



Angela Cristina Pelicioli (Brasil)\*

## A sentença normativa na jurisdição constitucional brasileira

### RESUMO

O texto versa sobre a sentença normativa na jurisdição constitucional brasileira, que consiste na decisão colegiada do Supremo Tribunal Federal que, resolvendo conflitos submetidos à sua jurisdição, cria norma geral e abstrata, transformando, adequando, modificando e integrando o texto de lei ou ato normativo, com o objetivo de concretizar a Constituição.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais, jurisdição constitucional, controle de constitucionalidade, sentença normativa, efeito vinculante, jurisprudência comentada, Brasil.

### ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit der normierenden Rechtsprechung in der brasilianischen Verfassungsgerichtsbarkeit, die sich aus Plenumsentscheidungen des Obersten Bundesgerichtshofs ableitet, mit denen über die Lösung von konkreten zur Entscheidung vorgelegten Streitfällen allgemein gültige, abstrakte Normen geschaffen werden, über die der Getzestext oder normierende Akt mit dem Ziel einer Konkretisierung der Verfassung transformiert, angepasst, abgeändert oder integriert wird.

**Schlagwörter:** Grundrechte, Verfassungsgerichtsbarkeit, Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, normsetzendes Urteil, verbindliche Wirkung, kommentierte Rechtsprechung, Brasilien.

### ABSTRACT

The paper deals with rule setting judgments in Brazilian constitutional jurisdiction, which are joint decisions of the Supreme Federal Court that, solving conflicts submitted to its jurisdiction, create a general and

---

\* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Subcorregedora de Autarquias e Fundações Públicas da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina. Procuradora do Estado de Santa Catarina. <angela@pge.sc.gov.br>

**abstract rule, transforming, adjusting and integrating the legal text or regulatory act, with the purpose to concretely apply the Constitution.**

**Keywords: fundamental rights, constitutional jurisdiction, constitutionality control, rule setting judgments, binding effect, annotated jurisprudence, Brazil.**

## 1. Introdução

Nos Estados Democráticos de Direito, a Constituição encontra-se acima de qualquer lei e os Tribunais Constitucionais, como o Supremo Tribunal Federal brasileiro, 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 políticos. 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, dentre 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: a omissão em 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”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Mauro Cappelletti. *O Controle Constitucional de Constitucionalidade no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 26.

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

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 em todo momento à mercê da “tirania da maioria”.<sup>2</sup> 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”.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> Na atualidade, as funções estatais foram significativamente redimensionadas e redistribuídas.<sup>5</sup>

A Constituição nos Estados Democráticos de Direito, quando sustenta expressamente a separação dos poderes, o faz em uma perspectiva apenas aparente. Um exemplo desta 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”.<sup>6</sup>

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 direitos 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.

<sup>2</sup> Giorgio Rebuffa. *La Funzione Giudiziaria*. 3ª. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993, p. 37.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>4</sup> Aristóteles. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 93.

<sup>5</sup> Cristina M. M. Queiroz. *Os Actos Políticos no Estado de Direito: o Problema do Controle Jurídico do Poder*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 99.

<sup>6</sup> Hans Kelsen. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 266.

## 2.1. A função de controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade<sup>7</sup> é “um meio institucionalizado, um sistema, um aparelho orgânico ou um processo criado a título mais ou menos específico para tal fim.”<sup>8</sup> Este controle é um mecanismo, previsto na própria Constituição, que, através de uma ação política ou jurisdicional, garante a primazia da mesma.

A natureza do controle de constitucionalidade, em certo sentido, é política, porque este controle, como ensina Jorge Miranda, “recai sobre atos ou sobre omissões, sobre comportamentos certos e individualizados ou individualizáveis”<sup>9</sup> 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,<sup>10</sup> ou, ainda, mediante órgãos jurisdicionais.<sup>11</sup>

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 super lei, 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 disto, “é o menos apropriado para converter-se em defensor da Constituição. Não se pode esperar da Assembléia, ou da maioria de seus membros, que se corrija a si mesma”;<sup>12</sup> 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 legitimação 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,<sup>13</sup> Peru<sup>14</sup> e Colômbia, restringe-se a legitimação ativa a determinadas autoridades públicas; e, por fim, e) a submissão ao controle de constitucionalidade de

<sup>7</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>8</sup> Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*. Tomo VI. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 51.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>10</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>11</sup> Gustavo Zagrebelsky. *La Giustizia Costituzionale*. 1ª. ed. Bologna: Il Mulino, 1977, p. 19.

<sup>12</sup> Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 317.

<sup>13</sup> Constituição Federal de 1988 – “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

<sup>14</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.

toda a atividade estatal, que consiste em englobar qualquer resolução, ato ou omissão da autoridade pública.<sup>15</sup>

### **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, se subdivide 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:

- a. o órgão encarregado deste 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 este controle, não é vinculante, possui efeito consultivo.<sup>16</sup>

O exemplo, mais freqüentemente 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 será feito por meio do aspecto “subjetivo ou orgânico”,<sup>17</sup> ou seja, por meio dos órgãos que realizam efetivamente este 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, este controle, têm a obrigação de aplicar a Constituição

<sup>15</sup> Nestor Pedro Sagüés. *Derecho procesal constitucional*. 2ª. ed. Tomo 1. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 21.

<sup>16</sup> José A. Rivera Santiváñez. “Supremacía constitucional y sistemas de control de constitucionalidad”. In: Susana Ynes Castañeda Otsu (org). *Derecho procesal constitucional*, tomo I, 2ª. ed. , Lima: Jurista Editores, 2004, p. 59.

<sup>17</sup> Mauro Cappelletti. *O Controle Constitucional de Constitucionalidade no Direito Comparado*. p. 66.

preferencialmente às leis.<sup>18</sup> 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:

- 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>19</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.<sup>20</sup>

#### 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”.<sup>21</sup> Além desta característica, citam-se as seguintes:

- a. o procedimento para o requerimento do controle de constitucionalidade se dá através do 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 in validade de uma lei ou ato normativo.

<sup>18</sup> Francisco Fernández Segado. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 1036.

<sup>19</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. [...]” (STF RE-ED n.º 219.934/SP, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 13/10/2004, publicado no D.J. de 26/11/2004 e RT, v. 94, n.º 835, 2005, pp. 151-155).

<sup>20</sup> José A. Rivera Santiváñez. “Supremacia constitucional y sistemas de control de constitucionalidad”, p. 60.

<sup>21</sup> José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 873.

## 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>22</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>23</sup>

A partir da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, em seu art. 28, parágrafo único,<sup>24</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>25</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

---

<sup>22</sup> Emenda Constitucional n. 7/77 – “Art. 119 – I) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.”

<sup>23</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>24</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>25</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.”

federal, estadual e municipal”<sup>26</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 esse 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.<sup>27</sup>

Sobre o efeito vinculante, o voto de Gilmar Mendes 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.<sup>28</sup>

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 que o efeito vinculante se prende 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

<sup>26</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>27</sup> STF. Recl. n. 2.256-RN, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgamento em 11/09/03 e publicado no D.J. de 30.04.04.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

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.<sup>29</sup> A reclamação n. 1.987-0<sup>30</sup> é exemplo, dentre tantos,<sup>31</sup> 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>32</sup> “uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades administrativas, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional”<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Ives Gandra da Silva Martins; Gilmar Ferreira Mendes. *Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 339.

<sup>30</sup> “Reclamação. Cabimento. Afronta à decisão proferida na ADI n. 1662-SP. Seqüestro 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 seqüestro 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 seqüestro, 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.” (STF. Recl. n. 1.987-DF, rel. Maurício Corrêa, julgamento em 01/10/03, publicado no D.J. de 21/05/04).

<sup>31</sup> STF. Recl. 2.126-SP, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática publicada no D.J. de 19/08/02; STF. Recl. 1.169-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento de 06/03/02, publicado no D.J. de 31.05.02; STF. Recl. 2.363-PA, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática de 23/10/03, publicado no D.J. de 01/04/05; STF. Recl. n. 2.256-RN, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgamento em 11/09/03, publicado no D.J. de 30/04/04.

<sup>32</sup> Esclarecendo o caso: A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 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 seqüestro 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 seqüestros, 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”. Constou 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.” (STF. Voto do Min. Maurício Corrêa, na Recl. 1.987-DF, rel. Maurício Corrêa, decisão de 01/10/03, publicado no D.J. de 21.05.04).

<sup>33</sup> STF. Recl. n. 1.987-DF, rel. Maurício Corrêa, decisão de 01/10/03, publicado no D.J. de 21.05.04.

Quando o Supremo Tribunal Federal decidiu a ação direta de inconstitucionalidade n. 1.662-o, 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 inválido 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 (Recl 2126, DJ de 19/08/02), 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>34</sup>

Assim, no ordenamento jurídico nacional é admitido o fenômeno da “*transcendência dos motivos determinantes que embasaram 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 se refere também à própria razão de decidir. Em outras palavras, “a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas se refere, também, aos fundamentos do julgado que o Supremo Tribunal proferir em sede de controle abstrato”.<sup>35</sup>

Prevalecendo 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

<sup>34</sup> STF. Voto do Min. Maurício Corrêa, na Recl. 1.987-DF, decisão de 01/10/03, publicado no D.J. de 21.05.04.

<sup>35</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. (STF. Recl-MC 2.986-SE, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática de 11/03/05. Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 379).

determinantes se estará, 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 arguição de descumprimento de preceito fundamental.<sup>36</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 n.º 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 se estende também aos fundamentos determinantes da decisão proferida pela Corte Suprema em sede de controle de constitucionalidade.<sup>37</sup>

Deve-se ressaltar, por outro lado, que tanto a eficácia *erga omnes* quanto o efeito vinculante, em sede de controle abstrato, se configuram, 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.<sup>38</sup>

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*:

<sup>36</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>37</sup> STF. Recl-MC 2.986-SE, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática de 11/03/05. Informativo n. 379, do Supremo Tribunal Federal.

<sup>38</sup> STF. Recl-Agr n. 2.617-MG, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 23/02/05, publicado no D.J. de 20/05/05.

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, que regula 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>39</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 (Streck, 1998, p. 241):

[...] 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.

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.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006 – Art. 1º.

<sup>40</sup> As súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal são: Súmula vinculante n.1: “Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela lei complementar 110/2001” (DJ de 06.06.07); Súmula vinculante n. 2: “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcio” (DJ de 06.06.07).

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”.<sup>41</sup>

Não obstante as potencialidades da função interpretativa, a função normativa é um avanço funcional em relação a ela. Daí a razão pela qual esta, e 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

---

cios e sorteios, inclusive bingos e loterias” (DJ de 06.06.07); Súmula vinculante n. 3: “Nos processos perante o tribunal de contas da união asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão” (DJ de 06.06.07); Súmula vinculante n. 4: “Salvo nos casos previstos na constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial” (DJ de 09.05.08); súmula vinculante n. 5: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição” (DJ de 16/05/08); Súmula vinculante n. 6: “Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial” (DJ de 16/05/08).

<sup>41</sup> Francis Hamon, Michel Troper, Georges Burdeau. *Direito Constitucional*. Tradução de Carlos Souza. 27ª. ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 61.

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 estes 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 juízes, 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.<sup>42</sup>

Pode-se perguntar: de onde provém a legitimidade do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo? Esta legitimidade advém da defesa dos direitos fundamentais; isto 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.<sup>43</sup> 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 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.<sup>44</sup> Sem este segundo poder constituinte originário, a Constituição estagnaria no tempo, pois a forma silenciosa como atua só é possível de se 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.

Pela natural preocupação em garantir o rigor terminológico do objeto da investigação em curso, impõe-se definir a sentença normativa como um tipo de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que, dentre outras características, possui eficácia *erga omnes*. Mesmo sabendo-se que no ordenamento jurídico brasileiro as decisões proferidas pelos Tribunais são denominadas de acórdãos, conforme determina o art. 163 do Código de Processo Civil, o termo sentença normativa aqui designa as decisões colegiadas do

---

<sup>42</sup> Gustavo Zagrebelsky. “Il giudice per diritto ad per rovescio”. In: *La Stampa*. <http://www.Lastampa.it/redazione> (26/03/2003).

<sup>43</sup> Hermann Heller. *Teoría del Estado*. Tradução de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 268.

<sup>44</sup> Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 186.

Supremo Tribunal Federal que, resolvendo conflitos submetidos à sua jurisdição, criam norma geral e abstrata com o objetivo de concretizar a Constituição de 1988.

Esta sentença normativa possui o “efeito de ‘fazer dizer’ a norma referida na sentença alguma coisa diferente, e frequentemente alguma coisa a mais, em relação àquilo que era seu significado original”,<sup>45</sup> 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”.<sup>46</sup> Em suma, sentença normativa é o termo que abarca o conjunto das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal que criam norma 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) modula 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<sup>47</sup>; b) interpreta conforme a Constituição com redução teleológica, criando norma geral e abstrata com algo a mais ou com sentido diverso

---

<sup>45</sup> Vezio Crisafulli. “Giustizia Costituzionale e Potere Legislativo.” In: *Stato, Popolo, Governo – Illusioni e Desillusioni Costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1985, p. 239.

<sup>46</sup> Gaetano Silvestri. “Le Sentenze Normative della Corte Costituzionale”. In: *Scritti su La Giustizia Costituzionale in Onore di Vezio Crisafulli*. Padova: CEDAM, 1985, p. 757.

<sup>47</sup> “Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado da Paraíba. Redefinição dos limites territoriais do município do Conde. Desmembramento de parte de município e incorporação da área separada ao território da municipalidade limítrofe, tudo sem a prévia consulta, mediante plebiscito, das populações de ambas as localidades. Ofensa ao art. 18, § 4º da Constituição Federal. 1. Para a averiguação da violação apontada pelo requerente, qual seja, o desrespeito, pelo legislador constituinte paraibano, das exigências de consulta prévia e de edição de lei estadual para o desmembramento de município, não foi a norma contida no art. 18, § 4º, da Constituição Federal substancialmente alterada, uma vez que tais requisitos, já existentes no seu texto primitivo, permaneceram inalterados após a edição da EC 15/96. Precedentes: ADI 458, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 11.09.98 e ADI 2.391, rel. Min. Ellen Gracie, informativo STF 316. 2. Afastada a alegação de que a norma impugnada, sendo fruto da atividade do legislador constituinte estadual, gozaria de uma inaugural presunção de constitucionalidade, pois, segundo a jurisprudência desta corte, o exercício do poder constituinte deferido aos estados-membros está subordinado aos princípios adotados e proclamados pela constituição federal. Precedente: ADI 192, rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.09.01. 3. Pesquisas de opinião, abaixo-assinados e declarações de organizações comunitárias, favoráveis à criação, à incorporação ou ao desmembramento de município, não são capazes de suprir o rigor e a legitimidade do plebiscito exigido pelo § 4º do art. 18 da Carta Magna. Precedente: ADI 2.994, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 04.06.04. A esse rol de instrumentos ineficazes que buscam driblar a exigência de plebiscito expressa no art. 18, § 4º, da Constituição Federal, soma-se, agora, este de emenda popular ao projeto de Constituição Estadual. 4. Ação direta cujo pedido se julga procedente, com a aplicação de efeitos ex nunc, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99.” (STF. ADI n. 3.615-PB, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 30/08/06, publicado no DJ de 08/09/06).

daquele originariamente determinado no texto da lei ou ato normativo;<sup>48</sup> e c) declara a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, por meio de interpretação conforme a 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.<sup>49</sup> Além destes casos, pode ser verificada a sentença normativa na

<sup>48</sup> “Inconstitucionalidade. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da justiça comum. Interpretação do art. 114, I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária. (STF. ADI-MC n. 3.395-DF, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 05/04/06, publicado no DJ de 10/11/06).

<sup>49</sup> A Corte Suprema julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade n. 1.946, sem redução de texto, para dar ao art. 14, da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, interpretação conforme à Constituição com redução teleológica. Trata-se de sentença normativa que exclui do limite máximo para os benefícios pagos pela previdência social as mulheres trabalhadoras em licença-maternidade. Determina o art. 14, da Emenda Constitucional n. 20/98, que: “O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200, 00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.” Na ação direta de inconstitucionalidade n. 1.946, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar conforme à Constituição com redução teleológica, criou norma geral e abstrata excludente das mulheres trabalhadoras com direito à licença-gestante do limite previdenciário, pois estas, por força da sentença proferida, continuarão a receber por parte do empregador idêntico salário, mesmo que excedente a R\$ 1.200, 00 (um mil e duzentos reais), sendo este ressarcido integralmente pela Previdência Social. Entendeu a Corte que: “[...] o legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada ‘na forma desta Constituição’, ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: ‘licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias’. Diante deste quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. n. 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14, da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. E, na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200, 00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F/88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I, do art. 5º, da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200, 00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos expressamente, não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade.” (STF. ADI n. 1.946-DF, rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 03/04/03, publicado no D.J. de 16/05/03).

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”;<sup>50</sup> e b) no mandado de injunção coletivo com efeito *erga omnes*.<sup>51</sup>

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 n.º 9.868 e 9.882, ambas de 1999; e b) a observância da realidade histórica 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.<sup>52</sup> No entanto, é preciso que o Supremo Tribunal Federal, quando proferir sentença normativa, não desconsidere a reserva do possível, cercado-se de todos os cuidados para saber quais são seus reflexos nas contas públicas. Estes cuidados se dariam por meio da 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, estes 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. 9.º, § 1.º, da Lei n. 9.868/99 e art. 6.º, § 1.º, da Lei n. 9.882/99).

<sup>50</sup> Víctor Bazán. “La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano”. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 12.º Ano. Tomo I. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 479.

<sup>51</sup> A maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal (Eros Grau, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia, Cezar Peluso e Ellen Gracie) decidiram, no Mandado de Injunção n. 712-PA, que os dispositivos da Lei n. 7.783/99, que regem o exercício de greve dos trabalhadores da iniciativa privada, valem, também, para as greves no serviço público. O caráter do julgamento neste mandado de injunção foi normativo, uma vez criada norma regulamentadora para suprir a omissão legislativa para além das partes envolvidas no processo, isto é, os efeitos desta decisão são *erga omnes*. Neste caso, o Mandado de Injunção n. 712-PA, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará (Sinjep) contra o Congresso Nacional, foi julgado procedente declarando-se a ausência da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, da Constituição de 1988, e determinou-se, para o impetrante e para todos os casos de greve de servidores públicos, a legislação vigente para os trabalhadores celetistas, com algumas adaptações. Aqui, os ministros do Supremo Tribunal Federal normatizaram o direito de greve dos servidores públicos e, ao mesmo tempo, determinaram que este julgamento tenha efeitos *erga omnes*, ou seja, criaram norma geral e abstrata. (STF. MI n. 712-PA, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25.10.07, publicado no D.J. de 23.11.07. No mesmo sentido: M.I. n. 670-ES, relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25.10.07, publicado no D.J. de 06.11.07; MI n. 708-DF, rel. Gilmar Mendes, julgamento em 25.10.07, publicado no D.J. de 06.11.07).

<sup>52</sup> Gustavo Zagrebelsky. “Problemi in Ordine ai Costi delle Sentenze Costituzionali?”. In: *Corte Costituzionale – Le Sentenze della Corte Costituzionale e Lart. 81, U.C., della Costituzione. Atti del Seminario Svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991*. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 111.

## 4. Conclusões

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,<sup>53</sup> por meio de interpretação 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 05 de julho de 2005.

Nesta 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 os subsídios do Ministro do Supremo Tribunal Federal”. A sentença, neste 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, neste 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 incontestado é que o Supremo Tribunal Federal atua como legislador positivo, através da sentença normativa, mas oculta este fato, quando confrontado a respeito.<sup>54</sup>

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

<sup>53</sup> Adin-MC n. 3.854-DF, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 28/02/07, publicado no D. J. de 08/03/07.

<sup>54</sup> Exemplo disto, dentre 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 consequência do pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, normatização estranha ao Crivo da Casa legislativa, forçoso é concluir pela impossibilidade jurídica.” (Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 24/08/2005, publicado no Diário da Justiça em 07/04/2006).

XIX. São mais exatamente os garantes da complexidade estrutural do direito no Estado Democrático de Direito, isto é, os garantes da necessária e serena coexistência entre lei, direitos e justiça”<sup>55</sup>

## Bibliografia

- ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- BAZÁN, Víctor. “La Inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano”. In: *Anuário de Direito Constitucional Latinoamericano*. 12º Ano. Tomo I. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Constitucional de Constitucionalidade no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- CRISAFULLI, Vezio. “Giustizia Costituzionale e Potere Legislativo”. In: *Stato, Popolo, Governo – Illusioni e Desillusioni Costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1985.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1997.
- HAMON, Francis; Michel TROPER; Georges BURDEAU. *Direito Constitucional*. Tradução de Carlos Souza. 27ª. 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: Martins Fontes, 1992.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; Gilmar Ferreira MENDES. *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*. Tomo VI. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- 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*. 3ª. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho procesal constitucional*. 2ª. ed. Tomo 1. Buenos Aires: Astrea, 1989.

<sup>55</sup> Gustavo Zagrebelsky. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi Contemporanea, 1992, p. 213.

- SANTIVÁÑEZ, Rivera, José A. “Supremacía constitucional y sistemas de control de constitucionalidad”. In: Susana Ynes CASTAÑEDA OTSU (org). *Derecho procesal constitucional*. Tomo I. 2ª. ed. Lima: Jurista Editores, 2004.
- SCHIMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. 2ª. Ed. Tradução de Manule Sanchez Sarzo. 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*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. 1ª. ed. Bologna: Il Mulino, 1977.
- Il giudice per diritto ad per rovescio. In: *La Stampa*. <<http://www.Lastampa.it/redazione>> (26/03/2003).
  - “Problemi in Ordine ai Costi delle Sentenze Costituzionali”. In: *Corte Costituzionale – Le Sentenze della Corte Costituzionale e Lart. 81, U.C., della Costituzione. Atti del Seminario Svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991*. Milano: Giuffrè Editore, 1993.
  - *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi Contemporanea, 1992.