informativo do STF*, Brasília, n. 379, 2005c.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3854-DF. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 28 fev. 2007. *Diário da Justiça*, Brasília, 8 mar. 2007.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3459-RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Porto Alegre, 24 ago. 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, 7 abr. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário n. 219.934/SP. Relatora: Ministra Ellen Gracie. São Paulo, 13 out. 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, 26 nov. 2004c.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle constitucional de constitucionalidade no direito comparado*. Tradução de

- Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1992.
- CRISAFULLI, Vezio. Giustizia costituzionale e potere legislativo. In: STATO, popolo, governo: illusioni e delusioni costituzionale. Milano: Giuffrè, 1985.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1997.
- HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Direito constitucional*. Tradução de Carlos Souza. 27. ed. São Paulo: Manole, 2005.
- HELLER, Hermann. *Teoria del estado*. Tradução de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 1942.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 1992.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. 6 t.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no estado de direito: o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Almedina, 1990.
- REBUFFA, Giorgio. *La funzione giudiziaria*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 1993.
- SAGÜES, Nestor Pedro. *Derecho procesal constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. 1 t.
- SANTIVÁÑEZ, José A. Rivera. Supremacia constitucional y sistemas de control de constitucionalidad. In: OTSU, Susana Ynes Castañeda. (Org.). *Derecho procesal constitucional*. 2. ed. Lima: Jurista Editores, 2004. 1 t.
- SCHIMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. Tradução de Manule Sanchez Sarzo. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della corte costituzionale. In: SCRITTI su la giustizia costituzionale in onore di vezio crisafulli. Padova: CEDAM, 1985.
- STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi Contemporanea, 1992.
- \_\_\_\_\_. Il giudice per diritto ad per rovescio. *La Stampa*, Lunedì, 26 mar. 2003. Disponível: <<http://www.lastampa.it/redazione>>. Acesso em: 2007
- \_\_\_\_\_. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1977.
- \_\_\_\_\_. Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali. In: CORTE costituzionale: le sentenze della corte costituzionale e L'art. 81, U.C., della costituzione. atti del seminário svoltosi in Roma Palazzo della consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991. Milano: Giuffrè, 1993.