

O STF pode atuar como legislador positivo?

As sentenças aditivas e as ações constitucionais que discutem a epidemia do zika vírus

Ademar Borges

30 de Novembro de 2016 - 12h29



Foto: Gil Ferreira/SCO/STF

SENTENÇAS ADITIVAS

STF

ZIKA

f 86 in 0    Aa

- Introdução

I O STF examinará no próximo dia 7 de dezembro uma ADI cumulada com uma ADPF ajuizadas pela Associação Nacional dos Defensores Públicos que contestam atos normativos e administrativos (comissivos e omissivos) do poder público relacionados à política pública de prevenção e combate à epidemia do zika vírus. O objetivo principal das ações é garantir efetiva proteção aos direitos fundamentais das mulheres e crianças afetadas pela síndrome congênita do zika, de modo a propiciar acesso ao Benefício de Prestação Continuada (BPC) a todas as vítimas da epidemia, bem como reconhecer a legitimidade da interrupção da gestão da mulher infectada pelo vírus zika, afastando a possibilidade de criminalização nessa hipótese. O julgamento das duas ações será uma excelente oportunidade para o STF rediscutir o problema da legitimidade da criação do direito pela jurisdição constitucional (competência normativa do STF) e também da utilização de técnicas decisórias adequadas para a superação de omissões inconstitucionais.

A pretexto de defender a necessidade de *interpretação conforme a Constituição* de dispositivos da Lei 13.301/16 e do Código Penal, a ANADEP pretende que o STF produza verdadeira *sentença aditiva*, criando direito novo para superar as apontadas omissões inconstitucionais do legislador. A técnica decisória da *interpretação conforme* permite que o STF exclua interpretações da lei incompatíveis com a Constituição, chegando até mesmo a fixar a única interpretação constitucionalmente admissível da lei. Já as *sentenças aditivas* realizam típica operação de integração do ordenamento jurídico por meio de criação de um novo segmento normativo (não referível a um dispositivo legal pré-existente) com o objetivo de superar um estado de omissão inconstitucional (lacuna normativa indesejável capaz de produzir resultados normativos inconstitucionais).

A confusão entre *interpretação conforme a Constituição* e *sentença aditiva* não é mera questão terminológica: cria estímulos para uma atuação não sincera da jurisdição constitucional como legislador positivo e, com isso, dificulta a

compreensão acerca dos limites do exercício dessa competência. Uma coisa é eleger a interpretação da lei que a torne compatível com a Constituição, a partir dos limites semânticos oferecidos pela própria lei. Coisa diversa é superar omissão legislativa inconstitucional por meio da criação de novas normas jurídicas, que não cabem nos limites semânticos da disposição legal interpretada. Definir o espaço de atuação de cada uma dessas técnicas decisórias é importante para criar parâmetros precisos de legitimação da jurisdição constitucional: o STF deve definir claramente as hipóteses em que cria direito novo por meio de sentença aditiva, para que se possa averiguar de modo transparente se essa atuação como legislador positivo se justifica ou não à luz da Constituição, notadamente do princípio democrático.

II – A ADI 5581: o objeto das ações e o controle das omissões legislativas inconstitucionais por meio das sentenças aditivas

As ações, em seu conjunto, apontam *seis grupos de omissões inconstitucionais*: (i) *três de natureza normativa* (ausência de um benefício de prestação continuada sem limitação no tempo em favor das vítimas da epidemia, inexistência de um programa que assegure o recebimento de salário maternidade para mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas por *Aedes aegypti* ou causadas por síndrome congênita do zika e inexistência de regra que autorize a interrupção da gravidez por mulheres infectadas pelo vírus zika) e *três de natureza administrativa* (insuficiência de garantia de acesso a informação sobre o estado atual do conhecimento médico acerca da epidemia do vírus zika e sobre formas de prevenção, deficiência de garantia de acesso a cuidados de planejamento familiar, incluindo métodos contraceptivos, e insuficiência de acesso a serviços de saúde para atendimento integral de todas as crianças com deficiência associada à síndrome congênita do vírus zika).

Para superar as *omissões normativas* inconstitucionais apontadas, a ANADEP pede que o STF confira *interpretação*

conforme a Constituição ao artigo 18 da Lei 13.301/16 (para afastar tanto o limite de três anos estipulado pela Lei nº 13.301/2016 para o pagamento do BPC como o critério de renda familiar nela estipulado, além de garantir o pagamento de salário maternidade para mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas por *Aedes aegypti* ou causadas por síndrome congênita do zika) e ao art. 128, I e II, do Código Penal (para tornar legítima a interrupção da gestação de mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika). E, para superar cada uma das omissões administrativas inconstitucionais, a autora requer que a União seja obrigada a (i) realizar Estimulação Precoce (Auditiva, Física, Intelectual, Visual, Ostomia e em múltiplas deficiências) em Centros Especializados em Reabilitação e oferecer tratamento médico adequado, (ii) coordenar e promover política pública eficaz com entrega de material sobre o vírus zika em postos de saúde e escolas, especialmente para todas as adolescentes e mulheres em idade reprodutiva, e (iii) criar políticas públicas de assistência médica às mulheres em idade reprodutiva ao Executivo Federal, em especial àquelas em situação vulnerabilidade, de distribuição de anticoncepcionais de longa duração. Para a hipótese de não serem acolhidos os pedidos voltados à superação das omissões administrativas inconstitucionais, a ANADEP apresentou, como pleitos subsidiários, outros três pedidos voltados à superação de omissões normativas inconstitucionais, que se prestariam a promover, de igual modo, os direitos à informação, ao planejamento familiar e atendimento integral de saúde das pessoas infectadas. Assim, caso o STF não acolha os pedidos de determinação de criação de políticas públicas, terá que examinar a possibilidade de chegar aos mesmos resultado por meio da interpretação conforme de dispositivos da Lei 13.301/16[1].

A proposta de superação das omissões normativas tidas por inconstitucionais foram veiculadas na forma de pedidos de interpretação conforme a Constituição de dispositivos legais (Lei 13.301/16, Lei 9.2263/96 e Código Penal). A técnica decisória

conhecida como *interpretação conforme a Constituição* é usada pela ANADEP para requerer explicitamente a superação de omissões normativas inconstitucionais. Dito de outro modo: as duas ações de controle de constitucionalidade (ADI e ADPF) valem-se da *interpretação conforme a Constituição* para convocar o STF a legislar positivamente, criando as regras jurídicas necessárias para superar o estado de omissão normativa inconstitucional indicado na petição inicial. A AGU, em sua manifestação nessas ações, defende a tese de que os pedidos deduzidos na petição inicial da ADI e da ADPF são juridicamente impossíveis (vedados pela ordem jurídica), na medida em que a autora não se limitaria a provocar a função de legislador negativo que cabe ao STF exercer no controle concentrado de constitucionalidade, mas pretende, ao contrário, que ele atue como legislador positivo, criando uma nova disciplina legal e administrativa para o enfrentamento da epidemia causada pelo vírus zika.

De fato, a ANADEP pretende que o STF enfrente as omissões legislativas tidas por inconstitucionais não por meio da técnica do *apelo ao legislador*, mas por meio da criação judicial das normas consideradas necessárias para tutelar adequadamente os direitos fundamentais das vítimas da epidemia e também das gestantes infectadas. Embora os pedidos sejam apresentados sob a roupagem da *interpretação conforme a Constituição*, as ações buscam obter verdadeira *sentença aditiva*. O uso da *interpretação conforme* para evitar vácuos normativos indesejáveis, tal como ocorre na ADI/ADPF 5581, é prova de que essa técnica decisória tem servido não apenas para a exclusão de normas jurídicas do ordenamento, mas também – e em clara atuação positiva – para criação de nova disciplina jurídica.

O uso errático da *interpretação conforme* para obtenção de típicas sentenças aditivas produz um deslocamento do real problema a ser enfrentado. Como não se admite a utilização da técnica de *interpretação conforme* para atingir resultado interpretativo não contido nos limites textuais da disposição normativa confrontada com a Constituição, aqueles que

desejam se furtar ao exame da controvérsia constitucional simplesmente defendem que desse mecanismo decisório não permite transformar o Poder Judiciário em legislador positivo. Esse trunfo argumentativo tem sido largamente utilizado pela jurisprudência do STF. Ocorre que o problema não está em saber se a *interpretação conforme* permite ou não a produção de novas normas jurídicas. Evidente que não permite. O problema real consiste em definir, em cada caso, se o pedido apresentado para o STF atue como legislador positivo deve ou não ser admitido à luz da ordem jurídica constitucional. Assim, pouco importa se o autor apresentou o pedido de produção de norma jurídica pelo STF sob a roupagem da *interpretação conforme* ou se assumiu explicitamente que o pedido possui natureza aditiva. O importante é verificar se o STF deve ou não assumir a função de legislador positivo.

A recente experiência jurisprudencial do STF tem confirmado a previsão feita há uma década pelo Ministro Gilmar Mendes no sentido de que *“é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias”* e também de que *“a assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional”*[2]. É verdade que o STF tem avançado a passos largos no sentido enfrentar omissões legislativas inconstitucionais por meio de sentenças aditivas. Torna-se relevante, nesse contexto, definir claramente os contornos dessa técnica decisória e propor parâmetros de validade para a sua implementação.

III – Sentenças aditivas: uma proposta de definição

As sentenças aditivas traduzem mecanismo de *integração* do direito, por meio do qual se cria *norma jurídica* sem a correspondência em uma *disposição normativa* específica. A

distinção entre *disposição* e *norma* serve para traçar uma linha de demarcação entre *interpretação* de disposições normativas e *integração* do direito. Por meio da *interpretação* se extrai da *disposição normativa* uma *norma jurídica*. Já por meio da *integração* do direito se chega a uma norma jurídica sem que haja uma disposição normativa que a exprima. Nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma que “o processo de preenchimento de eventuais vazios normativos recebe o nome de *integração*. Nela não se cuida, como na *interpretação*, de revelar o sentido de uma norma existente e aplicável a dada espécie, mas de pesquisar no ordenamento uma norma capaz de reger adequadamente uma hipótese que não foi especificamente disciplinada pelo legislador”[3].

A interpretação jurídica pressupõe a existência de uma norma jurídica cujo programa normativo alcance a situação controvertida. E se é verdade que, na interpretação jurídica em geral, jamais será possível obter racionalidade e objetividade plenas, como bem adverte Luís Roberto Barroso, “é a *interpretação gramatical ou literal que delimita o espaço dentro do qual o intérprete vai operar*”[4]. Além do limite possível da interpretação jurídica – delimitada pelo texto da norma –, haverá mesmo uma lacuna jurídica ou um vazio normativo, cuja colmatação poderá ser realizada por meio da integração do direito. As sentenças de perfil aditivo produzem norma jurídica na medida em que identificam (ou criam) norma não referível a uma disposição normativa específica, constituindo, desse modo, espécie de *integração* do ordenamento jurídico. Isso porque a atividade desenvolvida pela Corte constitucional, nessa hipótese, encerra a elaboração de norma jurídica para a superação de uma situação de vazio normativo inconstitucional. Não se trata, pois, de mera interpretação de norma jurídica existente em conformidade com a Constituição (*interpretação conforme a Constituição*). Realiza-se, a partir do reconhecimento de que existe um vazio normativo, verdadeira *integração* do ordenamento mediante a *adição* de novo segmento normativo.

Pode-se afirmar, assim, que as sentenças aditivas realizam

típica operação de integração do ordenamento jurídico por meio da criação de um novo segmento normativo com o objetivo de superar um estado de omissão inconstitucional (lacuna normativa indesejável capaz de produzir resultados normativos inconstitucionais). Nas decisões denominadas aditivas, o STF cria normatividade. É o Judiciário que edita norma. Importa investigar, em cada caso, se o ato de criação do direito por meio de sentença aditiva invade ou não a esfera de atuação legítima do Poder Legislativo.

IV – Uma proposta de delimitação da competência normativa do STF: quando é possível editar uma sentença aditiva?

Para debater os limites do exercício da função de legislador positivo pelo STF, deve-se ressaltar, em primeiro lugar, uma importante particularidade do direito brasileiro, que é a previsão, no texto constitucional de 1988, do instituto do mandado de injunção: *“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”* (artigo 5º, LXXI). O instituto permite expressamente a edição de sentenças aditivas. A inovação no modelo de superação da omissão legislativa inconstitucional resultante da introdução, entre nós, do mandado de injunção tem grande relevância na construção de uma concepção brasileira de legitimidade das sentenças aditivas. A autorização constitucional para a edição de sentenças aditivas pelo Judiciário brasileiro vem acompanhada do estabelecimento das possibilidades e limites para esse exercício. Em síntese, a norma constitucional disciplinadora do instituto exige, para a concessão do pedido formulado no mandado de injunção, a presença cumulativa das seguintes condições: (i) existência de um direito constitucionalmente reconhecido como fundamental; (ii) não autoaplicabilidade da norma constitucional que consagra o direito; (iii) ausência de norma regulamentadora; (iv) mora legislativa a exceder período

razoável de tempo; (v) inviabilidade do exercício do direito.

Defendo uma proposta de delimitação da competência normativa do Supremo Tribunal Federal a partir do referencial normativo do mandado de injunção. A ideia central baseia-se na premissa segundo a qual o artigo 5º, LXIX, da Constituição apresenta natureza bifronte: (i) *de um lado*, cria um mecanismo processual adequado à superação do estado de omissão inconstitucional; (ii) *de outro*, estabelece um campo delimitado de atuação normativa do Supremo Tribunal Federal.

Considerada a dupla função exercida pela norma constitucional que prevê o mandado de injunção, convém sublinhar a segunda função da norma constitucional que institui o mandado de injunção, atribuindo-lhe a função de parametrizar substancialmente a competência normativa do STF.

A competência normativa do STF é uma só e encontra legitimidade na norma constitucional que autoriza a produção de normas jurídicas pelo Tribunal para viabilizar o *exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*. A proposta ora defendida baseia-se na ideia de que, embora o ideal seja confiar à deliberação pública a justificação das decisões políticas, o potencial legitimador da deliberação só se manifesta em contextos em que seus pré-requisitos são respeitados.

Entendo, por isso, que a *função normativa* desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal deve circunscrever-se à *superação de estado de omissão inconstitucional* que obstaculize o exercício de *direitos materialmente fundamentais*[5]. Essa assertiva resulta do entrelaçamento das seguintes premissas teóricas: (i) a regra constitucional que disciplina o mandado de injunção expressa uma norma de competência normativa deferida pela Constituição ao STF; (ii) a Constituição define o âmbito material de incidência da competência normativa do STF ao estabelecer que “*conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”; (iii) a norma

constitucional que define a competência normativa do STF deve ser interpretada, como exigência do respeito ao princípio democrático, de modo a autorizar a criação judicial de normas para superação do estado de omissão inconstitucional que inviabilize o exercício de direitos materialmente fundamentais.

Serão considerados materialmente fundamentais, ademais, os direitos que representam condições procedimentais da democracia. Isso porque, nessa forma de governo, a deliberação só pode ser limitada em favor da garantia da continuidade e da integridade da própria democracia. Por essa razão, ao proteger direitos fundamentais em sentido substancial, o Judiciário não se apodera das prerrogativas inerentes à deliberação democrática, mas possibilita que a maioria delibere melhor ao aperfeiçoar esse processo. A proposta de identificação dos direitos materialmente fundamentais com as condições procedimentais da democracia constitui o resultado de uma tentativa de *reconstrução interpretativa* do sistema de direitos fundamentais à luz do princípio democrático. Percebe-se, assim, que o controle da omissão inconstitucional por meio da criação judicial de normas jurídicas pode ser justificado, sob o prisma filosófico, pelo princípio democrático: a produção de normas jurídicas pelo STF, quando voltada à superação da omissão inconstitucional que inviabiliza o exercício de direitos materialmente fundamentais, serve à garantia das condições procedimentais da democracia.

V – O STF pode atuar como legislador positivo ao julgar a ADI 5581?

O julgamento das ações constitucionais que discutem a epidemia do zika (ADI/ADPF 5581) revela de modo bastante claro a pretensão de utilização da técnica de *interpretação conforme a Constituição* para obter típica *sentença aditiva*. Isso não significa que os pedidos formulados nas ações não devam ser acolhidos. Pelo contrário: todos os pedidos cautelares e principais merecem integral acolhimento. Apenas se deve atentar para o fato de que as ações demandam do STF típica atuação normativa de criação do direito, que se desenvolve

segundo parâmetros diferentes daqueles que balizam a técnica de *interpretação conforme*. A confusão entre as duas técnicas decisórias acarreta um duplo efeito: (i) a redução quantitativa e qualitativa da técnica consistente na *sentença aditiva*, forçada pela limitação imposta pelo vetor hermenêutico da *interpretação conforme*; (ii) a indevida ampliação da utilização da técnica de *interpretação conforme a Constituição*, considerada a barreira imposta pelas limitadas interpretações possíveis do texto literal da norma adjudicada[6].

Pode-se afirmar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora de modo geral atenta aos limites tradicionalmente impostos à técnica da *interpretação conforme a Constituição*, em diversas ocasiões, pronunciou verdadeiras *sentenças aditivas* sob o manto da *interpretação conforme*. Isso não significa, desde já, que essas sentenças sejam, por essa razão, ilegítimas. A legitimidade da sentença aditiva exige a satisfação de requisitos diferentes daqueles requeridos para o manejo adequado da técnica da interpretação conforme. A insinceridade da Corte Constitucional, nesse campo, revelada por meio da edição de sentenças aditivas “*camufladas*” de sentenças meramente interpretativas (interpretação conforme a Constituição[7]) dificulta a compreensão do exercício da função normativa por parte do STF e impede o desenvolvimento de critérios claros para o controle da legitimidade dessa peculiar função exercida pelo órgão encarregado do controle de constitucionalidade das leis.

Com efeito, a demonstração da presença dos requisitos que autorizam a edição das sentenças aditivas – (i) existência de omissão inconstitucional; (ii) da qual resulte obstáculo para o exercício de direitos materialmente fundamentais – constitui ônus argumentativo do qual o STF deve se desincumbir ao criar direito novo no lugar do legislador. Esses requisitos encontram-se claramente demonstrados na ADI 5581. Em *primeiro lugar*, a ANADEP configurou corretamente o estado de omissão inconstitucional do poder público: a política pública desenhada pelo legislador não confere proteção suficiente às crianças

vítimas da epidemia e às gestantes infectadas. Em *segundo lugar*, não há qualquer dúvida de que as omissões inconstitucionais apontadas na petição inicial impedem o exercício de direitos dotados de evidente fundamentalidade material: dignidade do ser humano, livre desenvolvimento da personalidade, direitos a liberdade e a integridades física e psicológica, direito a informação, proteção à infância e à maternidade, direito a saúde e a prevenção de doenças, direito a seguridade social, direito a planejamento familiar e liberdade reprodutiva e direito a proteção de pessoas com deficiência. Em *terceiro lugar*, o acolhimento dos três pedidos aditivos voltados à superação das omissões legislativas inconstitucionais apontadas na ação não suprime indevidamente a margem de conformação legislativa. Isso porque as soluções normativas propostas pela autora – afastar tanto o limite de três anos estipulado pela Lei nº 13.301/2016 para o pagamento do BPC como o critério de renda familiar nela estipulado, além de garantir o pagamento de salário maternidade para mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas por *Aedes aegypti* ou causadas por síndrome congênita do zika e, por fim, tornar legítima a interrupção da gestação de mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika – revelam-se constitucionalmente obrigatórias. Não há outro modo de suprimir as omissões inconstitucionais que não seja pelo acolhimento das soluções apresentadas na inicial. Daí porque também não se pode alegar violação à discricionariedade do legislador.

É verdade que a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez pela mulher infectada com o vírus zika, embora possa ser alcançada pela via da *sentença aditiva*, que produziria uma nova hipótese de exclusão de antijuridicidade da conduta, ao lado das outras duas já existentes, também pode ser atingida por meio da *interpretação conforme* do plexo normativo formado pelo tipo penal incriminador e pela causa de exclusão de antijuridicidade do *estado de necessidade*. Nesse caso, não há como negar que a solução alvitada pela ANADEP está de algum modo contida nos limites semânticos das disposições legais já

existentes. O pedido para tornar legítima a interrupção da gestação de mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika está situada em zona limítrofe entre a *interpretação* das disposições penais pertinentes e a *integração* do direito penal pela via da inserção de uma nova causa de exclusão de ilicitude. Daí porque, por consequência, também não se pode determinar com absoluta precisão se a técnica decisória mais adequada para a solução dessa controvérsia constitucional é a *interpretação conforme* ou a *sentença aditiva*.

De qualquer modo, a despeito de parecer evidente que a interrupção voluntária da gravidez nos primeiros meses da gestação não possa ser criminalizada – já que a sua proibição provoca grave violação à dignidade da mulher, tanto sob o ponto de vista da sua integridade física e psíquica como também sob a ótica da sua autonomia (refletida nos seus direitos reprodutivos) –, a proibição do aborto envolvendo mulheres infectadas com zika vírus se mostra ainda mais ofensiva aos direitos fundamentais das gestantes. Diante do enorme sofrimento a elas imposto nessa situação – o que se agrava com o baixo grau de proteção à sua saúde oferecido pelo poder público –, a criminalização da interrupção voluntária da gravidez parece ainda mais próxima da tortura.

VI. Considerações finais

A caracterização da eventual decisão de acolhimento da ADI 5581 como sentença aditiva tem pelo menos duas consequências diretas na solução da controvérsia: (i) uma de natureza procedimental, pois o reconhecimento de que o Supremo Tribunal Federal exercerá função normativa primária (ainda que legítima) torna recomendável, como condição para o julgamento de mérito, garantir a abertura processual aos mais diversos atores envolvidos no debate público da sensível questão constitucional debatida; (ii) outra de natureza substancial, uma vez que a *ausência de solução constitucional obrigatória* – ao menos no que diz respeito às formas de superação das *omissões inconstitucionais administrativas* – sugere que o Tribunal adote, em relação a esses pedidos de

providências administrativas, postura de maior auto-restrição, convocando o Congresso Nacional e o Poder Executivo, em típico processo de diálogo institucional, para completar normativamente a decisão do STF.

Embora se deva promover amplo debate, inclusive com a realização de audiência pública, para discutir as soluções mais adequadas para superar o atual estado de omissão inconstitucional do poder público, não se deve perder de vista que há um problema urgente a ser enfrentado: milhares de mulheres e crianças afetadas pela síndrome congênita do zika têm tido seus direitos fundamentais violados diária e sistematicamente no Brasil. Somente uma solução de natureza aditiva, com a criação judicial de normas capazes de assegurar um *standard* mínimo de proteção das mulheres gestantes infectadas e das crianças afetadas pelo vírus zika, será capaz de fazer cessar as graves violações dos direitos fundamentais à vida, à integridade física e à saúde.

Por fim, duas observações fazem-se necessárias no contexto do exame dos pedidos cautelares que serão examinados na sessão do dia 07/12. *Primeiro*, a alegação da AGU e do PGR de que a ANADEP não possui legitimidade ativa para provocar a intervenção do STF em tema de tamanha relevância para as gestantes de baixa renda soa mesmo absurda. Definitivamente, é chegada a hora de revistar a rigidez com que a jurisprudência do STF examina a satisfação do requisito da pertinência temática, fruto de estranho cruzamento do processo objetivo com as categorias tradicionais do processo subjetivo. *Segundo*, a desistência apresentada pela ANADEP do pedido cautelar dirigido a afastar a criminalização da interrupção voluntária da gravidez não deve surtir efeitos processuais válidos. O art. 5º da Lei da ADI é claro afirmar que “*proposta a ação direta, não se admitirá desistência*”. A disposição normativa é compatível com a natureza estritamente objetiva da ação de controle concentrado. A desistência é ato potestativo de disposição de um interesse por parte do seu titular. O autor da ADI não é titular da pretensão deduzida, razão pela qual dela não pode

desistir. Do mesmo modo que a jurisprudência do STF não admite a desistência de pedido principal formulado em ação direta, também deve admitir a desistência de pedido cautelar.

[1] As duas ações de controle concentrado ajuizadas de forma simultânea apresentam, portanto, três pedidos voltados à superação de omissões normativas inconstitucionais e outros três que têm por objetivo o enfrentamento de omissões administrativas inconstitucionais. Esses últimos três pedidos se apresentam, de modo subsidiário, também na forma de pedidos de superação de omissões normativas inconstitucionais. Têm-se, no total, seis pedidos que veiculam pretensão de correção de omissões normativas inconstitucionais (três em caráter principal e três em caráter sucessivo). Na linguagem adotada pela doutrina italiana, a ANADEP deduziu, em caráter principal, três pedidos de produção de *sentença aditiva em sentido estrito* (para superar estados de omissão normativa) e três pedidos de realização de *sentença aditiva da prestação* (para resolver estados de omissão administrativa). Para a autora, a superação das omissões de caráter administrativo podem ser atingidas também pela produção de sentença aditiva em sentido estrito (capaz de, por meio da superação de determinadas omissões normativas inconstitucionais, gerar obrigações prestacionais aptas a resolver as omissões administrativas inconstitucionais).

[2] STF – Cf. ADI 1351, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006, DJ de 30-03-2007.

[3] BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, Revista Diálogo Jurídico, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais. Acesso em: 13 de agosto de 2014.

[4] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora – 7. Ed. Rev. – São Paulo: Saraiva, 2009.

[5] Defendi essa ideia com maior profundidade em livro que trata especificamente do tema: SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira.

Belo Horizonte: Fórum, 2016.

[6] A confusão entre interpretação de normas e adição de normas foi objeto de severa crítica por Silvestri: “La particolarità sta però nel fatto che questa operazione non viene condotta attraverso la caducazione di una disposizione o parte di disposizione, bensí mediante la specificazione di una nuova e diversa disciplina della fattispecie. In buona sostanza, lo scopo della Corte è quello de introdurre una norma nuova nell’ordinamento, non di eliminare una norma existente ma illegittima. Solo che questa attività sostanzialmente legislativa viene sussunta nella categoria dell’interpretazione, costringendo gli studiosi a ricorrere ala ormai famosa distinzione tra norma e disposizione (...)” (Cf. Silvestri, Gaetano. Le sentenze normative della corte costituzionale. In: Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli. Padova: Cedam, 1985. p. 755-794, v. 1., p. 759).

[7] Carlos Alexandre de Azevedo Campos, depois de citar como exemplo a conhecida decisão do STF que, por via da interpretação conforme, transformou em incondicionada a ação penal ajuizada contra o agressor da mulher em ambiente doméstico – nos casos de lesão corporal leve e culposa –, conclui que *“[e]ste e outros casos de interpretação conforme a constituição, assim como os de interpretação constitucional direta, revelam aspecto subjetivo muito interessante da dimensão metodológica do ativismo judicial no Supremo: a maioria dos ministros nega estar criando judicialmente o direito, se diz incomodada com as sentenças aditivas e exalta a figura Kelseniana do legislador negativo, mas, com frequência enorme, profere votos escancaradamente manipulativos dos sentidos normativos das leis ou inovadores até mesmo da ordem constitucional. Muitos ministros do Supremo são ativistas, proferem decisões ativistas em sentido metodológico, mas negam essa condição assim como a prática. A interpretação conforme a constituição, inclusive, tem sido a principal ferramenta dessa insinceridade institucional”* (Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 295).

Ademar Borges - Advogado. Procurador do Município de Belo Horizonte. Mestre em Direito Constitucional pela UFF. Doutorando em Direito Público pela UERJ. Colaborador da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ. Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC. Membro do Instituto de Diálogos Constitucionais – IDCon



Márcio Falcão e Livia Scocuglia
STF libera candidatura de Maia à presidência da Câmara



Livia Scocuglia
STF: 13º e férias a prefeitos e vices



COMENTÁRIOS

Assine |
Quem Somos |
Fale Conosco |

