

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ÓRGÃO DE REGULAÇÃO PROVISÓRIA DE LEI EM DECORRÊNCIA DA OMISSÃO DO LEGISLADOR¹

Deilton Ribeiro Brasil

Doutorando em Direito pela Universidade Gama Filho;
Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos de Belo Horizonte;
Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG)

Marcus Firmino Santiago

Doutorando em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho;
Mestre em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá;
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília;
Advogado

RESUMO

Os autores discutem, através de um prisma da teoria geral do direito, o crescente ativismo jurisdicional encetado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) após a promulgação da EC nº 45/04, que evidencia uma preocupação acerca do problema da justificação judicial no que tange à regulação provisória da norma jurídica em virtude de lacunas ou omissões causadas pela inércia do legislador.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria geral do Direito. Ativismo jurisdicional. Problema da justificação judicial. Regulação provisória da norma jurídica. Omissão do legislador

SUMÁRIO

1 Considerações iniciais 2 O problema da legitimidade do Judiciário como órgão de produção jurídica 3 O problema da justificação judicial 4 Considerações finais 5 Bibliografia

¹ Artigo recebido em 21/11/2007 e aprovado pelo Conselho Editorial em 29/11/2007.

1 Considerações iniciais

O conceito de validade de uma norma jurídica, na acepção de Kelsen (1974, p. 269), impõe a busca por seu fundamento em uma norma superior, de tal forma que todas aquelas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema, uma ordem normativa. Norma jurídica e texto legislativo não se confundem: não se encontra a primeira inserta ou pressuposta nos textos legais, mas o fruto de uma atividade construtiva desempenhada pela hermenêutica. A interpretação, por seu turno, somente pode ser realizada à luz do caso concreto, momento em que se reúnem elementos suficientes para permitir o nascimento da norma a reger a situação da vida.

O significado das palavras depende do contexto lingüístico em que aparecerem e da situação humana dentro da qual são empregadas, mas é preciso reconhecer que o uso de termos não fornece um guia seguro para clarificar ou entender os casos duvidosos, principalmente quando a imprecisão é deliberada ou proposital. Algumas expressões jurídicas possuem textura própria para serem aplicadas em consonância com o contexto no qual são utilizadas (FERRARI, 2004, p. 501).

A idéia de *textura* aberta do direito está relacionada à questão da interpretação jurídica e a um problema que vem se arrastando por muito tempo na literatura jurídica (HART, 1994, p. 178): se os intérpretes *revelam* o sentido dos textos (e, por conseguinte, se há um sentido *correto* e um *incorreto*); ou se os intérpretes *criam* o sentido dos textos, de modo que não há o que se falar em sentido correto ou incorreto, pois não existe qualquer *sentido exato*. Por outras palavras, se há um sentido correto e outro incorreto, no primeiro caso o significado do texto jurídico preexiste à atividade interpretativa, tornando a atividade legislativa vinculada a este significado preexistente; mas, se inexistente sentido correto e incorreto dos textos, por não preexistir significado algum, a atividade interpretativa passa a ser puramente discricionária (Sgarbi, 2006, p. 130).

O problema agora é como o Legislativo e o Judiciário interpretarão e aplicarão a norma constitucional referente aos respectivos sistemas de competência, notadamente no que diz respeito à força vinculante e à eficácia de suas decisões. O primeiro, na sua função regulamentar; e o segundo, na sua função judicante e de legislador negativo, quando discorda da interpretação dada pelo legislador. O exame da função judicante mostra-se mais promissora nesse momento, porque é nas várias oportunidades que o Supremo Tribunal Federal tem de se manifestar sobre a delimitação de seus poderes implícitos, ainda que, no âmbito de decisão dos casos que é chamado a resolver, podemos perceber o seu entendimento sobre a matéria.

Como a Constituição Federal coloca em seu vértice maior o Supremo Tribunal Federal, ao poder de criação do direito deve ser reconhecida maior autoridade e, portanto, o poder de vincular os tribunais inferiores, conforme entendimento defendido no voto proferido pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes na RCL nº 2.126/SP (DJ de 19/8/02), em que se consagrou que 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.

Na Questão de Ordem na RCL nº 4.219-7/SP (DJ de 7/3/07), em seu voto-vista o ministro Eros Grau pondera que, ao se decidir definitivamente o mérito da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, o STF produz uma norma de decisão, e não um texto normativo. Essa norma é aplicada e vinculada a todos, indistintamente. Ou seja, interpretação conferida pelo Supremo à Constituição - além do seu juízo de constitucionalidade sobre certo texto normativo infraconstitucional - que, nos termos do disposto no § 2º do art. 102, produz eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Conferir efeito vinculante às decisões dos tribunais superiores é uma tendência que se vem alargando, numa espécie de apreensão da doutrina da supremacia judicial, construída décadas atrás pela Suprema Corte norte-americana. Materializa-se na tentativa de conferir maior eficácia - além da eficácia *erga omnes*, própria das proferidas em jurisdição concentrada - às decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata da constitucionalidade. Alcança-se, com isso, a vinculação de todos os órgãos judiciários e administrativos às manifestações do Tribunal Supremo, o que possibilita a igualdade de efeitos de sua manifestação pela submissão a seus termos de todas as causas, inclusive as que estão em andamento.

A partir do reconhecimento de efeito vinculante à decisão de mérito (previsto para as ações declaratórias de constitucionalidade), é possível, no caso de seu descumprimento por parte dos órgãos inferiores do Judiciário, a provocação do STF pelo prejudicado, por meio de reclamação, a fim de que seja garantida a autoridade de sua decisão. Permite-se, assim, que o mesmo tratamento dispensado às decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade - cuja não observância por parte dos órgãos inferiores do Judiciário autoriza, com amparo legal e constitucional, o manejo da reclamação - seja estendido às manifestações da Suprema Corte em procedimentos a cujas sentenças norma jurídica alguma confere eficácia geral (FERRARI, 2004, p. 501).

Mas esta é apenas uma das facetas da postura ativista abertamente assumida pelo Supremo Tribunal Federal em tempos recentes.

No embasamento teórico de seus votos proferidos nas Adin nº 2.240-7/BA (DJ em 3/8/07) e 3.489-8/SC (DJ em 3/8/07), o ministro Eros Grau traz à luz um elemento denominado “força normativa dos fatos”, o qual permitiria melhor compreensão acerca da origem e existência da ordem jurídica, afirmando a tese que percebe na vida do Estado precederem as relações reais às normas em função delas produzidas (JELLINEK, 2000, p. 190-192).

Na Adin nº 2.240-7/BA, entende o ministro relator que estamos diante de uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo, porém instalada pela força normativa dos fatos. A essa força é que Schmitt (2001, p. 132-133) faz alusão ao apontar o fato de, no princípio de dezembro de 1949, o representante inglês da ONU ter declarado, em relação ao reconhecimento do novo governo comunista da China, que um reconhecimento jurídico internacional não há de apoiar-se senão na realidade fática. O presente caso importa simplesmente termos consciência da inescandível realidade fática do município de Luís Eduardo Magalhães: ao seu reconhecimento como ente federativo dotado de autonomia, basta a realidade fática.

Acrescenta ainda que essa exceção manifesta-se inicialmente em razão de omissão do Poder Legislativo, a qual impede, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 15, de 12/9/1996, a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios. Essa omissão consubstancia uma moléstia do sistema, um desvio do seu estado normal, e a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal (art. 1º da Constituição). Assim, observados o disposto no parágrafo 4º do art. 18 e a lei complementar nele mencionada, a decisão política que envolve a criação de um município poderia se existente a lei complementar, ser tomada. A omissão do Congresso Nacional impede, no entanto, que essa decisão, de caráter político, seja afirmada.

Essa negligência opera no sentido de transferir parcela de função constituinte ao Poder Legislativo, na medida em que este acaba por se imbuir da prerrogativa de *escolher* quais parcelas do texto constitucional pretende ver aplicadas. A não-edição da lei complementar prevista no parágrafo 4º do art. 18 como condição para exercício do direito de criação de novos municípios consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. Para o ministro Eros Grau, estamos diante de uma situação anormal: a omissão do Legislativo instala uma fissura na ordem constitucional, moléstia do sistema, desvio de seu estado normal. As normas só valem para as situações normais. A normalidade da situação que pressupõem é um elemento básico do seu valer.

Na coletividade, há realidades que se encontram em contradição com a Constituição, mas estas não devem ser consideradas como insignificantes pelo intérprete constitucional. O importante, em face delas, é fazer o necessário para impedir o nascimento da realidade inconstitucional ou para pô-la novamente em concordância com a Constituição (HESSE, 1998, p. 110-112).

A decisão política da criação do município violou regra constitucional, mas foi afirmada, produzindo todos os efeitos dela decorrentes. O preceito veiculado pelo parágrafo 4º do art. 18 da Constituição visa a impedir a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios fora de período determinado por lei complementar federal. Como o Legislativo omitiu-se ao não produzir essa lei complementar, e a localidade passou a existir como ente federativo, a aplicação do preceito com a conseqüente declaração de inconstitucionalidade do ato legislativo estadual e a do próprio município agravará a moléstia do sistema. Se da aplicação de uma norma resulta um desvio de finalidade a que ela se destina, ela finda por não cumprir o seu papel, ela deforma. Precisamente, isso se daria no caso se a autonomia do ente federativo viesse a ser anulada.

O processo de objetivação que dá lugar ao fenômeno jurídico não tem início na emanção de uma regra, mas sim em um momento anterior, no qual aquela ordem é culturalmente forjada. As normas não são senão uma entre as distintas manifestações do fenômeno jurídico. O ordenamento jurídico é “uma entidade que em parte se move segundo as regras, mas, sobretudo move ela mesma as regras como figuras de um tabuleiro; por isto as regras representam o objeto e o meio da sua atividade, não um elemento da sua estrutura” (ROMANO, 1945, *passim*).

Estas idéias aproximam-se da parcela da teoria de Robert Alexy, na qual este sustenta - em um dos pontos fundamentais para justificar a definição de direito e, assim, a própria Filosofia do Direito proposta, que a pretensão de correção tem a importante tarefa de estabelecer um vínculo entre direito e moral, a qual se apresenta como uma conexão complexa que tem ao mesmo tempo um caráter conceitualmente necessário e qualificativo: é necessário, porque todos os sistemas jurídicos necessariamente pressupõem a pretensão de correção (senão não seriam sistemas jurídicos); mas qualificativo (em contraposição a um caráter classificador), porque os sistemas e normas jurídicas que não atenderem às exigências da pretensão de correção, apesar de conceitualmente defeituosos, permanecem válidos em sentido jurídico (SGARBI, 2006, p. 210-211).

Assim, quando o direito consagra uma injustiça e, dessa forma, não realiza o estado de coisas exigido pela pretensão de correção, estamos diante não apenas de um defeito moral, mas também de um defeito jurídico, pois para Alexy (2000, p. 146):

[A] pretensão de correção transforma um defeito moral em defeito jurídico. E isso de maneira nenhuma é trivial. É a conversão do positivismo para não-positivismo. A pretensão de correção do Direito não é, de forma nenhuma, idêntica à pretensão de correção moral, mas ela inclui uma pretensão de correção moral.

A pretensão de correção atribuí ao Direito, portanto, um caráter ideal que desautoriza todas as acepções do positivismo que definem o ordenamento jurídico como mera facticidade ou expressão do poder ou autoridade. Essa dimensão ideal do Direito serve de fundamento para um princípio geral de moralidade, válido como norma jurídica implícita em todas as constituições jurídicas. Junto com a pretensão de correção, reconhece-se dessa maneira uma norma pragmaticamente pressuposta que estabelece um dever, ainda que seja ideal, de construir e aplicar corretamente o Direito.

Por essa via, pode-se justificar o princípio da moralidade como um princípio geral do Direito, eficaz para todos os ramos ou setores do ordenamento jurídico e independente de qualquer formulação expressa. Esse princípio funciona como um *mandato de otimização*, que ao mesmo tempo se irradia sobre o campo da teoria da argumentação, pois atua como uma metanorma ou regra de argumentação para interpretar e aplicar corretamente o Direito positivo, e estabelece um dever jurídico *prima facie* - tendo em vista seu caráter de *princípio jurídico*, ou seja, de norma que ordena algo a ser realizado na máxima medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas - de que as normas e decisões jurídicas em geral sejam moralmente corretas (SILVA, 2006, p. 211).

2 O problema da legitimidade do Judiciário como órgão de produção jurídica

A expressão *órgão de produção jurídica*, trazida por Prieto Sanchís (2005, p. 223), está de acordo com a natureza da função jurisdicional e a posição dos tribunais. Mostra o caráter de criadores do Direito e ainda sugere a responsabilidade que ostentam como órgãos de sistema jurídico e político. A figura do juiz, segundo Sanchís (ibid.), não deve continuar como a de um sujeito irresponsável, hercúleo investigador da melhor moral, que explica e justifica o Direito positivo - o que, ressalte-se, não deve levar à compreensão de que os juízes possam ser órgãos de um *creacionismo* radical, afinal não se trata de uma concepção irracional da interpretação. Os valores e princípios morais que inspiram as sentenças judiciais não são mais objetivos, nem mais legítimos ou justos que os do legislador (ibid., p. 224).

Sobre a posição definida pelos tribunais dentro do sistema jurídico, Prieto Sanchís (p. 225) revela três aspectos: a) os juízes produzem normas jurídicas obrigatórias, mesmo quando eventualmente não utilizam as prescrições legais; b) as decisões judiciais podem ser derivadas de criações preexistentes ou novas; c) os elementos ideológicos e morais que se conjugam com o Direito preexistente para elaboração de uma decisão judicial não são melhores dos que os ponderados por qualquer outro órgão de produção jurídica.

A expressão juiz-legislador pode ser adotada quando se referir à função legislativa em sentido amplo, como processo de criação jurídica. Em sentido estrito a expressão não é adequada, como adverte o jurista espanhol (2005, p. 227):

En términos rigurosos, sin embargo, no parece que la creatividad judicial pueda ser equiparada a la legislativa, y ello no sólo en virtud de los principios de supremacía y reserva de ley, cuya virtualidad es al fin y al cabo contingente por más que en los sistemas modernos desempeñe una real eficacia, sino sobre todo por la especial posición que ocupan los jueces y por las características que define el proceso jurisdiccional.

Há muitas diferenças entre juízes e legisladores, já que aqueles gozam de *virtudes* que estes não possuem: independência, apolitismo e imparcialidade. As virtudes judiciais são tidas como condições indispensáveis para que o juiz seja autêntico, capaz de resolver conflitos e definir a situação jurídica dos jurisdicionados. O *bom juiz* não coincide com o sustentado por Ronald Dworkin.

Preleciona Prieto Sanchís (2005, p. 236):

Me interesa subrayar, sin embargo, que este punto de vista no coincide con el que sostiene Dworkin cuando afirma o recomienda que los jueces no se guíen por directrices políticas, sino por unos principios de naturaleza moral que se hallarían en la base del orden jurídico. El criterio que venimos comentando no excluye de la decisión judicial ni la dimensión creativa ni la ideológica o política; se trata más bien de un requisito formal estrechamente emparentado con el modus operandi que caracteriza a los tribunales como órganos de producción jurídica.

A motivação das sentenças judiciais é mais uma forma de distinção, um verdadeiro instrumento de controle da produção jurídica, pois possibilita a crítica ao comportamento do órgão judicial, revelando que detém um poder delegado, e não soberano:

Que los jueces hayan de motivar equivale a negarles facultades creativas de ‘propio imperio’, supone que han de explicar y justificar por qué adoptan una decisión y no otra, implica, en definitiva, que ostentan un poder delegado y no soberano. (PRIETO SANCHÍS, 2005, p. 240).

O processo de motivação de sentença não constitui apenas requisito que define a legitimidade do Direito judicial, ao permitir o controle e a crítica social: é

também um direito fundamental, uma garantia constitucional. Já o controle da produção de normas elaboradas pelo legislador, segundo Prieto Sanchís, dá-se pela via eleitoral, ou seja, o legislador responde ante os eleitores, sem prejuízo do sistema de fiscalização constitucional.

3 O problema da justificação judicial

Acerca da legitimidade, existe um problema de fundo, que não pode ser deixado de mencionar: qual é o critério material ou substantivo em que os juízes justificam suas decisões? Contam com algum ponto de referência, que não seja a subordinação à lei, capaz de explicar e legitimar suas sentenças?

Argumenta Prieto Sanchís (2005, p. 247):

Sin duda, el problema se plantea desde el momento en que se toma conciencia de la dimensión creativa de la jurisprudencia y, por tanto, de que su justificación legalista resulta cuando menos insuficiente; es entonces cuando aparece el reto de hallar algún “orden objetivo” que sirva al mismo tiempo como criterio de legitimación y eventualmente de control de las decisiones judiciales.

O jurista afirma que existe alguma lógica especial para o raciocínio judicial, uma ordem de valores, explícita ou implícita, interiorizada no magistrado, portador de uma consciência supra-individual, não subjetiva: “el juez dispone de un orden de valores que le proporciona la solución justa más allá de la ley, e incluso contra la ley, y es a ese orden a quien deberá endosarse la responsabilidad” (ibid.).

A sentença supõe a ponderação de outros elementos normativos. Além do catálogo de fontes materiais apontado por Ronald Dworkin, o juiz não tem por que abandonar a reflexão moral feita como se fosse um “juiz-Hércules” (SASTRE ARIZA, 1999, p. 190) dotado de dons divinos para conhecer todos os princípios, relacionando-os entre si e entre as regras, com uma visão completa do Direito e do justo. Os valores superiores e os princípios constitucionais desempenham uma função essencial como critérios orientadores das decisões judiciais, uma vez que os juízes devem ponderar os interesses em conflito não à luz de sua consciência, supostamente portadora do espírito jurídico da comunidade, mas atendendo à ideologia jurídico-política que pode ser identificada no texto constitucional (PRIETO SANCHÍS, 2005, p. 250).

Se, por um lado, a Constituição é um estímulo para o Direito judicial - pois o juiz não se limita a verificar a norma, como também interroga acerca da legitimidade constitucional da norma e da solução mais adequada à luz da perspectiva constitucional -

por outro lado, a Constituição cerceia o arbítrio do juiz na hora de buscar princípios e valores, além das fontes positivadas. Por outro lado, para Heck (1999, p. 25-26), o problema da criação do direito mediante sentença judicial se encontra no centro da metodologia jurídica. A ciência jurídica, por seu desenvolvimento histórico e por sua conformação atual, é uma ciência normativa e prática. O direito realmente importante para a vida é aquele que se realiza na sentença judicial. O direito jurídico não consegue o poder autoritário que dá ao direito o seu valor, senão por intermédio da sentença do juiz.

No entanto, outro problema, lembrado por Prieto Sanchís, é o da justificação das decisões judiciais quando o juiz não compartilha com os valores listados na Constituição e nas leis. Deve o juiz justificar conforme a lei, restando a ele mentir ou fingir?

Prieto Sanchís (2005, p. 255) assevera que o juiz guiado por uma moral oculta no Direito positivo mente acerca dos valores dominantes, e, ao atuar de acordo com a consciência, pode proferir uma sentença ilegal ou inconstitucional. Contudo, a questão não se refere ao plano institucional, pois a primeira fonte de legitimidade reside no fiel cumprimento de normas e valores estabelecidos ou que se inferem do Direito positivo, ainda que pareçam moralmente discutíveis.

A jurisprudência obtém sua legitimidade a partir do fiel cumprimento dos valores, princípios e normas que formam o ordenamento jurídico. Entretanto, as decisões judiciais apresentam com freqüência uma dimensão criativa, mas, quando possuem uma grande produção jurídica, não podem ser justificadas ao se invocar a execução de um Direito superior. A responsabilidade política da decisão é do juiz; as garantias de independência, imparcialidade e motivação não o eximem da responsabilidade: “En un sistema auténticamente constitucional, también los tribunales han de rendir cuentas de su actuación” (SANCHÍS, op. cit., p. 256).

Sobre a motivação, cabe perguntar se esta é realmente um instrumento eficaz para o exercício de críticas sobre as decisões judiciais ou apenas possui um caráter simbólico ou formal, por não revelar nada ou dizer pouco sobre as autênticas razões da sentença, argumenta Sanchís (op. cit., p. 259):

Es verdad que aunque así fuera, la motivación no sería despreciable pues, cuando menos, sirve para recordar la naturaleza del Derecho judicial. En la actualidad, sin embargo, creo que el estilo de la jurisprudencia, sobre todo de la ordinaria, no facilita precisamente o desarrollo de todas las posibilidades de la censura social y especializada, y ello al menos por dos razones que aparecen íntimamente vinculadas. En primer lugar, y además de utilizar un género literario de difícil comprensión y a veces farragoso, las resoluciones judiciales suelen presentarse, casi sin excepción,

como una consecuencia lógica de la aplicación de la ley; por innovador que sea el fallo, la argumentación que lo fundamenta pretende aparecer como una operación exclusivamente técnica.

Como é difícil modificar um estilo jurisprudencial, Prieto Sanchís (2005, p. 258) recomenda algumas medidas para que as decisões não encubram a dimensão ideológica e, conseqüentemente, a responsabilidade do juiz: emprego de linguagem e construção gramatical mais transparente, uma redação direta das sentenças e uma potencialização de decisões monocráticas - elemento que facilitaria a personalização da Justiça, em face do caráter mais difuso da responsabilidade colegiada.

4 Considerações finais

A tese defendida por Philipp Heck sustenta que o legislador não é capaz de dar cumprimento aos ideais da determinação plena e da completa adequação que se apresenta ao ordenamento jurídico, mediante seus próprios preceitos. Por uma parte, porque sua capacidade de percepção é insuficiente: o legislador deseja assentar preceitos para o futuro. Todavia, o futuro não é absolutamente previsível, mas perceptível. A complexidade da vida moderna é quase infinita. As condições e os problemas da vida estão submetidos a uma troca constante. Em segundo lugar, os meios expressos pelo legislador são limitados: se um legislador for capaz de assimilar todos os casos da vida, mesmo assim continuaria sendo incapaz de reproduzir ou expressar suas idéias de um modo inequívoco ou completo.

Semelhantes dificuldades permitem vislumbrar, como conseqüência, que mesmo a melhor lei inevitavelmente apresentaria inúmeras *lacunas* (HECK, 1999, p. 30-31). Portanto, é perfeitamente imaginável sua complementação mediante o livre convencimento do juiz, com a criação livre da norma jurídica. O juiz pode decidir o caso particular do mesmo modo que o leigo. E é possível que sua decisão, por não estar inibida por nenhuma consideração à lei geral, seja sumamente adequada às particularidades do caso (HECK, 1999, p. 31-32).

Esta realidade foi claramente delineada pelo Supremo Tribunal Federal nas recentes decisões proferidas nos MIs nº 670/ES, 712/PA e 708/DF, em que se pretendia o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF. Nos MIs nº 670/ES e 708/DF, prevaleceu o voto do ministro Gilmar Mendes, que teceu considerações a respeito da questão da conformação constitucional do mandado de injunção no Direito brasileiro e da mudança interpretativa que o Supremo lhe tem conferido.

O ministro ressaltou que a Corte Constitucional, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. E ainda registrou o quadro de omissão, não obstante as sucessivas decisões proferidas em anteriores mandados de injunção. Entendeu que, diante desse impasse, talvez se devesse refletir sobre a adoção provisória de uma moderada sentença de perfil aditivo. Aduziu, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo tribunal incorpora *solução constitucionalmente obrigatória*.

Como resultado dos julgamentos dos referidos mandados de injunção, depreende-se que a Constituição está condicionada pela realidade histórica: somente quando esta é levada em conta, a pretensão de eficácia constitucional pode se realizar. Graças ao elemento normativo, a Constituição ordena e conforma a realidade política e social - não é simplesmente a expressão de uma dada realidade. É pela correlação entre ser e dever-ser que se dão as possibilidades e os limites da força normativa constitucionais. Portanto, a Constituição logra conferir forma e modificação à realidade (HESSE, 1991, p. 24).

A efetividade dessa força normativa depende da amplitude da convicção acerca da inviolabilidade do texto constitucional (vontade de Constituição). Quanto mais intensa for a essa vontade, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Carta Maior. Contudo, a vontade não é capaz de suprimir esses limites, aos quais a Constituição deve se conformar. Ou seja: a Constituição não configura simples pedaço de papel (HESSE, 1991, p. 24-25).

Entretanto, a complementação das lacunas não precisa acontecer exclusivamente por meio de uma atividade criadora dos juízes. Uma segunda alternativa seria a limitação do julgador à subsunção, pelo que este negaria toda pretensão não suportada por um preceito legal determinado. Esta solução, contudo, ignora o problema das lacunas da lei, na medida em que os interesses não apoiados por nenhum preceito legal se consideram interesses que o legislador não quer proteger. Este procedimento se ajusta com o da segurança jurídica. Todavia, seu efeito é muito pouco equitativo (HESSE, 1999, p. 32).

A terceira forma, a da complementação coerente da norma, não limita o juiz a realizar a norma reconhecida, mas lhe permite completar ou suprir as normas insuficientes e aferir às imprecisas a determinação de que necessitam. Apesar disso, ao fazê-lo não deve proceder segundo seus próprios valores, já que precisa estar vinculado às intenções do legislador, pela valoração dos ideais e interesses vitais que estão ao fundo

da norma jurídica. Por este caminho, é possível um tratamento adequado dos casos de lacunas sem ameaçar a segurança jurídica. O efeito das valorações jurídicas na complementação de lacunas assegura até certo ponto a uniformidade do tratamento (HESSEN, 2001, p. 43-45). Afinal, é impossível conseguir uma eliminação plena do fator individual da valoração pessoal do juiz. As valorações objetivas são a princípio inseguras e contraditórias, pois a vida exige sempre uma decisão. Em tais casos, os *ideais vitais* do juiz interviriam na decisão. Também a complementação coerente e dependente da norma pode ser considerada como atividade *criadora do direito* (HESSE, 1999, p. 32-33).

Essas três alternativas, o livre convencimento, a limitação à subsunção e a complementação coerente e dependente da norma, têm encontrado defensores na doutrina contemporânea. Os juristas conservadores defendem a limitação do juiz à subsunção. A tendência moderna reconhece ao juiz a atribuição necessária para exercer a complementação dependente e valorativa. Os partidários do *movimento livre do direito* preferem a decisão judicial segundo seu livre convencimento (HESSE, 1999, p. 33).

A atividade cognitiva necessária para a obtenção do fim normativo tem de imediato um objeto dúplex. Por uma parte, tem de precisar o direito aplicável, mas não somente desde o ponto de vista do conteúdo das noções normativas decisivas: também é necessário pedir enfaticamente que a ciência estude e destaque as valorações da lei, o fundamento de interesses das determinações legais. Todo preceito jurídico deve ser examinado desde o ponto de vista de seu conteúdo em interesses. Em segundo lugar, deve exigir que a ciência jurídica estude as situações e as necessidades vitais, a ação do direito, o aspecto funcional dos institutos jurídicos. As tarefas normativas podem ser ademais promovidas pela História do Direito, pelo Direito comparado e pela crítica legislativa - discussão *de lege ferenda* (HESSE, 1999, p. 73).

No caso da Suspensão de Segurança nº 3.154-6/RS (DJ em 16/5/07), o ministro Gilmar Ferreira Mendes ressalta que o Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade do art. 35 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, que prescreve: “o pagamento da remuneração mensal dos servidores públicos do Estado e das autarquias será realizado até o último dia útil do mês do trabalho prestado”. Contudo, a plena aplicabilidade deste dispositivo, mesmo já afirmado perfeitamente válido, depende de um estado de normalidade nas finanças públicas estaduais. Como, no caso em questão, era possível verificar a incapacidade financeira de a Administração Pública Estadual cumprir com tal obrigação, sustentou o ministro a possibilidade de a norma constitucional não ser atendida, priorizando-se o atendimento de uma situação concreta em detrimento da observância do dispositivo destacado. Esta decisão ilustra a idéia de Johannes Hessen sobre a necessidade de o direito caminhar em harmonia com a vida, para atender aos interesses reais de seus destinatários.

Nota-se que, nas recentes manifestações do Supremo Tribunal Federal, vários ministros têm dialogado com a Teoria do Direito contemporânea, de forma expressa ou implícita. Conceitos novos, alguns pouco difundidos, podem ajudar no desempenho do importante papel de lançar luzes sobre os fundamentos teóricos que se encontram por trás da ativa postura assumida pela Corte Suprema brasileira. Os precedentes aqui apresentados, aos quais alguns outros poderiam ter sido somados, em alguns de seus pontos nodais ilustram o afirmado, e deixam claro que as teorias tradicionais do Direito por certo já não dão conta de explicar muitas manifestações por meio das quais o STF vem remoldando a jurisdição constitucional.

5 Bibliografia

ALEXY, R. *Tres escritos de los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. On the necessary connection between law and morality: Bulygin's critique. *Ratio Juris*, 2, 2000.

CAMBI, E. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, L.; NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRARI, R. M. M. N. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARCÍA FIGUEROA, A. La teoría del derecho em tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HECK, P. *El problema de la creación del derecho*. Versión castellana de Manuel Entenza. Granada: Comares, 1999.

HESSE K. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSEN, J. *Filosofia dos valores*. Coimbra: Almedina, 2001.

JELLINEK, G. *Teoria general del Estado*. Tradução de Fernando de Los Rios. 2. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

LARENZ, K. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.

MELLO FILHO, J. C. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDES, G. F. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

_____. *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*. Bogotá: Temis, 2005.

SASTRE ARIZA, S. *Ciência jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid: McGraw Hill, 1999.

SCHMITT, C. El problema de la legalidad. In: AGUILAR, Héctor Orestes (Org.). *Carl Schmitt: teólogo de la política*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

SGARBI, A. *Clássicos de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, A. G. Metodologia da ponderação, jurisdição constitucional e direitos fundamentais: a contribuição de Robert Alexy e seus críticos. In: *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, Renovar, ano 1, n. 4, out./dez. 2006.