

DECISÕES INTERMEDIÁRIAS E A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA GERAL DO DIREITO

INTERMEDIARY DECISIONS AND THE CONTRIBUTION OF THEORY OF LAW

Recebido em:	10/11/2023
Aprovado em:	01/12/2023

RESUMO

Este artigo exporá uma relação entre Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito. O enfoque está nas decisões intermediárias ou manipulativas *lato sensu*, que surgem no regime jurídico do controle de constitucionalidade como meios de, simultaneamente, efetivar a deferência à hierarquia da Constituição com a tripartição funcional ou de “Poderes”. Para isso, necessário lidar sobre o juízo de inconstitucionalidade e suas consequências, e os postulados normativos que a Teoria Geral do Direito propõe como úteis às decisões intermediárias. Por fim, as classes mais gerais de decisões intermediárias serão expostas, com o fim de relacionar os itens anteriores e contribuir para uma sistematização maior da temática tratada.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Geral do Direito; Hermenêutica constitucional; Decisões intermediárias.

ABSTRACT

This article will expose a relation between Constitutional Law and Theory of Law. The focus is on intermediary or *lato sensu* manipulative decisions, which arise in the juridical regime of judicial review as means of simultaneously effecting deference to the hierarchy

of Constitution with the functional tripartition or of “Powers”. For this, it is necessary to deal with the judgment of unconstitutionality and its consequences, and the normative postulates that the Theory of Law proposes as useful for intermediary decisions. Finally, the most general classes of intermediary decisions will be expose, in order to relate the previous items and contribute to a greater systematization of the theme addressed.

KEYWORDS: *Theory of Law; Constitutional hermeneutics; Intermediary decisions.*

INTRODUÇÃO

Um descuido que toda pessoa que maneja a ciência tem de ter é o de manter a sobriedade das suas sínteses, isto é, não se valer do instrumental conceitual científico ao ponto de desprendê-lo das circunstâncias que pretende explicar ou conferir respostas. Sobre o assunto, Boaventura de Sousa Santos¹ faz referência à teoria de Thomas Samuel Kuhn ao expor que os paradigmas dominantes estão em crise, eis que a racionalidade científica não atende às expectativas e demandas sociais contemporâneas, havendo o que o autor chama de rombo a partir das teorias einsteinianas sobre Mecânica Quântica, o que deixou em evidência o distanciamento cada vez maior entre as Ciências e os seus objetos.

Dentro da síndrome do descolamento – este fundado no distanciamento citado – que está a Ciência do Direito. Uma identificação histórica trazida por Antonio Junqueira de Azevedo² é no sentido de que os paradigmas jurídicos têm em comum a distância entre o que a comunidade jurídica pretendia com a instauração de um novo modelo e o que, sinteticamente, o tempo da sociedade constituiu, modificou ou extinguiu nas bases juscientíficas.

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 13. ed. Porto: Afrontamento, 2002, pp. 23 e ss.

² JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *O direito pós-moderno e a codificação*. In JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 57-58.

Conforme texto escrito³, o Brasil está sob a égide do paradigma do juiz, o que está inserto em um movimento que ocorre destacadamente nas chamadas democracias tardias, nas quais há fragmentação política, intensa deslegitimidade dos “Poderes” majoritários (Executivo e Legislativo) e ascensão da função estatal judiciária no exercício da jurisdição constitucional. Pode-se dizer que o paradigma do juiz contemporâneo que vigora no Brasil e noutros países que se identificam – com maior ou menor contraste – com as características citadas a Era dos Tribunais.

Dentro da Era dos Tribunais que muito se debate a jurisdição constitucional, função voltada à solução de caso levado a órgão ou ente titular essencialmente jurisdicional, que concretiza os desideratos constitucionais em situações nas quais há efetivo ou potencial conflito de interesses (= contenda subjetiva) ou normativo (= contenda objetiva)⁴.

Sobre as mudanças de paradigmas relacionados à separação em “Poderes”, Luís Roberto Barroso leciona:

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado na experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais. Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, tribunais constitucionais foram criados em toda a Europa continental. Atualmente, além do Reino Unido, somente Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de judicial review. O caso francês é objeto de menção à parte⁵.

³ PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. Um breve histórico dos paradigmas do acesso à justiça. *Revista de Direito Público Contemporâneo*, Rio de Janeiro e Caracas, a. 3, v. 1, n. 2, jul./dez. de 2019, pp. 147-151. Disponível em: <http://www.rdpc.com.br/index.php/rdpc/article/view/79>. Acesso em 25 mar. 2023.

⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 119-121; PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de; MINHOTO, Vinicius Marinho. *Sistema, código e Processo Constitucional*. In TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda. *Um Código de Processo Constitucional para o Brasil*. Belo Horizonte: Arraes, 2021, p. 76.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 257.

Com essa vitória contemporânea de Hans Kelsen frente ao *fürherprinzip* de Carl Schmitt é que se identifica não apenas a expectativa na função judiciária (principalmente a constitucional) a última voz do Direito, mas que essa expansão torna-se intromissão nas demais funções estatais. Tal intromissão é considerada por Elival da Silva Ramos como ativismo judicial, “o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”⁶.

Embora não seja um problema originado do Direito Constitucional, o fato de tal matéria analisar um diploma jurídico-político (ou político-jurídico, se pensar de onde se origina o Direito) e tratar das zonas de fronteiras entre o fenômeno jurídico e os demais sistemas sociais leva à tona o conflito entre Direito e Política, bem como daquele com outros sistemas, p. ex., a Economia e a Religião. Tal problema será denominado como problema hermenêutico, eis que o Direito contemporâneo recebe a alcunha de discursivo, conferindo à interpretação jurídica todo um dedicado estudo, especialmente sob as lentes judiciais constitucionais.

O problema hermenêutico tem seu instrumental responsivo desenvolvido no Direito Constitucional, mas tem sua origem na Teoria Geral do Direito (TGD)⁷. Tal constatação servirá de orientação no desenvolvimento das linhas a seguir, porquanto todo o autodenominado arcabouço novo do Direito Constitucional tem piso na Teoria Geral do Direito, apesar de não ser ver essa tributação de uma seara acadêmica a outra.

E o problema hermenêutico sob as lentes constitucionais jurisdicionais tem como uma das suas constatações a citada expansão de um “Poder” sobre os demais, o que leva – não apenas – o controle de constitucionalidade a novos níveis, inclusive a um início insalubre às instituições políticas, em razão do intervencionismo judicial na vida política das demais funções, mas que mostra rumos intermediários.

E nesse quadro de tensão essencial que tem como cerne o debate da tripartição funcional do Poder do Estado que este texto tratará do caminho intermediário adotado

⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. Cit., p. 141.

⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. Cit., pp. 31 e ss.

pela Era dos Tribunais. Serão analisadas as decisões intermediárias, chamadas também de decisões manipulativas *lato sensu*, fundando-se na classificação adotada por Carlos Blanco de Moraes⁸, Riccardo Guastini⁹ e Elival da Silva Ramos¹⁰.

Um primeiro item relativo ao tema das decisões intermediárias será uma retomada do juízo de inconstitucionalidade, que tem como arquétipo tradicional (e muitas vezes entendido como único) o expurgo de determinado ato do sistema jurídico, algo que se liga mais à denominada feição objetiva da jurisdição constitucional (conflito objetivo ou normativo), mas que surge no conflito subjetivo ante a necessidade de lidar com atos estatais ou particulares cuja constitucionalidade é questionada de forma concreta-incidental¹¹.

Ainda sobre o primeiro item, este tratará da necessidade de incrementar no paradigma do controle de constitucionalidade a inclusão de decisões que mantêm e modificam algo, ou seja, que conservam a fonte normativa questionada, todavia a ela confere interpretação consoante as normas constitucionais.

O segundo item será destinado à contribuição que a Teoria Geral do Direito para as decisões intermediárias, eis que o Direito como um todo é discursivo, mais focado na interpretação. Com certo teor arbitrário, eis que a mente humana pode pensar noutros contributos, serão selecionados alguns pontos de partidas que são evidentes na Hermenêutica Constitucional.

O terceiro item será destinado à identificação das espécies de decisões intermédias, sendo elas divididas em duas espécies, (i) as decisões manipulativas (também manipulativas *stricto sensu*), que se subdividem em (i.a) aditivas, e (i.b) substitutivas; e (ii) as decisões interpretativas, estas subdividas em (ii.a) de rejeição ou improcedência de pleito (= interpretação conforme a Constituição), e (ii.b) de acolhimento

⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos*. In MORAIS, Carlos Blanco de; et. al. *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009, pp. 15 e ss.

⁹ GUASTINI, Riccardo. *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 63-67.

¹⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. Cit., pp. 212-213.

¹¹ Em suma, jurisdição constitucional não se esgota no controle de constitucionalidade, porquanto há exteriorização dela através do instrumental das garantias de interesses jurídicos fundamentais.

ou procedência de pleito (= decretação parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto).

A abordagem das espécies tidas como mais tradicionais, não se ignorando a existência de subespécies mais detalhadas, p. ex., as técnicas de apelo ao legislador, de trânsito para a inconstitucionalidade (ou inconstitucionalidade progressiva ou superveniente), das decisões aditivas de princípio, aditivas de garantia, aditivas de prestação etc.¹².

Metodologicamente, o texto será preceptivo e terá embates de literatura resgatada, bem como de decisões judiciais e centralidade em aspectos qualitativos acerca do tema das decisões intermediárias.

2 INCONSTITUCIONALIDADE E SEU JUÍZO DE VALIDADE: DA TRADIÇÃO À SOFISTICAÇÃO

Em monografia voltada a contribuir para o controle de constitucionalidade, particularmente para a sua história, Mario Battaglini¹³ trata desde a Antiguidade até a contemporaneidade indícios de que os sistemas jurídicos eram dotados de instrumentos com superioridade hierárquica em relação a demais atos. Essa visão escalonada que se tornou mais visível com a Pirâmide de Kelsen, esta elaborada por Merkl sempre existiu, segundo o autor italiano¹⁴, inexistindo os mecanismos modernos e contemporâneos utilizados para garantir essa higidez sistêmica.

Ao tratar dos modelos inaugurados com a primeira Constituição positivada, a Constituição dos EUA (1787), Mario Battaglini¹⁵ parte da ideia de que todos esses sistemas têm como mecanismo sancionatório do controle de constitucionalidade a

¹² Sobre isso, vide nota n. 35 de BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, jun./2019, p. 312;

¹³ BATTAGLINI, Mario. *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*. Milano: A. Giuffrè, 1957, pp. 1-2.

¹⁴ BATTAGLINI, Mario. *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*. Cit., p. 2.

¹⁵ BATTAGLINI, Mario. *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*. Cit., pp. 33 e ss.

invalidação como desconstituição do ato questionado, retirando-lhe toda e qualquer juridicidade. É dizer: o autor concebe o controle de constitucionalidade tendo como única sanção a invalidação desconstitutiva do ato questionado e reputado inconstitucional.

Na mesma entoadada de tratar como sinônimas a sanção de inconstitucionalidade com a sua desconstituição, Regina Maria Macedo Nery Ferrari¹⁶ estuda a teoria das invalidades, colocando que todo ato jurídico tem uma duração, um tempo de vigor, sendo a revogação uma forma de extinguir o ato e seus efeitos, bem como a inconstitucionalidade outra forma. Por isso que a autora leciona que “quando falamos em nulidade o fazemos no sentido de que a norma, violando dispositivos legais superiores, padece de invalidade, o que acarreta sua anulabilidade, consistindo, (...), em uma tutela do ordenamento jurídico”¹⁷, concluindo que inconstitucionalidade incorre no desaparecimento do ato questionado¹⁸.

A visão da sanção desconstitutiva como única reação do Direito a um ato inconstitucional não é errada. Trata-se de um patamar histórico que não foi superado, mas, como ensina Thomas Samuel Kuhn¹⁹, recebe operações de acabamento, o que consiste na constituição, modificação ou extinção de instrumentais científicos sem alterar o paradigma adotado. Em suma, trata-se não de ruptura com o juízo de inconstitucionalidade, mas na concepção histórica que não corresponde totalmente com a contemporânea, porquanto, como antecipado, há meios intermediários que tutela a supremacia constitucional sem que haja fulminação do ato questionado.

Assinalados sinais de crise entre os “Poderes”, instrumental adequado surge para harmonizar a tutela da Constituição como um todo, inclusive da própria tripartição funcional. Expõe Elival da Silva Ramos:

nos mais diversos sistemas de fiscalização de constitucionalidade, independentemente do modelo seguido, têm vicejado modalidades de decisões de controle que importam, em alguma medida, na interferência sobre o conteúdo

¹⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990, pp. 78-79.

¹⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. Cit., p. 79.

¹⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. Cit., p. 80.

¹⁹ KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2003, pp. 57 e ss.

normativo dos dispositivos legis fiscalizados, logrando impor aos operadores e destinatários do sistema jurídico determinadas variantes interpretativas ou efeitos, em detrimento de outros que, *prima facie*, deles também se poderiam extrair²⁰.

Surge a via intermediária no controle de constitucionalidade, instituindo-se um meio termo entre a constitucionalidade declarada e a sanção até então existente, a decretação da inconstitucionalidade com o desfazimento do ato questionado. Essa via intermédia reflete as sanções do controle, meios vários através dos quais há reação constitucional perante atos desconformes com os requisitos de validade da Lei Fundamental.

Sob a óptica contemporânea, a noção de sanção na fiscalização de constitucionalidade ganhou pluralidade. O assoberbamento judiciário fundado no paradigma do juiz levou a operações de acabamento que resultaram na elaboração de arcabouço sofisticado e intermédio, o qual está entre a declaração da compatibilidade e a decretação da incompatibilidade com a Constituição²¹.

Apesar do desenvolvimento das decisões intermédias, tal fenômeno não é tão tratado no Brasil, em consonância com endosso de André Luiz Maluf Chaves e Thiago Rodrigues-Pereira: “Em que pese o grande esforço da doutrina e da jurisprudência, podemos perceber que o Direito brasileiro ainda está engatinhando nesse fascinante tema, de modo que inúmeras questões perduram sem respostas satisfatórias”²².

3 ALGUNS POSTULADOS NORMATIVOS DA TEORIA GERAL DO DIREITO PARA A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

²⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. Cit., p. 213.

²¹ CASTRO, Bernardo de. As sentenças de interpretação conforme à Constituição. Análise dos limites jurídico-funcionais do Tribunal Constitucional nas relações com as demais jurisdições. *e-Pública*, v. 3, n. 2, nov./2016, p. 234; BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. Cit., p. 298.

²² CHAVES, André Luiz Maluf; RODRIGUES-PEREIRA, Thiago. Sentenças aditivas no direito italiano e a sua viabilidade na jurisdição constitucional brasileira. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, ano 7, n. 2, jul.-dez./2014, p. 168.

Houve menção a pontos de partida, que são concebidos terminologicamente a partir da contribuição de Humberto Ávila²³ não apenas para o Direito Público, mas para a Teoria Geral do Direito. Ao contrário de regras e princípios, existem metanormas, as quais não estão topograficamente em superioridade às classes normativas clássicas, mas que têm funcionalidade distinta, qual seja, a de orientação de aplicação de outras espécies normativas²⁴.

Consoante Humberto Ávila²⁵, os postulados são normas voltadas à compreensão do interior do sistema jurídico em sua abstração ou à aplicação normativa *in concreto*. É tal premissa conceitual que orientará a fixação das orientações aplicativas a seguir e que servem de base às decisões intermediárias.

O primeiro postulado envolve a distinção entre texto e norma, ou, melhor dizendo, a diferenciação entre fonte do Direito e norma jurídica. Hans Kelsen já delineava a diferenciação ao explicar o seguinte:

A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa²⁶.

Normas jurídicas consistem no resultado da interpretação das fontes jurídicas, ou seja, são o sentido construído a partir da compreensão interpretativa daquelas reputadas como origens do Direito²⁷.

Apesar de haver certa mescla entre antecedente e consequente, fonte e norma diferem, o que faz com que a sanção tradicional do controle de constitucionalidade, que ataca a fonte, seja agregada por outro instrumento sancionatório, este relacionado não à fonte em si, mas ao plexo de normas que dela se extraem.

²³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

²⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Cit., p. 164.

²⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Cit., p. 163.

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003, p. 4.

²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Cit., p. 50. No mesmo sentido, vide KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Cit., p. 4; GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, pp. 39-41.

A distinção acima não é do Direito Constitucional, mas da Teoria Geral do Direito. Embora tenha grande atuação no Direito Público, Hans Kelsen desenvolve sua teoria da norma como contributo ao Direito como um todo, independentemente do segmento dentro (ou fora) da *summa divisio*.

Como destaca Carlos Camillo²⁸ acerca da TGD, esta matéria está incumbida de analisar uma visão totalizante do Direito, identificando e desenvolvendo categorias comuns a todas as áreas jurídicas, em menor ou maior incidência. E é dentro de sua obra voltada à TGD que o autor expõe uma visão predominante na contemporaneidade, a visão sistemática, bem como concebe o ordenamento como um conjunto normativo, de normas jurídicas²⁹.

Um segundo postulado a ser tratado é definido sob a óptica constitucional de máximo aproveitamento dos atos normativos³⁰. Na verdade, tal postulado é desenvolvido na Teoria Geral do Direito, atribuindo-se os detalhes dos atos do Direito Constitucional.

O cerne conceitual é a conservação do ato reputado inválido, que tem como mote algumas colocações trazidas por Marcos Bernardes de Mello³¹: (i) o fim de todo fato jurídico ser a produção de efeitos de Direito; (ii) é possível segregar trechos inválidos de válidos, separando-se aqueles para que estes produzam os efeitos jurídicos; e (iii) a invalidade não contagia a totalidade do ato, a não ser que haja unidade estrutural ou de sentido.

Vê-se que o debate acerca da constitucionalidade é levado ao arcabouço teórico geral sob as lentes da teoria das invalidades, que tem uma das suas espécies a

²⁸ CAMILLO, Carlos. *Manual da Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Almedina, 2019, pp. 9-10.

²⁹ CAMILLO, Carlos. *Manual da Teoria Geral do Direito*. Cit., pp. 229 e ss.

³⁰ Vide RIBEIRO, Júlio de Melo. Interpretação conforme à Constituição: a lei fundamental como vetor hermenêutico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 184, out.-dez./2009, p. 160. J. J. Gomes Canotilho define como conservação das normas jurídicas, incluindo tal norma como parte decorrente da Hermenêutica Constitucional (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional: teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1226).

³¹ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 114-119.

inconstitucionalidade. Soma-se a tal percepção geral a ideia trazida pela TGD de que todo fato jurídico, evento ou conduta, tem como fim a produção dos efeitos jurídicos³².

Embora trate do negócio jurídico e sua conversão substancial, cabíveis as colocações de João Alberto Schützer Del Nero³³ de que o papel daquele sujeito que exerce a qualificação jurídica é de identificar o fato social sob a óptica do Direito e, caso haja correspondência, usar do instrumental jurídico para que esse fato social juridicizado alcance o seu fim, que é a produção de efeitos jurídicos. Segundo o professor do Largo São Francisco, o ato de conversão substancial modifica e mantém o negócio³⁴. E tais colocações ocorrem na aplicação da TGD ao negócio jurídico, não do Direito Civil, não do Direito Constitucional.

Utilizando-se do entendimento acima que se chega ao postulado da conservação do ato jurídico (que passa pelo plano da validade), que envolve a conservação do seu fim e do seu sentido, desde que modificados determinados dados seus e que são incompatíveis com requisitos de validade estatuídos no ordenamento jurídico³⁵. E tal postulado contribui para o caso das decisões intermédias, porquanto elas conservam a fonte jurídica, desde que dela emanem as normas jurídicas constitucionalmente compatíveis.

Como decorrência do postulado da conservação que surgem alguns critérios, estes ligados à visão de modificação do ato jurídico. São eles sintetizados³⁶: (i) da separação do que inválido em relação ao que válido; e (ii) o não comprometimento do sentido do ato. Embora nem de todo ato seja exigida a invalidade parcial (relativa ao primeiro critério), o essencial é que não seja eivado de invalidade em sua essência,

³² BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 175 e ss.

³³ DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 293 e ss.

³⁴ DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Cit., pp. 293-297.

³⁵ DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Cit., pp. 293-294.

³⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *(Parecer) Nulidade parcial de ato normativo. Lei parcialmente inconstitucional. Utile per inutile non vitiatur. Certeza e segurança jurídica. Eficácia ex nunc de jurisprudência quando há reviravolta de jurisprudência consolidada. Aplicação da boa-fé objetiva ao Poder Público*. In JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 15-18; BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. Cit., pp. 114-119.

separando-se da fonte questionada aquilo que é possível extirpar sem comprometer a unidade de sentido, o que remete ao segundo critério.

Ao se falar de decisões intermédias, estas, inevitavelmente, afetam o sentido do ato questionado perante a jurisdição constitucional, a qual interpreta a fonte com certa disparidade semântica, particularmente em relação às decisões manipulativas *stricto sensu*.

Adotando-se o método normativo-estruturante, muito desenvolvido por Friedrich Müller³⁷, o programa normativo tem como ponto de partida o elemento literal ou gramatical, construindo-se o sentido normativo a partir do contexto que inserto o ato (o âmbito normativo) e do uso dos demais elementos (mais chamados de métodos interpretativos clássicos)³⁸. Dentro desse processo circular (na verdade, espiralar) é que não se deve fugir do ponto de partida, o que leva à concretização às decisões intermédias do postulado da conservação em relação à manutenção do sentido, isto é, embora mudem sentidos das fontes jurídicas questionadas mediante manejo do controle de constitucionalidade, existem termos inaugurais indelévels.

4 A VIA INTERMEDIÁRIA: AS DECISÕES INTERMEDIÁRIAS

Sob um sentido amplo, as decisões intermédias podem ser compreendidas como manipulativas em sentido largo, porquanto envolvem o assento normativo formal na Constituição ou na legislação ordinária ou até em razão da praxe jurisprudencial judicial. E são definidas como manipulativas em razão da existência de alternativas exegéticas, algumas voltadas a conservar o ato interpretado, mantendo-o dentro da moldura jurídica, outras, não³⁹. Também, podem ser consideradas sob o gênero interpretações conforme à

³⁷ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008.

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional: teoria da constituição*. Cit., p. 1213.

³⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos*. Cit., p. 17; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. Cit., p. 214; BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade*. Cit., pp. 299-301.

Constituição, porquanto o assento é constitucional e todas as técnicas a seguir envolvem a compatibilização pela via hermenêutica de uma fonte em relação aos requisitos de validade estatuídos pela Constituição.

Interpretativas são a espécie de decisão intermédia condicionada a manifestação judicial, de acolhimento ou rejeição, concebendo-se proposta interpretativa (ou propostas interpretativas) em consonância com a Constituição, eliminando-se sentidos inconstitucionais de certa fonte jurídica cuja constitucionalidade é posta em dúvida⁴⁰.

Do conceito adotado que se extraem as duas espécies de decisões interpretativas: (i) as de rejeição da pretensão processual autoral (ou pedido), que consiste na interpretação conforme à Constituição; e (ii) as de acolhimento da pretensão processual autoral (ou pedido), que consiste na decretação parcial de inconstitucionalidade sem redução textual.

Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello explicam que interpretação conforme à Constituição “é uma técnica de controle de constitucionalidade aplicável quando um comando normativo comporta mais de uma interpretação plausível. Tem o objetivo de compatibilizar o sentido da norma com a Constituição”⁴¹. Trata-se de técnica interpretativa por meio da qual é acolhida determinada norma extraída de certa fonte infraconstitucional, a fim de tanto conservá-la e compatibilizá-la em relação ao texto constitucional⁴².

Fazendo remissão à teoria de Friedrich Müller⁴³ – relativa aos elementos interpretativos (denominados de técnicas tradicionais de interpretação) -, Karl Larenz⁴⁴

⁴⁰ CASTRO, Bernardo de. As sentenças de interpretação conforme à Constituição. Análise dos limites jurídico-funcionais do Tribunal Constitucional nas relações com as demais jurisdições. Cit., pp. 238-239; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. Cit., p. 215; GUASTINI, Riccardo. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Cit., pp. 63-64.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. Cit., p. 303.

⁴² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. Cit., pp. 215-216; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 327.

⁴³ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Cit., pp. 85 e ss.

⁴⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 479.

explana que a Corte Constitucional alemã utilizou da técnica da interpretação conforme à Constituição e expõe que ela envolve um grau intermediária através do qual a fonte questionada resta conservada se, por meio dos métodos de interpretação tradicionais, encontrada uma ou algumas interpretações compatíveis com a Constituição. É dizer:

Declarou em muitos acórdãos que uma disposição só é inconstitucional e, portanto, inválida, quando não pode ser interpretada «em conformidade com a Constituição». Examina-se, por conseguinte, em primeiro lugar se uma interpretação, reconhecida como inconstitucional, é, de acordo com os «métodos de interpretação tradicionais», a única possível» - e então a disposição é inválida - ou se também é possível que resulte uma interpretação conforme à Constituição. Se uma interpretação, que não contradiz os princípios da Constituição, é possível segundo os demais critérios de interpretação, há-de preferir-se a qualquer outra em que a disposição viesse a ser inconstitucional. A disposição é então, nesta interpretação, válida. Disto decorre, então, que de entre várias interpretações possíveis segundo os demais critérios sempre obtém preferência aquela que melhor concorde com os princípios da Constituição. «Conformidade à Constituição» é portanto, um critério de interpretação⁴⁵.

Extraí-se do acervo doutrinário que são os seguintes elementos para identificação da técnica da interpretação conforme à Constituição ⁴⁶: (i) pluralidade de sentidos extraídos da fonte jurídica cuja validade (na espécie constitucionalidade) é questionada; (ii) a existência de norma ou normas em conformidade e em desconformidade com a Constituição; e (iii) já na sua aplicação, a escolha de qual ou quais sentidos devem ser aplicados pelas instâncias judiciárias ou administrativas.

Toma-se de exemplo a aplicação da técnica da interpretação conforme o resultado acerca do inciso XX do art. 53 da Constituição do Rio Grande do Sul, que enuncia que compete à Assembleia Legislativa “solicitar informações aos Poderes Executivo e Judiciário, por escrito, nos termos da lei, sobre fatos relacionados com cada um deles e sobre matéria legislativa em tramitação na Assembléia Legislativa ou sujeita a fiscalização desta” (*sic*).

⁴⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Cit., pp. 479-480.

⁴⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Cit., pp. 479-483; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. Cit., pp. 216-217; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Cit., pp. 298-299; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. Cit., pp. 328-329.

Na ADI n. 134, sob relatoria do ministro Maurício Corrêa, o desfecho em relação ao dispositivo acima envolveu a identificação dos sentidos e a fixação de um deles como meio intermediário de conservar a fonte constitucional estadual de um lado e conservar a unidade constitucional nacional de outro. De acordo com voto do ministro Sepúlveda Pertence, o referido inciso da Lei Fundamental estadual não contradiz ao que enunciado no art. 50, § 2º da Constituição do Brasil, ainda mais sob as lentes de que os “Poderes”, embora “independentes e harmônicos entre si” (art. 2º CRFB/1988), exercem fiscalização mútua. Dessa ideia que o STF captou dois sentidos do inciso XX do art. 53 CERS: (i) um que envolve ampla fiscalização sobre o Executivo e o Judiciário; e (ii) uma que envolve alargada fiscalização sobre o Executivo, mas limitada fiscalização sobre o Judiciário, excluindo-se desse poder policial os atos jurisdicionais, mas incluindo questões econômico-financeiras, em especial através dos Tribunais de Contas.

Vê-se a aplicação do instituto da interpretação conforme à Constituição no caso da ADI n. 134 quando o Supremo Tribunal Federal identifica pluralidade de sentidos extraídos da fonte questionada (art. 53, XX CERS), sendo uma incompatível e outra compatível com a Lei Fundamental brasileira, e escolhe a segunda como intermédio que presta simultânea deferência ao Constituinte local e ao Constituinte nacional.

Por outro lado, destaca-se como outra espécie de decisão interpretativa a decretação parcial de inconstitucionalidade sem redução textual, que parcela doutrinária define como declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto⁴⁷.

Elival da Silva Ramos define que as decisões interpretativas de acolhimento “sancionam com inconstitucionalidade parcial qualitativa o ato legislativo controlado, restringindo a sanção de invalidade não a alguns de seus dispositivos (...), mas a determinadas variantes interpretativas”⁴⁸.

⁴⁷ Vide, p. ex., BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. Cit., pp. 305-306; CHAVES, André Luiz Maluf; RODRIGUES-PEREIRA, Thiago. Sentenças aditivas no direito italiano e a sua viabilidade na jurisdição constitucional brasileira. Cit., p. 184; CASTRO, Bernardo de. As sentenças de interpretação conforme à Constituição. Análise dos limites jurídico-funcionais do Tribunal Constitucional nas relações com as demais jurisdições. Cit., p. 239.

⁴⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. Cit., p. 218.

Sob a óptica de Gilmar Ferreira Mendes ⁴⁹, a decretação parcial de inconstitucionalidade sem redução textual consiste em técnica judicial por meio da qual mantém-se a fonte jurídica controlada mediante afastamento de um ou uma constelação de hipóteses, aplicando-se o que decidido a todo fato que não excluído (e que esteja no campo de incidência normativa).

O caso da ADPF n. 54, que encontrou seu desfecho no STF em 2012, pode ser exemplo de aplicação da decisão de acolhimento. No caso, a Corte Constitucional decidira em julgar o pleito então deduzido procedente “para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”. Posteriormente, constou no teor deliberado:

Como relatado, Sr. Presidente, o pedido deduzido, nesta ação de controle concentrado, é de interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, dos arts. 124, 126, caput, e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-lei 2848, de 1940 -, à compreensão de que inconstitucional a exegese que enquadra no crime de aborto a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

Vê-se que o resultado acabou por envolver a retirada da situação de feto anencéfalo da hipótese de incidência da norma extraída dos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal brasileiro, o que significa a retirada de determinada hipótese fática do âmbito normativo construído, retirando-se do campo de incidência da norma penal em razão de uma decisão em sede de controle de compatibilidade.

Apesar de eventuais mesclas entre ambas as técnicas⁵⁰, o legislador brasileiro optou por diferenciar as categorias de decisões interpretativas, enunciando na lei n. 9.868/1999 o seguinte:

Art. 28. (...).

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.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. Cit., pp. 302.

⁵⁰ Sobre o tema, vide BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. Cit., pp. 305-306.

Feitas considerações relativas às decisões interpretativas, atenta-se agora às decisões manipulativas *stricto sensu*, que são (i) aditivas; e (ii) substitutivas.

Jorge Miranda explica o seguinte sobre as decisões aditivas, tidas como manipulativas ou modificativas:

Nas decisões aditivas (também tidas modificativas ou manipulativas) a inconstitucionalidade detetada não reside tanto naquilo que a norma preceitua quanto naquilo que ela não preceitua; ou, por outras palavras, a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E então, o órgão de fiscalização acrescenta esse elemento que falta (e, acrescentando, modifica a norma)⁵¹.

Ne mesma esteira de que há uma relação entre omissão inconstitucional e acréscimo de conteúdo normativo no espaço deixado, o jurista italiano Riccardo Guastini leciona que “sentencias que suelen llamarse «aditivas» son aquellas en las cuales la Corte delcara la ilegitimidad constitucional de una disposición dada, en la parte en que no expresa certa norma (que debería expresar para ser conforme com la Constitución)”⁵².

De origem italiana⁵³, a decisão manipulativa aditiva consiste em técnica voltada a conservar a fonte jurídica fiscalizada mediante a identificação de omissão inconstitucional e sua demolição, que é seguida da construção ou adjunção de um conteúdo constitucional⁵⁴.

⁵¹ MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 91.

⁵² GUASTINI, Riccardo. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Cit., p. 65.

⁵³ Sobre o tema, vide MORAIS, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos*. Cit., pp. 21 e ss.; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. Cit., p. 410; CHAVES, André Luiz Maluf; RODRIGUES-PEREIRA, Thiago. *Sentenças aditivas no direito italiano e a sua viabilidade na jurisdição constitucional brasileira*. Cit., pp. 174-175.

⁵⁴ GUASTINI, Riccardo. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Cit., p. 65; BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade*. Cit., p. 311; MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da constitucionalidade*. Cit., p. 92; CHAVES, André Luiz Maluf; RODRIGUES-PEREIRA, Thiago. *Sentenças aditivas no direito italiano e a sua viabilidade na jurisdição constitucional brasileira*. Cit., p. 177; MORAIS, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos*. Cit., p. 34; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. Cit., p. 221.

Como ponderam Elival da Silva Ramos⁵⁵, Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello⁵⁶, duas etapas subjazem às decisões aditivas: (i) ablativa ou demolitória, que envolve a identificação e a supressão do trecho tido como omissis (a norma negativa); e, após, (ii) reconstitutiva ou adjuntiva, que consiste na adição do conteúdo conforme à Constituição no espaço normativo deixado pela demolição ocorrida.

No RE n. 641.320/RS, o Supremo Tribunal Federal aplicou a técnica da decisão aditiva a situação que tratou de regime penal em situação de ausência de local adequado para o seu cumprimento. Ao reconhecer não apenas o distanciamento entre o que estatuído na Lei de Execuções Penais (lei n. 7.210/1984), reconheceu-se incompatibilidade de trecho do art. 33, § 1º - alíneas 'b' e 'c' - com a Constituição de 1988, determinando-se aos órgãos de execução penal e juízos penais conteúdo além daquele constante nos enunciados legais questionados:

a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; **b)** os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto; art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”); **c)** havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: **(i)** a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; **(ii)** a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; **(iii)** o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida prisão domiciliar ao sentenciado.

Veja-se que houve acréscimo onde o texto legal enunciava tão somente colônia agrícola e casa de albergado, determinando-se o manejo de instrumentos processuais penais ligados aos regimes semiaberto e aberto para atendimento, dentre vários, dos desideratos constitucionais da legalidade penal (art. 5º, XXXIX), da garantia à integridade psicofísica da pessoa presa (art. 5º, XLIX) e, inclusive, ao que fixado na orientação gizada na súmula vinculante n. 57 (“O princípio constitucional da individualização da pena impõe

⁵⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. Cit., p. 221.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. Cit., p. 311.

seja esta cumprida pelo condenado, em regime mais benéfico, aberto ou domiciliar, inexistindo vaga em estabelecimento adequado, no local da execução”).

Por sua vez, Carlos Blanco de Moraes define as decisões substitutivas a partir da seguinte explanação:

Pressupondo que o legislador deva prever uma coisa e acabe por prever outra diversa que se mostra desconforme com a Constituição, estas sentenças [substitutivas] procedem à substituição do segmento normativo contrário à Lei Fundamental por outro que lhe seja afeiçoado⁵⁷.

Gilmar Ferreira Mendes coloca que as decisões de efeito substitutivo são aquelas que “o juízo constitucional declara a inconstitucionalidade da parte em que a lei estabelece determinada disciplina ao invés de outra, substituindo a disciplina advinda do poder legislativo por outra, consentânea com o parâmetro constitucional”⁵⁸.

Em suma, decisão substitutiva trata-se de técnica decisional voltada a conservar a fonte jurídica fiscalizada mediante a decretação da inconstitucionalidade do que uma fonte jurídica disciplina (e não pelo que omite) com a consequente substituição da disciplina invalidada por uma que é deferente à Constituição⁵⁹.

Em relação a etapas, vê-se também duas⁶⁰: (i) a declaração da atitude comissiva ao disciplinar determinada matéria em desconformidade com a Constituição (ou norma positiva), decretando tal trecho inconstitucional; e (ii) a substituição da disciplina tida como inconstitucional por uma compatível com as normas constitucionais.

Caso no qual houve aplicação da técnica substitutiva pelo STF foi na ADI n. 4.424, que tratou do regime processual penal da lesão corporal oriunda de violência doméstica contra a mulher, inclusive com análise da lei n. 11.340/2006, a Lei Maria da Penha. No teor

⁵⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos*. Cit., p. 72.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. Cit., p. 410.

⁵⁹ GUASTINI, Riccardo. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Cit., p. 66; BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. Cit., p. 315; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. Cit., p. 227; MORAIS, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos*. Cit., p. 72.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. Cit., pp. 315-316; MORAIS, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos*. Cit., pp. 71-72; GUASTINI, Riccardo. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Cit., p. 66.

da decisão constou que o teor do inciso I do art. 12 e do art. 16, que determinavam a “ação” penal como pública condicionada, deveriam ser interpretados de outra maneira, constando no desfecho ementado que “A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”.

Em pesquisa sobre a decisão na ADI n. 4.424, Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello explicam o porquê da postura substitutiva da Corte Constitucional brasileira:

O Tribunal ponderou que dados empíricos indicavam que o número de representações na hipótese era ínfimo, e que tal estado de coisas se devia à esperança da vítima de que a violência não voltasse a acontecer (o que geralmente enseja sua reiteração com maior gravidade), à situação de desigualdade entre homens e mulheres inclusive no âmbito doméstico, ao medo de retaliação e aos próprios danos emocionais que a situação de reiterada subordinação e violência é capaz de gerar.

Por isso, sujeitar a ação estatal, no caso, à vontade da vítima, corresponderia a violar a dignidade humana e o direito à igualdade da mulher, bem como implicaria desrespeito ao dever estatal de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º, da CF/1988), ensejando, ainda, desrespeito ao princípio da proporcionalidade por proteção deficiente.

(...)

Com base nesses argumentos, o Supremo Tribunal Federal não apenas declarou a inconstitucionalidade das normas que previam, no caso, a ação penal condicionada a representação, mas supriu o vácuo deixado pela declaração de inconstitucionalidade da previsão, de modo a determinar que, na hipótese, o ilícito se sujeitaria à ação penal pública incondicionada justamente porque somente essa modalidade de ação penal estaria apta a promover a adequada concretização das normas constitucionais em questão⁶¹.

Apesar de não constarem expressamente no ordenamento legal, a doutrina – que muito tem de prática em razão da atuação na advocacia pública⁶² ou no judiciário brasileiros⁶³ - tende a reconhecer que as decisões manipulativas seriam uma espécie de um grande gênero denominado interpretação conforme à Constituição (no qual teriam como outra espécie as decisões interpretativas), o que atrai a possibilidade de modular os

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. Cit., pp. 317-318.

⁶² Vide, p. ex., Elival da Silva Ramos ().

⁶³ Vide, p. ex., Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. Cit., pp. 300 e ss.) e Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. Cit., p. 410).

efeitos na forma do que enunciado no art. 28 da lei n. 9.868, bem como de acordo com o teor do art. 927, §§ 3º e 4º do CPC/2015.

CONCLUSÃO

Embora haja enfoque e berço na teoria constitucional, o fato de o Direito ser um só sistema mitiga as fronteiras de autonomia acadêmica das disciplinas, fazendo com que, p. ex., a Teoria Geral do Direito contribua para a Hermenêutica Constitucional, ou, melhor dizendo, identifiquem-se nesta seara contributos daquela.

O ponto de partida é a inconstitucionalidade e seu juízo. Não se deve confundir a primeira categoria jurídica com a segunda, porquanto nem toda inconstitucionalidade leva à sua decretação fulminante, isto é, nem todo ato inconstitucional é extirpado do sistema jurídico. Qualidade (invalidade) e consequência (desconstituição) nem sempre se associam sob as lentes contemporâneas, ainda mais em tempos de ascensão judiciária.

Surgem os postulados normativos da Teoria Geral do Direito como diretrizes a serem seguidas no Direito Constitucional contemporâneo, a fim de conciliar a supremacia da Constituição, contemporaneamente atribuída ao Estado-Juiz (como a última voz do Direito), com a tripartição dos “Poderes”. Tais contributos são (i) a distinção entre texto e norma, que diferencia a fonte jurídica do seu resultado interpretativo, atacando-se este em detrimento daquele quando se trata do exercício da jurisdição constitucional e, por conseguinte, de decisões intermédias; e (ii) conservação do ato jurídico, conservando-se o seu fim e o seu sentido, desde que modificados determinados dados seus e que são incompatíveis com requisitos de validade estatuídos no ordenamento jurídico, o que se aplica à jurisdição constitucional ante o fato de a fiscalização relativa às decisões intermédias envolver o campo semântico, não o campo etiológico, muitas vezes separando o inválido do válido, atribuindo-se certas vias interpretativas com o fim de compatibilizar fonte e norma aos desideratos constitucionais.

Com amparo nos postulados que se vê o gênero interpretação conforme à Constituição, ou decisões intermédias manipulativas *lato sensu*. São as espécies (i) as

decisões manipulativas (também manipulativas *stricto sensu*), que se subdividem em (i.a) aditivas, que envolve a constatação de omissão inconstitucional (decretação da inconstitucionalidade da norma negativa) e a integração normativa mediante acréscimo de conteúdo conforme o texto constitucional, e (i.b) substitutivas, que envolve a decretação da inconstitucionalidade de trecho da fonte fiscalizada (da norma positiva) e a sua substituição por disciplina constitucionalmente adequada; e (ii) as decisões interpretativas, estas subdividas em (ii.a) de rejeição ou improcedência de pleito (= interpretação conforme a Constituição), que envolvem a atribuição de sentido compatível com a Constituição em detrimento de outros sentidos possíveis, e (ii.b) de acolhimento ou procedência de pleito (= decretação parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto), que envolve a exclusão de hipótese fática (do âmbito normativo) para evitar inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, jun./2019, p. 295-334.
- BATTAGLINI, Mario. *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*. Milano: A. Giuffrè, 1957.
- BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- CAMILLO, Carlos. *Manual da Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Almedina, 2019.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional: teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CASTRO, Bernardo de. As sentenças de interpretação conforme à Constituição. Análise dos limites jurídico-funcionais do Tribunal Constitucional nas relações com as demais jurisdições. *e-Pública*, v. 3, n. 2, nov./2016, p. 229-258.
- CHAVES, André Luiz Maluf; RODRIGUES-PEREIRA, Thiago. Sentenças aditivas no direito italiano e a sua viabilidade na jurisdição constitucional brasileira. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, ano 7, n. 2, jul.-dez./2014, p. 167-191.
- DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.
- GUASTINI, Riccardo. *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *O direito pós-moderno e a codificação*. In JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *(Parecer) Nulidade parcial de ato normativo. Lei parcialmente inconstitucional. Utile per inutile non vitiatur. Certeza e segurança jurídica. Eficácia ex nunc de jurisprudência quando há reviravolta de jurisprudência consolidada. Aplicação da boa-fé objetiva ao Poder Público*. In JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003.
- KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

- MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos*. In MORAIS, Carlos Blanco de; et. al. *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009.
- PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. Um breve histórico dos paradigmas do acesso à justiça. *Revista de Direito Público Contemporâneo*, Rio de Janeiro e Caracas, a. 3, v. 1, n. 2, jul./dez. de 2019, p. 134-158. Disponível em: <http://www.rdpc.com.br/index.php/rdpc/article/view/79>. Acesso em 25 mar. 2023.
- PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de; MINHOTO, Vinicius Marinho. *Sistema, código e Processo Constitucional*. In TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda. *Um Código de Processo Constitucional para o Brasil*. Belo Horizonte: Arraes, 2021.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 13. ed. Porto: Afrontamento, 2002.