

**FACULDADE SANTO ANTÔNIO DE PÁDUA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

João Vitor Bastos Moraes

**O EFEITO MANIPULATIVO DAS DECISÕES:
Uma Análise Crítica Sobre o Papel Criativo do Supremo
Tribunal Federal e os Limites da Separação de Poderes**

Santo Antônio de Pádua / RJ
2025

JOÃO VITOR BASTOS MORAIS

**O EFEITO MANIPULATIVO DAS DECISÕES:
Uma Análise Crítica Sobre o Papel Criativo do Supremo Tribunal Federal
e os Limites da Separação de Poderes**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Santo Antônio de Pádua como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadores: Dinart Rocha Filho e Carlos Alberto de Souza Silva.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Carlos Alberto de Souza Silva, Mestre - FASAP

Prof. Inessa Trocilo Rodrigues Azevedo, Doutora e Mestre - FASAP

Prof. Karine Bastos Silva, Mestre - FASAP

Santo Antônio de Pádua / RJ
2025

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar o princípio da separação dos poderes e traçar a evolução do Poder Judiciário brasileiro, como um Poder autônomo e independente que exerce um certo protagonismo, ante a morosidade Legislativa em acompanhar a evolução social. O trabalho parte da constatação da morosidade Legislativa em acompanhar os anseios sociais, o que tem levado o Supremo Tribunal Federal a adotar técnicas interpretativas mais amplas no exercício do controle de constitucionalidade. Entre elas, destacam-se as sentenças manipulativas, que buscam adequar normas infraconstitucionais à Constituição Federal, que por vezes é invocada visando a proteção de determinados segmentos da sociedade. A atuação do Judiciário nessa perspectiva suscita debates quanto aos seus limites institucionais e à possibilidade de usurpação da função legislativa. Embora exista controvérsia quanto ao papel do Supremo como agente de criação normativa, sua atuação por meio das sentenças manipulativas, desde que respeitados os parâmetros constitucionais, pode ser compreendida como mecanismo legítimo de efetivação dos direitos fundamentais e de preservação do Estado Democrático de Direito.

Palavras chave: Decisões Manipulativas; Supremo Tribunal Federal; Separação de Poderes.

Introdução

O Estado Democrático de Direito é resultado de um processo histórico influenciado por diversas teorias filosóficas que propuseram a separação das funções estatais como elemento essencial para garantir o equilíbrio e o funcionamento do Estado. A partir dessas ideias, consolidaram-se a teoria fundamentada por Montesquieu, como separação de poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – autônomos e independentes entre si.

O Poder Judiciário, foco central desta análise, também passou por um processo de transformação ao longo da história brasileira. De uma função tradicionalmente voltada apenas à aplicação literal da lei, evoluiu para um protagonismo.

É importante reconhecer que o Poder Legislativo não é capaz de prever todas as situações que surgem na dinâmica da sociedade. Essa limitação tem levado o Judiciário, a ultrapassar sua função precípua de aplicador da lei, assumindo uma postura interpretativa que, em certos casos, resulta na complementação ou até mesmo na modificação de normas, de modo a alinhá-las ao texto sagrado da Constituição.

Nesse contexto, destacam-se as chamadas sentenças manipulativas, que nada mais são do que decisões proferidas, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade. Essas decisões consistem em uma técnica interpretativa ampliada, que permite à Corte introduzir novos conteúdos às normas existentes, seja para suprir lacunas (efeitos aditivos), seja para substituir dispositivos considerados inconstitucionais (efeitos substitutivos), sempre com o objetivo de adequar a norma à Constituição.

Ainda que essa atuação do Supremo possa ser entendida como um legislador positivo, ela deve respeitar os limites impostos pela própria Constituição.

Diante desse cenário, surgem importantes questionamentos: quais são os impactos da manipulação das normas na separação de poderes? É possível que o Poder Judiciário atue como legislador positivo sem infringir tal princípio?

Para responder a essas indagações, esta pesquisa adotou como base a análise doutrinária, jurisprudencial e dispositivos legais.

O principal objetivo deste trabalho é compreender o conceito e os efeitos das sentenças manipulativas, investigando especialmente a possibilidade de criação normativa por parte do Judiciário. Para tanto, serão abordados o princípio da separação dos poderes e a evolução histórica do Poder Judiciário, passando pela jurisdição constitucional, além de se examinar a natureza e os efeitos – aditivos e substitutivos – dessas decisões.

Dado o aumento na frequência com que o Supremo Tribunal Federal tem recorrido a esse tipo de decisão, seja para atualizar normas que não mais refletem a realidade social, seja para suprir omissões legislativas, o tema se mostra de grande relevância. A análise crítica desse fenômeno é fundamental para avaliar seus reflexos no equilíbrio entre os poderes e na consolidação do Estado Democrático de Direito.

A Evolução do Poder Judiciário à Luz da Separação dos Poderes

O Estado Democrático de Direito, possui como pedra angular o princípio da separação dos poderes, dentro de um poder uno, indivisível e indelegável. Tal princípio, além de delimitar a função de cada órgão estatal, estabelece um sistema de freios e contrapesos (checks and balance), onde os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário se controlam mutuamente com o fito de evitar a sobreposição de um poder sobre os demais, garantindo, assim, um equilíbrio. Anterior a vigência na Constituição brasileira, tal modelo foi proposto pela primeira vez na Constituição Americana, em 1787 (BARROSO, 2010).

Em que pese a Constituição Americana de 1787, ter se debruçado sobre o tema pela primeira vez, tal referencial teórico advém do pensamento de Charles-Louis de Secondat, mais conhecido como o Barão de Montesquieu, a qual preleciona:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter força de um opressor (MONTESQUIEU, 2000, p.168).

A vinculação do constitucionalismo à tripartição de poderes encontrou sua formulação clássica na Declaração Francesa dos Direitos do Homem, de 1789. Desde então, o princípio da separação dos poderes passou a ser adotado pelo Estado Constitucional como cerne da estrutura organizatória do Estado (TAVARES, 2025).

Nesse ínterim, a separação de poderes de cada órgão estatal, limita a atuação de cada um e impedindo, deste modo, a sobreposição de um poder sobre o outro, estabelecendo e concretizando as premissas democráticas. No entanto, cabe ressaltar que a separação de funções a cada Poder, não necessariamente significa o uso exclusivo do encargo, mas apenas a sua função principal (BARROSO, 2010).

Assentada tal premissa, de que a função não é exclusiva, mas sim principal, surge nesta perspectiva a necessidade da criação de um Poder Judiciário,

autônomo, imparcial e externo, o qual exerce o controle entre os demais, ante a “falibilidade” do Poder Legislativo e a deferência dos demais à Carta Magna .

Conti (2017) preleciona que, não fora uma preocupação única e exclusiva da Magna Carta de 1988 uniformizar as funções do Estado, mas sim de estruturar os poderes, conferindo ao Poder Judiciário “o reconhecimento da independência da função jurisdicional em dar a última palavra sobre o que é direito, em caso de conflito”.

Nas palavras de Mendes e Branco (2021, p. 512):

A Constituição de 1988 confiou ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição. Conferiu-se autonomia institucional, desconhecida na história de nosso modelo constitucional e que se revela, igualmente, singular ou digna de destaque também no plano do direito comparado. Buscou-se garantir a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário. Assegurou-se a autonomia funcional dos magistrados.

Transcorrido a Proclamação da República, na Constituição de 1891, o Brasil inaugura um Poder Judiciário autônomo, baseado na divisão de poderes concebidos como independentes e harmônicos. Contudo, à época observava-se a sobreposição do Poder Executivo sobre Legislativo e o Judiciário, revelando um verdadeiro desequilíbrio entre as funções estatais. A Constituição de 1934, embora tenha alavancado avanços na estrutura do Poder Judiciário, com regulamentação dos órgãos, não foi capaz de romper, de forma substancial, com essa lógica de sobreposição do Executivo, a qual fora intensificada com a Carta de 1937 (SIERRA; REIS, 2018).

Com o advento da Constituição de 1946, após quase dez anos, é que o Poder Judiciário passa a exercer, de maneira mais efetiva e concreta, a autonomia outorgada. Essa trajetória, no entanto, seria novamente interrompida em 1964, durante o regime militar e a conseqüente promulgação de uma nova Constituição, que veio a restringir drasticamente a independência do Judiciário frente aos demais poderes da República, inclusive, com a cassação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Vitor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva (SIERRA; REIS, 2018).

Tal conjuntura revela a persistência de um ciclo de instabilidade institucional ao longo da trajetória brasileira, conforme explicita (ARAÚJO, 2004, p. 411):

Na verdade, a história constitucional brasileira, exceto o período imperial, demonstra uma acentuada instabilidade, expressa no significativo volume de emendas, leis constitucionais, atos institucionais e outras providências constitucionais, emergenciais ou corretivas, o que permite concluir que os fatores de ordem política sempre diluíram a identidade do Poder Judiciário, ora através de emendas e atos institucionais que restringem os seus poderes e competências, ora através da elaboração de uma nova constituição, que lhe transmuda a organização ou procura resgatar os momentos de refluxo da constituição imediatamente anterior.

Com a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário, finalmente, assume uma identidade autônoma e independente, exercida até a atualidade, o que levou à efetividade do princípio da tripartição dos poderes, garantindo adequada distribuição das funções. Antes da Constituição Cidadã, o Executivo, frequentemente, se sobrepunha aos demais, ao passo que hodiernamente o Poder Judiciário deixou de ser considerado um poder com menor relevância e passou a gozar autonomia e independência ante os demais poderes. Nesse cenário, notadamente, o Judiciário atua em suas funções típicas julgando litígios, quando instado e exercendo controle de constitucionalidade das normas jurídicas. (SIERRA; REIS, 2018).

Nesse viés, destaca-se a função do Poder Judiciário de exercer o controle de constitucionalidade de toda a norma de venha a integrar o ordenamento jurídico pátrio.

Da Jurisdição Constitucional e do Controle de Constitucionalidade

Antes de adentrar ao mérito do presente trabalho, faz-se necessário estabelecer premissas teóricas acerca da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade que nortearão o estudo das decisões manipulativas e do papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao explicar a jurisdição constitucional, ensina José Afonso da Silva (2005, p. 557):

A jurisdição constitucional emergiu historicamente como um instrumento de defesa da Constituição, não da Constituição considerada como um puro nome, mas da Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos. Essa é uma questão fundamental que, que se coloca em resposta aos tipos de ataques que a Constituição possa sofrer, surgindo disso dois sistemas: o norte-americano e o europeu.

Barroso (2022, p. 23) define a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade como antônimos, embora frequentemente utilizadas de forma intercambiável, nesse sentido:

Trata-se, na verdade, de uma relação entre gênero e espécie. Jurisdição constitucional designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade. Neste último caso estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional.

Sendo assim, pode ser exercida através de um controle difuso (norte-americano) ou concentrado (europeu) de constitucionalidade. Em suma, a jurisdição constitucional visa o resguardo da Constituição e da separação dos poderes.

O controle de constitucionalidade é a forma de adequação dos atos normativos e das normas infraconstitucionais à Constituição, por ser a *Lex Máxima*, a norma de maior hierarquia, na pirâmide de Kelsen e que dispõe, em caráter normativo geral, sobre todos os aspectos, deve ter protegida sua supremacia e os direitos e garantias dela decorrentes. Assim, controlar a constitucionalidade de uma norma é, pois, verificar a adequabilidade de determinada lei ou ato normativo para com a Constituição, especificamente em seus aspectos formais e materiais (THAMAY, 2016).

Existem dois modelos de controle de constitucionalidade: o difuso (americano) e o concentrado (austríaco). O ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema misto, incorporando ambos os mecanismos de controle, de forma complementar.

O controle concentrado de constitucionalidade (austríaco), defendido por Kelsen, transfere a atribuição de aferir a compatibilidade da norma com a Constituição para o Tribunal Constitucional. Ao passo que, no sistema americano, por sua vez, no controle de constitucionalidade difuso, assegura a qualquer juiz ou tribunal, ressalvadas as regras de competência, de qualquer instância, se debruçar acerca da constitucionalidade de determinada norma impugnada (MENDES; BRANCO. 2021).

Nesse sentido, acentua Mendes e Branco (2021, p. 565):

(...) o controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder/dever de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes desse modelo misto sejam o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva), da competência do Supremo Tribunal Federal.

No ordenamento jurídico brasileiro, utiliza-se como referência o entendimento de que a norma inconstitucional é nula. A declaração de inconstitucionalidade tem, como regra, eficácia retroativa ou *ex tunc*, desconstituindo, assim, quaisquer efeitos eventualmente produzidos pelo ato normativo, de forma a restabelecer as partes ao estado anterior àquele em que se encontravam quando a norma foi produzida. O Direito brasileiro admite, contudo, exceções, inclusive, no que diz respeito à luz de situações concretas, em que se constate que a retroatividade plena pode gerar uma situação ainda mais danosa do que a permanência da norma inconstitucional. (BARROSO, 2016).

Portanto, nenhuma norma editada pelo Poder Legislativo que contraria a Constituição pode ser válida, visto que a Constituição é a *Lex Máxima*; a lei das leis; o início, o meio e o fim; a pedra angular do Estado de Direito. Tal afirmação é inegável, se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma norma tida como incompatível, seria por violar sua supremacia. Sendo assim, a inconstitucionalidade deve ser observada sob a ótica da nulidade, denunciando o vício de origem e a impossibilidade de se fazer convalidado o ato.

Corroborando tal entendimento, assenta Barroso (2022, p. 37):

Corolário natural da teoria da nulidade é que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório – e não constitutivo – limitando-se a reconhecer uma situação preexistente. Como consequência, seus efeitos se produzem retroativamente, colhendo a lei desde o momento de sua entrada no mundo jurídico. Disso resulta que, como regra, não serão admitidos efeitos válidos à lei inconstitucional, devendo todas as relações jurídicas constituídas com base nela voltar ao *status quo ante*.

Neste diapasão não há como deixar de tratar das decisões de caráter manipulativo que surgem dentro do controle concentrado de constitucionalidade e que permeiam o cenário jurídico que envolve o Supremo Tribunal Federal no nosso país.

Do Papel Criativo

No que diz respeito ao papel criativo dos tribunais, suas decisões podem assumir a natureza de decisões interpretativas ou de decisões construtivas, sendo, esta última também denominada como manipulativas ou modificativas, a depender do grau de inovação que produzam no direito.

As decisões interpretativas são aquelas em que o Tribunal atribui ou afasta um significado ou uma incidência que poderia ser extraída do programa normativo da lei. Nesse caso, o juiz determina, dentre as interpretações positivadas pelo legislador, a que melhor adequa aos princípios e garantias firmados pela Constituição, ou suprime significados inconstitucionais. (BARROSO, 2022).

Constituem espécies desse gênero: (i) a interpretação conforme à Constituição; (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; (iii) a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador; e (iv) a declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade. (COSTA, 2019).

Em que pese a natureza das decisões, o presente trabalho fará uso, fundamentalmente da análise das decisões manipulativas, levando em consideração sua importância e relação direta com o tema proposto e apresentado a seguir.

Ao passo que as decisões construtivas ou manipulativas, a seu turno, conferem aos dispositivos interpretados significados que não podem ser diretamente extraídos do programa normativo da lei, procurando ampliar ou modificar o seu conteúdo e alcance, a fim de compatibilizá-lo ao texto da Constituição. Nessa hipótese, há de certo modo, uma maior atuação criativa pelas Cortes Constitucionais, com a adição ou substituição do sentido normativo atrelado ao texto originalmente elaborado e aprovado pelas instâncias que possuem a capacidade constitucional para tal. (BARROSO, 2022).

Nesse sentido, salienta José Adércio Leite Sampaio (2001, p. 174):

É certo que a fronteira entre a mera interpretação de um enunciado pode ser tênue e suscitar divergências. A classificação é útil, contudo, para que se possa atuar com alguma precisão técnica na matéria. Vale observar, ainda, que ambas as modalidades de decisão – interpretativas e manipulativas – constituem gêneros que abrangem espécies distintas, e sobretudo no que respeita às decisões manipulativas, podem-se encontrar, na doutrina, classificações superpostas e divergentes.

Segundo Barroso (2022), as decisões manipulativas tem origem europeia, em especial na Corte Constitucional Italiana. Nessa modalidade de decisão, o intérprete insere novos conteúdos às leis, com o fito de compatibilizá-las com a Constituição Federal, conteúdos os quais não teriam como serem extraídos diretamente da norma.

Conforme anota o doutrinador Romboli (*Apud* MENDES; BRANCO, 2021, p. 715) “a Corte modifica diretamente a norma posta ao seu exame, através de decisões que são definidas como ‘autoaplicativas’, a indicar o caráter imediato de seus efeitos, que prescindem de qualquer sucessiva intervenção parlamentar”.

Assim, as decisões de caráter manipulativos vinculam toda a Administração Pública e os demais órgãos do Poder Judiciário. Por outro lado, tais efeitos não se estendem ao Poder Legislativo, no uso de sua competência legiferante, sendo, portanto, lícito ao Congresso legislar sobre temas contrários à decisão judicial posta.

O gênero de decisão manipulativa abarca as técnicas de: i) decisão com efeito aditivo; e ii) decisão com efeito substitutivo.

As decisões manipulativas de efeito aditivo, por sua vez, consubstanciam-se na premissa de que a Corte declara a inconstitucionalidade de uma norma em razão da omissão nela identificada. Por meio dessa atuação, o Poder Judiciário amplia o alcance do vácuo trazido pela norma, suprimindo a deficiência normativa em determinado aspecto (MENDES; BRANCO, 2021).

Segundo ensina La Vega (*Apud* MENDES; BRANCO, 2021, p. 715):

É possível compreender a proliferação das decisões manipulativas de efeitos aditivos, levando-se em conta três fatores: a) a existência de uma Carta política de perfil marcadamente programático e destinada a progressivo desenvolvimento; b) a permanência de um ordenamento jurídico-positivo marcados resquícios autoritários; e c) a ineficácia do Legislativo para responder, em tempo adequado, às exigências de atuação da Constituição e à conformação do ordenamento preexistente ao novo regime constitucional.

O artigo 102 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), autoriza que o Judiciário, com o fito de preservar a própria Carta, possa declarar a inconstitucionalidade de determinada norma no que se destoa dos preceitos constitucionais pelos quais foram estabelecidos. O Poder Legislativo, caminha a passos lentos no que concerne a evolução da sociedade, o que justifica, por sua vez, o aumento de decisões de caráter manipulativo com efeito aditivo.

Registra-se que tais técnicas de decisões não se limitam às Ações Diretas de Inconstitucionais e às Declaratórias de Constitucionalidade, sendo perfeitamente plausível a discussão do tema nos “remédios constitucionais”, como visto a seguir.

No tocante as decisões manipulativas com efeito aditivo, são aquelas em que, após o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, por não prever determinado conteúdo, a Corte agrega (adita) à norma valores que deveriam ter sido previstos, com finalidade de manter o ato objeto de controle com validade no sistema jurídico (BARROSO, 2022).

Nas decisões aditivas, o Judiciário acaba adicionando uma hipótese não prevista na lei. Esse tipo de decisão está sendo muito utilizada pelo STF, embora não seja explicitamente assumida sua utilização.

A título de exemplo da utilização de tal técnica pela Corte, podemos citar o julgamento da ADPF 54, em que o Tribunal autorizou a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, mesmo diante da inexistência de excludente de ilicitude, previsto no art. 128 do Código Penal.

No que tange ao efeito substitutivo das decisões manipulativas, traduz-se que nessa técnica de decisão a Corte não se limita à apenas declarar por inconstitucional uma norma, como também insere no sistema, mediante declaração própria, uma norma nova (BARROSO, 2010).

Diante de tal questão, pode-se afirmar que, ao utilizar de tal técnica, o Supremo Tribunal Federal passa a exercer função estranha a delimitada pela Constituição e passando a exercer função típica do Poder Legislativo, qual seja, legislar, ao assumir a criação do direito. Trata-se, portanto, de uma expressiva manifestação de poder no âmbito da atuação jurisdicional (CAMPOS, 2015).

Nesse sentido, salienta Barroso (2019, p. 315) acerca dos efeitos substitutivos das decisões manipulativas:

A declaração da inconstitucionalidade da norma, pelo que ela prevê, gera, então, uma omissão normativa ou um vácuo, que é tão ou mais danoso e violador da Constituição do que a própria norma declarada inconstitucional. Essa é justificativa para que, além de declarar a inconstitucionalidade, a Corte supra a omissão inconstitucional gerada por sua própria decisão. Nessa hipótese, a Corte declara “a inconstitucionalidade da disposição, na parte em que prevê ‘X’, em lugar de prever ‘Y’ para estar em conformidade com a Constituição”. O conteúdo que se explicita que a norma deveria ter previsto, para estar de acordo com a Constituição, corresponde ao componente reconstrutivo do julgado.

As decisões substitutivas enfrentam maior resistência quando comparadas as de efeito aditivo. Visto que a adição se atém a estender determinado regime jurídico já existente à grupos, originalmente, não contemplados com tal extensão. No entanto, o que se pretende nos efeitos substitutivos é substituir um regime jurídico já existente, produzido por quem detém de legitimidade para tal, o Poder Legislativo, que não foi aquele que se pretendeu editar.

Cabe ressaltar que, o Supremo Tribunal Federal, no uso de suas atribuições constitucionais, ao que lhe compete declarar a inconstitucionalidade parcial de determinada norma jurídica, acaba por inaugurar uma nova normatividade, agora compatível com a Constituição, advinda exclusivamente do Poder Judiciário, atuando, nesse contexto como verdadeiro legislador positivo.

A título de exemplo, destaca-se a decisão do STF na ADIn 4424, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, em que o Tribunal afastou o cabimento de ação penal pública condicionada à representação, em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher, suprimindo o vácuo normativo, na hipótese em que determina que o ilícito seja de ação penal pública incondicionada. Portanto, a Corte ponderou que ante à situação de desigualdade de gênero, o medo de retaliação e os danos causados, sujeitar o início da persecução penal à vontade da vítima, equivaleria a violar a dignidade humana e o direito à igualdade da mulher.

Nesse sentido, destaca-se trecho do Acórdão:

Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves

impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão (BRASIL, 2012).

Das críticas enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal ante a alegada violação ao princípio da separação dos poderes

A priori, afirma-se que o Judiciário, ao dispor de tais técnicas, estaria modificando o conteúdo de normas editadas pelo Poder Legislativo, violando, assim, o princípio democrático, uma vez que juízes não eleitos estariam alterando o significado de leis emanadas por quem detém de legitimidade. A concretização de um direito pode se dar por diversas vias, a depender da complexidade e contemporaneidade das sociedades, que tendem a acolher uma multiplicidade de formas distintas, cujo objetivo é solucionar conflitos (GONÇALVES, 2016).

Quanto a essa primeira crítica, é imperioso destacar que as decisões manipulativas só versam de legitimidade, quando o intérprete consegue demonstrar, com base na Constituição, a existência de uma solução singular possível que vise preencher as omissões legislativas. Isso pode ocorrer quando os princípios como única alternativa, ou quando, mesmo havendo outras, apenas uma se mostra viável ao caso concreto. Em ambos os casos, o juiz não cria a norma, mas apenas a declara, visto que se encontrava imanente no ordenamento jurídico (MORAIS, 2009).

Tanto a decisão que versa sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, quanto o afastamento da representação nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, parecem atender a esse critério.

Nessa linha de raciocínio, aduz Barroso (2019, p. 320):

No caso que versava sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, o Tribunal deveria decidir se a Constituição de 1988 proibia a medida. Ao concluir que a mulher era titular de direitos que lhe permitiam formular essa escolha, não havia outra decisão possível além de autorizar a interrupção. O relator da decisão chega a indicar, em seu voto, a inexistência de qualquer solução terapêutica possível que pudesse permitir a superação da anencefalia ou a morte do feto, indicando, portanto, que a alternativa de buscar tratamento médico para o feto era inverossímil. Já no caso que tratava de ilícito relacionado à violência doméstica, afastada a possibilidade de ação condicionada à representação da vítima, por ser inapta a proteger as mulheres contra a violência doméstica, a única possibilidade que se oferecia para assegurar efetivamente a proteção da mulher em tal âmbito era a previsão de ação pública incondicionada.

A luz dos ensinamentos doutrinários, a justificativa que autorizaria a utilização de decisões manipulativas, seja as de efeito aditivo, quanto as de efeito substitutivo, deriva da necessidade de dois requisitos fundamentais que justifiquem sua admissibilidade: a) uma decisão de inconstitucionalidade prévia (seja por omissão ou pelo que a lei prescreve) e; b) a decisão manipulativa deve ser oriunda diretamente do próprio texto constitucional, isto é, o efeito aditivo decorre da hipótese constitucionalmente vinculada (ABBOUD, 2021).

Isso porque, conforme explicita Abboud (2021, p.16), o papel de Legislador negativo realizado pelo Supremo Tribunal Federal já fora ultrapassado, visto que:

(...) a atividade do supremo não mais consiste em anular de forma geral um ato legislativo. Posicionar a jurisdição constitucional como um legislador negativo retirar-lhe-ia todas as possibilidades de proferir as sentenças interpretativas como aquelas que versariam sobre a possibilidade hermenêutica da lei e não sobre o texto de lei em si, algo irrealizável se o controle de constitucionalidade se restringir a um aspecto formal.

Complementando, segundo Mello (2015, p.159), o dogma do legislador negativo não encontra amparo na jurisprudência do STF:

O invocado dogma do legislador negativo, segundo o qual uma Corte constitucional poderia apenas suprimir normas do mundo jurídico, mas não poderia lhes acrescentar conteúdo, não encontra verdadeiramente amparo na jurisprudência do STF, que tanto por meio de simples interpretação, quanto por meio de manipulação, desempenha, há muito, uma atividade criativa que contribui para a construção do direito. Nem poderia ser diferente, em um mundo complexo que exige decisões com base em princípios vagos, colisões de normas constitucionais e uso de ponderação. O mito do legislador negativo é tributário de um formalismo que está ultrapassado na compreensão contemporânea do direito constitucional, e que pode, a seu turno, ocultar um comportamento estratégico pelo qual se deseja, de fato, evitar a efetiva concretização de valores constitucionais.

Não obstante o argumento de inovação por parte do Judiciário, cabe ressaltar que o juiz não produz ato por mera vontade ou liberalidade, assim como o legislador, mas suas decisões são pautadas no exercício da jurisdição, dependendo de provocação por quem detém de legitimidade para tanto, ficando restrito aos limites da demanda e até onde pode ir o alcance de sua decisão, além de se observar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa

Ainda assim, desprende-se de lógica a afirmação de que o fenômeno das sentenças manipulativas seja discricionário, acentua Joner (2017, p.355):

(...) tanto nas sentenças interpretativas quanto nas sentenças aditivas, o conteúdo decisório já está presente no sistema, como corolário lógico da ordem constitucional, competindo ao tribunal apenas anunciá-la ao prolatar sentença. Se a norma não estiver previamente traçada no ordenamento, competirá ao legislador estabelecê-la. (...) assim é que não se pode equiparar a atividade da corte à do legislador, vez que o complemento introduzido ou explicitado, além de efeito indireto da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, não deriva da sua imaginação, mas de integração analógica resultante de outras normas ou princípios constitucionais.

Portanto, o intérprete atua dentro dos limites estabelecidos pela própria Constituição, que nada mais é do que uma lei, de maior hierarquia. Dito isso, não se pode afirmar que uma decisão baseada na Constituição, na lei das leis, possa ser considerada como violadora do princípio da legalidade (GONÇALVES, 2016).

No entanto, impõe-se um dever de cuidado por parte de seus juízes no que tange a fundamentação de tais decisões, devendo ser analisados o *como* e o *porquê* de tais adições, substituições ou até mesmo supressões, ocorridas perante as Cortes Constitucionais, sobretudo.

Consoante explicita Abboud (2021, p.16):

Convém ressaltar que a fixação da eficácia não é ato discricionário do Supremo, tal como presente ao longo da obra; em verdade, a fixação dos efeitos da ineficácia da lei em razão da inconstitucionalidade deve ser realizada com intensa fundamentação e não possuir caráter discricionário, existindo hipóteses em que a limitação deve obrigatoriamente ser feita, enquanto em outras serão expressamente proibidas.

Tais ferramentas possuem natureza delicada, operando numa linha tênue entre a legitimidade sustentada pela fundamentação judicial (Art. 93, X, da CFRB/88) e a imprescindível segurança jurídica, a qual constitui alicerce essencial para o Estado Democrático de Direito. Diante disso, cabe ao Poder Judiciário, ao proceder à modulação dos efeitos das sentenças modificativas, avaliar com extrema cautela as repercussões de suas decisões, ponderando se e *como* tais efeitos devem ser modulados, ou não (ABBOUD, 2021).

Ainda, convém destacar que no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal prevê a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o

Mandado de Injunção, duas vias distintas que possuem como objetivo sanar omissões inconstitucionais.

Ensina Barroso (2016, p.169):

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inicialmente, conferiu o mesmo tratamento a ambos os institutos e concluiu que, nos dois casos, a Corte só poderia declarar a inconstitucionalidade, constituir o legislador em mora e instá-lo a agir. Entendeu-se, originalmente, que não seria possível ao STF suprir a omissão com a produção da norma, sequer para oferecer uma solução com efeitos limitados às partes.

Em contrapartida, dado o avanço da jurisprudência da Corte no que tange o Mandado de Injunção, admitiu-se que em casos de omissão, o Tribunal criasse soluções com efeito *inter partes*, que posteriormente veio a avançar e passou a ser estendida a efeito *erga omnes*.

Ainda, a jurisprudência da Suprema Corte entendeu por reconhecer a possibilidade de suprir a omissão legislativa no âmbito de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão.

Destaca-se, nesse sentido, a decisão da Corte no julgamento da ADO n. 26, em que o Tribunal entendeu que a homofobia e a transfobia devem ser equiparadas ao racismo, até que o Congresso Nacional legisle sobre o tema (ADO 26, STF).

Não obstante, há de ressaltar o voto do Ministro Celso de Mello, na referida ADO, ao descrever a impossibilidade de se criar uma conduta típica penal por decisão judicial, bem como a inviabilidade de se exercer a função legislativa pelo Poder Judiciário:

Não cabe, pois, ao Poder Judiciário atuar na anômala condição de legislador positivo [...], para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser validamente definidos pelo Parlamento. Com efeito, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. [...] por oportuno, que a reserva de lei [...] traduz postulado revestido de função excludente, de caráter negativo (que veda, nas matérias a ela sujeitas, como sucede no caso ora em exame, quaisquer intervenções, a título primário, de órgãos estatais não legislativos) (BRASIL, 2019).

Por outro lado, é incontestável a afirmação de que o Supremo Tribunal Federal, no contexto atual, concentra mais poderes que quaisquer outras Cortes Constitucionais do mundo, consoante Abboud (2021, p.2):

(...) além de realizar controles difuso e abstrato (inclusive podendo julgar ação declaratória de constitucionalidade, o STF possui diversos processos de competência originária e pode, ainda, produzir diversos provimentos vinculantes com eficácia erga omnes, como decisões sobre repercussão geral, súmula vinculante e as cautelares monocráticas que, não raras vezes, suspendem, na integralidade, leis democraticamente aprovadas.

Nesse sentido, o Ministro Luiz Fux, ao assumir a presidência do Supremo Tribunal Federal em 2020, durante seu discurso de posse, fez duras críticas ao protagonismo exercido pelo Tribunal:

Assistimos, cotidianamente, o Poder Judiciário ser instado a decidir questões para as quais não dispõe de capacidade institucional. (...) Essa prática tem exposto o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, a um protagonismo deletério, corroendo a credibilidade do Tribunal, quando decide questões permeadas por desacordos morais que deveriam ter sido decididas no Parlamento. Essa disfuncionalidade desconhece que **o Supremo Tribunal Federal não detém o monopólio das respostas – nem é o legítimo oráculo – para todos os dilemas morais, políticos e econômicos de uma nação.** (...) Tanto quanto possível, os poderes Legislativo e Executivo devem resolver interna corporis seus próprios conflitos e arcar com as consequências políticas de suas próprias decisões. (...) o Judiciário deve atuar movido pela virtude passiva, devolvendo à arena política e administrativa os temas que não lhe competem à luz da Constituição. (grifos próprios).

Na visão de Hirchl (2020, p.292-293), a figura de um Tribunal ativista fortalece o agigantamento do Poder Judiciário, com potencial de transformá-lo, como adverte a doutrina, em "*Frankeinstein*":

(...) o fortalecimento do Judiciário por meio da constitucionalização pode, em última instância, criar um cenário institucional indesejável para as elites dominantes e seus eleitores. Além disso, grupos de oposição ou minorias também podem aprender a usar a nova estrutura constitucional para promover suas preferências políticas, apresentando-as como reivindicações de Direitos. Pelo menos em teoria, uma vez ampliadas as suas competências, existe o risco de que os tribunais se transformem no monstro de Frankenstein: órgãos de decisão imprevisíveis e autônomos, cujos julgamentos são contrários aos interesses e expectativas dos defensores da sua nova roupagem institucional.

No entanto, é cediço que o Supremo Tribunal Federal, na atual conjuntura, exerce um protagonismo que, por vezes, ultrapassa o patamar considerado desejável. Em comparação às Cortes Constitucionais estrangeiras, observa-se que o Supremo ocupa posição singular, de maior centralidade no cenário nacional. A principal razão para tanto decorre da própria Constituição Federal, que é extremamente abrangente.

Quando se compara a Suprema Corte Brasileira à outras Cortes Constitucionais, não se leva em consideração todas as matérias nela disciplinadas, que, em outros países, permaneceriam sob a esfera da política.

Outro fator relevante, passível de críticas, é a ampla possibilidade de acesso ao Supremo, especialmente por meio das Ações Constitucionais. Assim, quase tudo na vida brasileira acaba, em maior ou menor medida, submetido à análise da Corte. Principalmente porque a jurisdição do Supremo é frequentemente provocada pelos próprios atores políticos, seja pelo Congresso Nacional, seja por partidos políticos com representação no Congresso.

Considerações Finais

O Poder Judiciário se deparou com diversas modificações ao longo de sua evolução na vida brasileira, passou desde um Poder sem muita relevância e suprimido ante o Poder Executivo a exercer um papel de protagonista no cenário nacional.

Em virtude dos resquícios autoritários, aliado à morosidade do Legislativo em caminhar em consonância com a evolução da sociedade, surgem as sentenças manipulativas como uma técnica de interpretação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal dentro do controle concentrado de constitucionalidade para adequar o ato normativo à Constituição. Por intermédio destas técnicas a Corte introduzirá às leis novos conteúdos, modificando ou aditando-as, podendo produzir basicamente dois efeitos: aditivos ou substitutivos.

A jurisprudência pátria utiliza, de forma corriqueira, as decisões de caráter manipulativo com efeitos aditivos, que, basicamente, são proferidas quando há omissão normativa a ser suprida.

Ao passo em que as decisões manipulativas com efeitos substitutivos, são raramente são utilizados, pois exigem que, além de declarar a inconstitucionalidade

parcial da norma, o Tribunal dê nova redação, o que reforçaria a ideia de atuação do Judiciário como legislador positivo, trazendo à tona algumas preocupações acerca do possível comprometimento a separação de poderes.

O Supremo, cumprindo sua função precípua de guardião da Constituição, ao proferir tais decisões deve cumprir com seu papel, adequando os atos emanados pelo Poder Legislativo, a fim de que não haja incoerência dentro do ordenamento jurídico, visto que, nenhuma decisão ou norma pode se opor à Magna Carta.

Por outro lado, é imperioso que o Judiciário atue a todo momento dentro de suas atribuições constitucionais, sendo vedada a criação de normas, função esta, inerente ao Legislativo. Dentro da sistemática do controle de constitucionalidade, o Judiciário é autorizado pela própria Constituição Federal, através das ações que são inerentes, adequar a norma ao ordenamento jurídico pátrio, de modo que, a Constituição seja o farol norteador para tais interpretações.

Sendo assim, cabe ressaltar que toda a decisão emitida pela Corte, seja manipulativa ou não, deve se basear na Constituição Federal, o que garante o respaldo e respeito à Carta Política brasileira, não havendo o que se falar em de legislação positiva através do Judiciário, já que este não assume o papel do legislador.

A tendência é que se popularize cada vez mais a manipulação das normas em virtude da constante evolução da sociedade e da morosidade na resposta do Legislativo a tais modificações, devendo o Judiciário, para tanto, obedecer aos limites a ele impostos, enaltecendo a todo tempo a Constituição e os princípios e garantias nela positivados, com a finalidade de preservar o Estado Democrático de Direito brasileiro e viabilizar o direito dos indivíduos.

Nos últimos anos, o debate sobre o ativismo judicial da Corte tem se intensificado, especialmente diante da percepção de uma atuação politizada por parte de seus integrantes. No entanto, o que se observa no Brasil, é um certo protagonismo, que considerado pelo próprio Supremo, por vezes, como excessivo. Existe, sim, uma insatisfação por parte da sociedade em relação à atuação do Tribunal, especialmente pelo modo que o Supremo enfrentou a questão da corrupção e dos processos criminais que lá chegaram, além de algumas oscilações jurisprudenciais.

Por outro lado, há de se destacar o papel decisivo que a Corte assumiu em pautas fundamentais, como o reconhecimento de direitos da população negra, a proteção à comunidade LGBTQIAPN+, a demarcação de terras indígenas, o enfrentamento à violência contra a mulher e a defesa da democracia.

Referências

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

ARAÚJO, R. C. de. **O Estado e Poder Judiciário no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle da constitucionalidade do Direito brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O papel criativo dos tribunais**. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 46, n. 146, Junho, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26**. Relator Celso de Mello. Diário de Justiça n. 01/07/2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424**. Relator Marco Aurélio Mello. Diário de Justiça n. 09/02/2012. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3897992>

BRUST, Léo. **Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **As sentenças manipulativas aditivas – Os casos das cortes Constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF**. Revista de Processo, Ago/2015. DTR/2015/13225.

CONTI, José Maurício. **Poder Judiciário: orçamento, gestão e políticas públicas**. 2.ed. São Paulo: Almedina, 2017.

COSTA, Teresa Cristina de Melo. **Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2019.

GONÇALVES, Gabriel Accioly. **O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HIRCHL. Ran. **Rumo à juristocracia: As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Londrina: Editora E.D.A, 2020.

JONER; Gabriel. **Sentenças interpretativas e aditivas: (in)aplicabilidade no âmbito do Direito Tributário**. Revista dos Tribunais, Jan/2017, DTR/2016/24994.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat baron de. **O espírito das leis**. Tradução por Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, Carlos Blanco. **As sentenças intermédias da justiça constitucional**, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SIERRA, Vânia Morales; REIS, Josélia Ferreira dos. **Poder judiciário e serviço social**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2025.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A estabilidade das decisões no controle de constitucionalidade abstrato**. 2016.