



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O CONTROLE DA PROGNOSE LEGISLATIVA: INTERCONEXÕES ENTRE  
CONTROLE ABSTRATO E FATOS CONCRETOS. NOVO CRITÉRIO  
HERMENÊUTICO OU PROTAGONISMO JUDICIAL?

Jacqueline Vasconcellos Billio

Rio de Janeiro

2017

JACQUELINE VASCONSELLOS BILLIO

O CONTROLE DA PROGNOSE LEGISLATIVA: interconexões entre controle abstrato e fatos concretos. Novo critério hermenêutico ou protagonismo judicial?

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professor Orientador: Guilherme Peña de Moraes

Professora Coorientadora: Néli L.C. Fetzner

Rio de Janeiro

2017

JACQUELINE VASCONSELLOS BILLIO

O CONTROLE DA PROGNOSE LEGISLATIVA: interconexões entre controle abstrato e fatos concretos. Novo critério hermenêutico ou protagonismo judicial?

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Guilherme Braga Peña de Moraes – Orientador.  
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

---

Prof. Dr. Cláudio Brandão – Presidente.  
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

---

Prof. Dr. Marcelo Pereira de Almeida – Convidado.  
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – não aprova nem reprova as opiniões emitidas nesse trabalho, que são de responsabilidade exclusiva da autora.

Meu tempo tornou-se escasso para debater rótulos,  
quero a essência, minha alma tem pressa.

Rubem Alves

## AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de agradecer, em primeiro lugar, à minha família, por todo o sacrifício, paciência e parceria: meu marido, pela cumplicidade; Rebecca e Carolina, minhas filhas queridas: à primeira, pela mulher inesquecível que é em minha vida, e, à segunda, pela tradução do livro de Klaus Phillippi e por me ouvir por tantas vezes; meu pai, pelas revisões do texto e trocas de conhecimento, e minha mãe, pelo eterno estímulo. À EMERJ, por todo o crescimento intelectual, pessoal e profissional que me proporcionou.

Aos professores e amigos de jornada, pelo enriquecimento como ser humano.

Aos juízes, Ana Cristina Nascif Dib Miguel, André Cortes Vieira Lopes, Daniel Werneck Cotta, Fernando Cesar Ferreira Viana, Marcius da Costa Ferreira e Mauro Nicolau Júnior, que fizeram desse aprendizado uma lembrança indelével.

À professora Néli Feztner, em especial, pela generosidade, carinho e respeito com que trata todos a seu redor – alma extraordinária!

À doce Anna Dina Vinciguerra, pela amizade e delicadeza.

Ao universo, que conspirou e conspira a favor de meu sonho.

“E aqueles que foram vistos dançar  
foram julgados por aqueles que não  
podiam escutar a música”.

Friedrich Nietzsche

## SÍNTESE

O presente trabalho busca demonstrar a necessidade de uma mudança na hermenêutica constitucional, reconhecendo-se que o direito deve acompanhar a dinâmica social.

Em que pese a hermenêutica jurídica ser o resultado de um histórico de pensadores clássicos, não há mais como não se entregar ao clamor de uma sociedade globalizada, em que toda a vida se desenvolve virtualmente, e o direito, não pode ficar à margem dessa realidade.

O problema que se coloca é a necessidade de uma hermenêutica mais realista, na medida em que, necessário se faz ao controle de constitucionalidade concentrado da prognose legislativa, a inserção dos fatos concretos.

A atuação do Supremo Tribunal Federal no Brasil atual, é de especial sintonia com a realidade social, de modo que, não tem mais cabimento um controle de constitucionalidade sem que se permita à Corte, a análise dos fatos concretos que envolvem a questão em análise.

Há de se reconhecer que a atuação do Supremo Tribunal Federal tomou um caminho sem volta, qual seja, a de dizer o direito nos limites dos direitos fundamentais, em especial, o da dignidade da pessoa humana. E essa realidade deve ser refletida em todas suas funções, inclusive no controle de constitucionalidade concentrado.

Em algumas linhas, procurou-se instrumentalizar o entendimento do leitor para a questão acima colocada, no sentido de demonstrar o reducionismo que se tenta imprimir à atuação do Supremo Tribunal Federal, quando qualifica sua atuação como protagonismo judicial. A questão é complexa e necessita de muita reflexão, permeada pela imparcialidade e realismo, para que se possa efetivamente não confundir política e direito.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1.CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO HISTÓRICA .....	15
1.1 Conceitos Jurídicos Indeterminados: O que é Prognose Legislativa?.....	26
1.2 Métodos de Interpretação da Norma Constitucional .....	29
1.2.1 Dos Métodos e suas Classificações .....	33
1.2.2 Método Clássico .....	34
1.2.3 Método Tópico-Problemático .....	35
1.2.4 Método Hermenêutico-Concretista: .....	36
1.2.5 Método Científico-Espiritual .....	38
1.2.6 Método Comparativo Constitucional.....	39
1.2.7 Método do Prognóstico: O Problema Prognóstico de Klaus Philippi.....	40
2. A LEI 9868/99 COMO INSTRUMENTO VITAL PARA O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA NO BRASIL ATUAL .....	49
2.1 Do <i>Amicus Curiae</i> .....	55
2.2 Das Audiências Públicas e Dos Peritos ou Comissões de Peritos .....	61
3. O STF E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....	66
3.1 A Teoria da Separação dos Poderes e o Princípio dos Freios e Contrapesos: sua Origem e seus reflexos .....	67
3.2 A Função Contramajoritária do STF .....	72
3.3 A Teoria do Estado de Coisas Inconstitucionais .....	75
3.4 O Protagonismo Judicial .....	77
CONCLUSÃO .....	97
REFERÊNCIAS .....	100

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a necessidade de um novo procedimento a ser adotado no controle constitucional concentrado de leis em face da prognose legislativa.

Há muito que a Corte Suprema vem-se deparando com situações graves que lhe reclamam uma maior inserção no campo probatório dos fatos, a fim de que efetivamente possa executar, a contento, sua competência de aferir a legitimidade da norma e atos normativos em face da Constituição.

O tema é ainda muito recente no meio jurídico, razão pela qual o material para a pesquisa é escasso e tímido, ocasionando uma limitada oferta nesse material disponível.

O trabalho objetiva analisar as implicações, no campo do controle constitucional abstrato, da observação de dados da realidade social dentro do processo hermenêutico, buscando adentrar na dilação probatória para a solução de fatos controvertidos.

Várias são as polêmicas que envolvem a questão, mas poucas as alternativas de solução: Mudança na técnica de hermenêutica? Ativismo judicial? Invasão de competências? Ou novos instrumentos para aferição do fato em face da norma violada?

O presente trabalho visa demonstrar a necessidade de um novo procedimento de controle concentrado de constitucionalidade das leis. Para tanto, necessário se faz um estudo detido das várias possibilidades de se interligar o fato com a norma.

O controle concentrado da prognose legislativa desempenha um papel importante para a construção de uma nova roupagem na atividade analítica de controle constitucional da Suprema Corte, a qual, de maneira contundente, se reveste de um instrumento único no exercício da democracia.

O tema merece uma profunda reflexão sobre o desenvolvimento das relações sociais que reclamam uma maior participação do judiciário na solução das lides, e sobre os métodos utilizados no controle de leis elaboradas, em regra, em prol da pacificação das relações desta mesma sociedade.

Assim, no primeiro capítulo será conceituado o controle de constitucionalidade concentrado e sua evolução histórica, situando o leitor em toda a trajetória constitucional do controle de constitucionalidade

Nesse momento coloca-se a questão da necessidade de mudança de parâmetros hermenêuticos, tendo em vista a dinâmica social decorrente da globalização da informação, que exige do judiciário um comportamento contemporâneo a essas mudanças de paradigmas da realidade social.

Apresenta-se a ideia de inovação trazida pela Lei 9868/99 e a tese apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes em face de um modelo alemão apresentado por Klaus Jürgen Philippi, cujo conteúdo trar-se-á em alguns trechos, o qual reproduz a ideia principal do quanto a Corte Constitucional Alemã se utiliza de instrumentos externos aos autos, para embasar suas decisões quanto às questões de inconstitucionalidade de leis a ela submetidas.

É abordada a questão da dicotomia entre analisar a lei abstratamente ou adentrar nas questões fáticas, ressaltando que o fato e a norma se comunicam e que esta conjugação constitui condição básica para o processo de interpretação constitucional.

Num segundo momento, conceitua-se a prognose legislativa a fim de pontuar o processo de elaboração das leis, permitindo ao leitor a percepção de toda a trajetória desde a elaboração até o momento do controle de constitucionalidade. Essa cadeia de informações possibilitará uma visão periférica do assunto que será discutido nos demais capítulos.

Ainda nesse capítulo, falar-se-á sobre a prognose legislativa, partindo-se da análise sobre conceito jurídico indeterminado, suas características e propriedades, até o processo de elaboração das normas, culminando no conceito de prognose legislativa.

Posteriormente, serão analisados os métodos de interpretação clássicos e o método prognóstico utilizado pela Corte Alemã, trazido ao conhecimento jurídico através de artigo do Ministro Gilmar Mendes, que se reporta ao trabalho de doutorado apresentado por Klaus Jürgen Philippi, passando-se a uma visão crítica dos métodos atuais utilizados no Direito Brasileiro.

Será abordado ainda, até que ponto essa mudança de referencial – interconexão do fato com a norma - poderá trazer a falsa impressão de invasão de competências entre os poderes, o que se vem chamando de ativismo judicial.

No segundo capítulo, procura-se demonstrar a relevância da Lei 9868/99 e esmiúçam-se seus instrumentos de apreciação dos fatos para a análise do controle de constitucionalidade. Essa lei é um marco na nova dinâmica de análise da (in)constitucionalidade da prognose legislativa, na medida em que oferta ao intérprete um modelo aberto de participação da sociedade no controle de constitucionalidade.

Procurou-se conceituar e trazer julgados que se utilizaram dos instrumentos disponibilizados pelos artigos 7º e 9º da Lei 9868/99, quais sejam, manifestação de órgãos ou entidades, perito ou comissão de peritos e realização de audiências públicas.

Fez-se uma explanação sobre esses instrumentos, conceituando-os e elencando alguns acórdãos que os utilizaram, para demonstração de sua importância no sentido de agregarem valor às decisões da Corte Superior.

No terceiro capítulo, além de se explicar sobre a importância do desempenho das funções de garantidor dos direitos fundamentais do Supremo Tribunal Federal, são estabelecidas algumas premissas que corroboram a relevância de mudança do sistema

hermenêutico brasileiro, principalmente quando se fala em seu papel contramajoritário, numa sociedade que prima pelas diferenças: sejam elas sociais, raciais, sexuais ou de qualquer outra natureza.

Ressaltou-se ainda a Teoria da Separação dos Poderes, o Princípio dos Freios e Contrapesos e uma nova teoria que vem abalando as estruturas político-jurídicas de nossa sociedade, qual seja, a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucionais. A referida teoria vem introduzindo uma reflexão sobre até que ponto o judiciário exercerá o papel de substituto legislativo a fim de garantir os direitos fundamentais da sociedade. Tal questão tem profunda importância para o tema, pois, dependendo do posicionamento do STF em referida questão, valerá de fundamento de validade para sua nova postura no que tange ao controle de constitucionalidade, uma vez que tal comportamento corrobora sua fase de iluminismo, tão bem descrito pelo Ministro Luiz Roberto Barroso e muitas das vezes confundido com protagonismo judicial.

Por fim, aborda-se o protagonismo judicial, seus limites e interseções, na atuação político-jurídica do Poder Judiciário.

Por conclusão, após a inserção desses novos participantes no processo de controle de constitucionalidade, inegável reconhecer-se que referida atividade analítica não só modificou a sua ótica e forma de atuação bem como passou o STF a exercer, de forma muito mais coerente e realista, sua atividade precípua de guardião da Constituição e protetor dos direitos fundamentais nela existentes.

A pesquisa que se pretende realizar será qualitativa com metodologia bibliográfica, de natureza descritiva e conclusiva, parcialmente exploratória.

A tese de uma nova hermenêutica se baseia no trabalho apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes, o qual se fundamenta em um novo modelo apresentado pelo

alemão Klaus Jürgen Philippi, cuja tese tornou-se um livro, ainda sem tradução para o português.

Procurou-se, então, aquisição da tradução desse livro a fim de esmiuçar-se o método apresentado, cujo conteúdo foi fundamental para a consecução desse trabalho, razão pela qual se justifica a pesquisa qualitativa.

Adotou-se como método de procedimento de pesquisa, ora o raciocínio indutivo, e com maior ênfase, o procedimento dedutivo.

## 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Para que se possa adentrar o aspecto técnico do controle da prognose legislativa, necessário se faz, antes de qualquer coisa, um breve apanhado histórico sobre o controle de constitucionalidade de leis, a fim de que se possa posteriormente atingir o alcance dessa nova proposta de hermenêutica.

A ideia de controle de constitucionalidade é um fenômeno antigo, tendo alguns registros já nas Ordenações Filipinas, pois já para os juristas portugueses do início do século XVII, em casos de conflito de normas, aplicava-se a nulidade das mesmas. Tal registro é apontado por Alfredo Buzaid<sup>1</sup>, que menciona em sua obra o Código Filipino ( Liv. I, tít.58, nº 17 ) :

[...] E informar-se-á *ex officio*, se há nas Câmaras algumas posturas prejudiciais ao povo e ao bem comum, posto que sejam feitas com a solenidade devida, e nos escreverá sobre elas com seu parecer. E achando que algumas não forão feitas, guardada a forma de nossas Ordenações, as declarará por nulas, e mandará que se não guardem.

Mais adiante na história, em 1606, aparece na Inglaterra a primeira manifestação concreta de controle constitucional, através do famoso *Bonham's Case*. O referido caso jurídico teve sua notoriedade mais pelo desenvolvimento de toda a argumentação ali exposta por Sir Edward Coke – em seu voto vencido, do que pelo próprio resultado. Como muitos acreditam que a primeira manifestação de controle de constitucionalidade se deu a partir do caso *Marbury v. Madison*, vale a pena relatar o presente caso, no intuito de enriquecer o conhecimento do leitor e o desenvolvimento histórico deste trabalho.

---

<sup>1</sup> BUZOID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p.19.

O autor sugere duas ideias marcantes referentes ao legislador Filipino: a existência de uma hierarquia entre as leis e a competência para decretar eventual nulidade a um órgão judiciário. Deve-se ainda observar que o texto possui dois verbos – *sejão* e *forão* - cuja concordância verbal encontra-se fora das normas cultas do Português, todavia, foram mantidas por expressarem fidedignidade ao texto original.

Saliente-se que o referido caso também é comentado no livro “Do Controle da Constitucionalidade” de Themistocles Brandão Cavalcanti<sup>2</sup>, quando faz suas considerações históricas sobre o controle de constitucionalidade.

Trata-se, portanto, do médico Thomas Bonham, que praticava a medicina sem que houvesse obtido licenciamento para tal, pois ainda que formado pela Faculdade de Cambridge, não conseguira aprovação no licenciamento da *London College of Physicians*, a qual o habilitava para o exercício da profissão. À revelia de tal insucesso, e por não reconhecer referida autoridade no respectivo Conselho, o Dr. Thomas praticava a medicina mesmo sem o respectivo registro, razão pela qual, quando descoberto, foi preso pelos membros do Conselho. Assim, o caso chega à *Court of Common Pleas*.

Com referência ao episódio, aduz o professor Claudio Colnago<sup>3</sup> :

[...] Bonham resolveu alegar a invalidade de sua prisão à Court of Common Pleas, órgão do qual Coke fazia parte. O Conselho alegou que lei aprovada pelo Parlamento, ao autorizar a criação do Conselho, também lhe delegava a regular todos os médicos de Londres, assim como a punir os profissionais não licenciados pelo Conselho. A mesma lei estabelecia que metade de todas as multas aplicadas pelo Conselho reverteriam a ele mesmo.

Este último detalhe acabou sendo o ponto central do histórico voto do Lord Coke, pois ao estabelecer que o Conselho receberia parte das multas, ele seria ao mesmo tempo parte interessada e juiz da questão, pois caberia ao Conselho determinar quem estava e quem não estava em estado infracional.

Disse Coke<sup>4</sup> em seu voto:” (...) quando um ato do Parlamento é contrário ao que é comumente tido como certo e razoável, ou é repugnante ou é impossível de ser executado, a *common law* limitará tal ato, atribuindo a ele a qualificação de nulo .

Assim, ainda que um voto vencido, pode-se considerá-lo um primeiro passo, a semente, a fonte inspiradora de um instituto que começaria a florescer.

---

<sup>2</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Controle da Constitucionalidade* . Rio de Janeiro: Forense, 1966, p.50

<sup>3</sup>COLNAGO, Cláudio. Disponível em: <http://claudiocolnago.blogspot.com.br/2009/08/antecedentes-do-controle-de.html> - acesso em: 07 jun. 2015

<sup>4</sup>COKE, Edward. Voto. Disponível em :

[http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendV\\_due\\_process1.html](http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendV_due_process1.html) – acesso em: 07 jun. 2015.

Através do trabalho elaborado por Virgílio Afonso da Silva<sup>5</sup>, foi possível conhecer e aprofundar alguns conceitos, que ora serão apresentados, aproveitando algumas de suas remissões, para que se possam situar os fatos históricos ligados ao tema.

Como anteriormente já dito, as questões que envolvem o controle de constitucionalidade, remontam ao século XVII, através de tímidas manifestações, de certa forma, ainda empíricas. Todavia o marco norteador versa de 1795, quando da tentativa de implantação de um tribunal constitucional, através do projeto *Sieyès - Jury Constitutionnaire*<sup>6</sup>, apresentado na Convenção Nacional 2, em 20 de julho de 1795. Tal iniciativa tinha por base a criação de um poder neutro para analisar a constitucionalidade da legislação francesa. Porém, foi rejeitada pela Assembleia Constituinte de 1795. O referido conceito, só veio a ganhar espaço sob a égide da Constituição de 1958, com a criação do Conselho de Constituição.<sup>7</sup>

Cronologicamente, tem-se ainda que em 1885, Georg Jellinek<sup>8</sup> publica a obra intitulada “ Um Tribunal Constitucional para a Áustria” , que serviu de inspiração a Hans Kelsen<sup>9</sup> , o qual colabora na elaboração da Constituição Austríaca de 1920 e posteriormente ocupa a função de juiz do Tribunal Constitucional da Áustria.

Surgem então com Hans Kelsen , do lado europeu, argumentos que justificam a necessidade da criação de um controle de constitucionalidade, os quais até hoje servem

---

<sup>5</sup>SILVA, Virgílio Afonso. Disponível em: [http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF\\_e\\_deliberacao.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf). Acesso em: 08 jun. 2015

<sup>6</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel apud Silva, Virgílio Afonso de – *Opinion sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire proposé le 2 thermidor*, Paris, 1795, p. 200

<sup>7</sup> FIORAVANTI, Marco ", Sieyès e júri constitucional: perspectivas históricas e legais" *anais históricos da Revolução Francesa*. [Online], 349 | Julho-Setembro de 2007,. Disponível on-line 01 de setembro de 2010.< URL: <http://ahrf.revues.org/11225>>. acesso em: 07 de abr de 2015

<sup>8</sup> GEORG apud SILVA, Virgílio Afonso. Disponível em: [http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF\\_e\\_deliberacao.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf). Acesso em: 08 abr. 2015

<sup>9</sup> KELSEN apud SILVA, Virgílio Afonso. Disponível em: [http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF\\_e\\_deliberacao.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf). Acesso em: 08 abr. 2015

de instrumento de pesquisa e objeto de discussão para os operadores do direito – o critério lógico de controle de constitucionalidade das leis, ou seja, o fundamento de validade de qualquer norma deve ter por parâmetro outra norma, hierarquicamente superior, até chegar ao conceito da *grundnorm*. Dessa forma, nasce com a teoria de Kelsen, um controle que deve ser efetuado de forma concentrada, através de órgão de competência superior, o qual analisará a (in)constitucionalidade da lei de forma abstrata, sem considerações fáticas.

Por outro lado, na América, surge com o juiz John Marshall, o célebre caso *Marbury vs. Madison*, que trouxe à baila o primeiro caso de controle de constitucionalidade da Suprema Corte norte-americana em 1803, inaugurando o controle difuso e concreto.

É claro que referido precedente foi objeto de comentários e análises por diversos juristas brasileiros, dentre os quais se encontra Luiz Roberto Barroso<sup>10</sup>, que em sua obra “O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, faz o seguinte comentário :

[...] O caso *Marbury v. Madison* foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. A argumentação desenvolvida por Marshall acerca da supremacia da Constituição, da necessidade do *judicial review* e da competência do judiciário na matéria é tida como primorosa. Mas não era pioneira nem original.

Interessante fazer remissão à obra de Themistocles Brandão Cavalcanti<sup>11</sup>, em que ele traça uma minuciosa evolução da supremacia absoluta do *common law*, na Inglaterra, trazendo diversos casos de controle legislativo, os quais faziam parte da memória política e judiciária da América, já que essa era colônia daquela.

---

10 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

Importante salientar a riqueza de detalhes históricos narrados nessa obra, as quais levam o leitor a uma compreensão não só do próprio precedente como também de toda a evolução socio-política da época.

<sup>11</sup> CAVALCANTI, op. cit., p.49-51.

O período colonial americano foi rico em conflitos entre ato legislativo e a carta de cada Estado respectivo, o que tornou possível diversos casos de controle, cuja estatística levantada à época, é mencionada em sua obra, qual seja, “ no período de 1700 a 1762, cerca de 1.865 atos foram sujeitos ao Conselho Privado e, destes, 489 foram revogados”.<sup>12</sup>

Porém, quando começa a funcionar o sistema judiciário americano, a essa altura da história já sob a forma de uma Federação, o autor esclarece que muito embora o controle de validade de uma lei em face de preceitos constitucionais já não fosse nenhuma novidade, o marco na história americana deu-se com o precedente do caso *Marbury vs Madison*<sup>13</sup>, do qual aduz:

[...] Quando o sistema judiciário da Federação Americana começou a funcionar, já havia uma tradição de subordinação de todas as normas legislativas à Constituição. Foi porém em 1803, quando se verificou a decisão de Marshall no caso *Marbury-v-Madison*, ainda hoje considerado o padrão nos julgamentos de inconstitucionalidade, que o princípio se firmou.

No Brasil, hoje é adotado os dois critérios de controle, sendo que o concentrado é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, através da análise da norma abstrata; e, o difuso exercido por qualquer órgão do poder judiciário – inclusive pelo próprio STF, sob competência originária, através de uma análise concreta do caso individualmente considerado. Não se pode deixar de mencionar que a coexistência desses dois sistemas, faz do sistema de controle constitucional brasileiro um sistema *sui generis*, pois permite uma atuação jurisdicional muito mais ampla. Mas sobre essas características se falará mais adiante.

Em uma primeira expressão de Controle de Constitucionalidade, tem-se que a Constituição de 1824 não vislumbrava nenhum tipo de controle, uma vez que cabia ao Poder Legislativo, além de elaborar leis, interpretá-las, suspendê-las ou revogá-las.

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, p.4.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p.50

Assim, passa-se a seguir, a um pequeno relato do período constitucional republicano, o qual se caracteriza como o marco inicial.

Em breve retrospectiva da história brasileira, tem-se como primeira manifestação de controle constitucional, a influência que o controle de constitucionalidade norte-americano surtiu no ordenamento jurídico brasileiro dentre os operadores do direito da época, não se podendo deixar de mencionar Rui Barbosa<sup>14</sup>, republicano que abraçou as ideias norte-americanas, criando o decreto n. 848 em 1890, o qual consagrou a primeira manifestação de controle difuso de constitucionalidade, através da criação da competência da Magistratura Federal para dirimir questões de direito fundados na Constituição, cuja provocação cabia ao interessado. Referido decreto se consagra na Constituição provisória de 1890 e é incorporada na Constituição de 1891, que institui o recurso extraordinário, dando-lhe abrangência às decisões dos Tribunais Estaduais. Nasce, portanto, a competência do Supremo Tribunal Federal.

Não se pode duvidar de que Rui Barbosa influenciou sobremaneira a primeira Constituição brasileira, que teve como período de duração de 1891 até 1930. Assim dizia Rui Barbosa<sup>15</sup> “ Os tribunais não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral”. No tocante ao *judicial review*, finalizava “ é um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação”.

Aduz ainda o Ministro do STF Gilmar Mendes<sup>16</sup>em sua obra, que a influência do direito norte-americano foi crucial para o surgimento do modelo difuso de controle, consagrado na então Constituição Provisória de 1890,em seu artigo58,§1º, alíneas “a” e

---

<sup>14</sup>Sabe-se que Ruy Barbosa de Oliveira foi um polímata brasileiro, tendo se destacado principalmente como jurista, político, diplomata, escritor, filólogo, tradutor e orador. Um dos intelectuais mais brilhantes do seu tempo, foi um dos organizadores da República e coautor da constituição da Primeira República juntamente com Prudente de Moraes. Ruy Barbosa atuou na defesa do federalismo, do abolicionismo e na promoção dos direitos e garantias individuais. Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Ruy\\_Barbosa](https://pt.wikipedia.org/wiki/Ruy_Barbosa). Acesso em: 29 jun. 2015

<sup>15</sup> BARBOSA, Rui apud MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional* . 2. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1036.

<sup>16</sup> Ibid., p.1035.

“b”, cuja previsão adviria do artigo 9º, parágrafo único, alíneas *a* e *b*, do Decreto n. 848, de 1890, o qual estabelecia os parâmetros para o julgamento incidental da inconstitucionalidade. Dessa forma, esclarece o autor no tocante as disposições constantes da Constituição de 1891:

[...] A Constituição de 1891 incorporou essas disposições, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, § 1º a e b).

Há de se ressaltar que a criação do Supremo Tribunal Federal se deu em 28 de fevereiro de 1891, ou seja, 4 dias após a promulgação da primeira Constituição Republicana que ocorreu em 24 de fevereiro de 1891, a qual imputava ao STF função de guardião da Constituição, atribuindo-lhe competência para exercer controle de constitucionalidade das normas, através do recurso extraordinário, nas hipóteses acima elencadas.

Com o fim da primeira República em 1930<sup>17</sup>, a Constituição de 1891 foi derogada, havendo uma mudança interna no STF e em suas atribuições. Através da Constituição de 1934, várias foram as mudanças instituídas na nova constituição, afirma Gilmar Mendes<sup>18</sup> dentre as quais se pode destacar que a declaração de inconstitucionalidade necessitaria de um quórum representado pela maioria da totalidade dos membros do Tribunal; e atribuição ao Senado Federal de competência para

[...] suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, emprestando efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>17</sup> Período da Era Vargas ou 2ª República. O Brasil caracterizou-se por um governo provisório, pois adviria de um golpe armado, até 1932 quando eclodiu em São Paulo a “revolução constitucionalista” exigindo de Getúlio Vargas a nova Constituição que prometera aos seus aliados. Nessa época, Vargas faz eleger uma Assembleia Constituinte que redige a nova Constituição. Nela, encontramos a adoção do voto feminino e do voto secreto, e a criação da Justiça do Trabalho e Leis Trabalhistas (CLT).

<sup>18</sup> MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1036.

Todavia, a mais expressiva mudança foi instituída pela representação interventiva, para a qual menciona Gilmar Mendes<sup>19</sup>

[...] Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à “declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal”; (...) cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial de conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2º).

Característica importante desse período, a de que a iniciativa para deflagração desse tipo de ação dependia do Procurador-geral da República.

Tinha esse processo especial por finalidade, a verificação de violação aos princípios fundamentais, fosse por ação ou por omissão. Todavia, a competência para suspender a lei em que fosse constatada a respectiva violação era do Senado, uma vez que as decisões do STF não tinham eficácia *erga omnes*.

A Carta de 1937<sup>20</sup> derroga a Constituição de 1934; contudo, as atribuições do STF se mantêm, alterando apenas a forma de escolha do presidente do Tribunal Superior, a qual passou a ser de competência do Presidente da República até os idos de 1945. Além disso, importante destacar, que essa Carta, estabeleceu *quorum* de maioria absoluta dos membros do Tribunal para apreciação e decretação de inconstitucionalidade de Lei ou ato do Presidente da República. Todavia, a novidade fica por conta da possibilidade de, no caso de o Presidente da República entender que determinada Lei considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seja de necessidade pública ou de defesa de interesse nacional de alta monta, poderia novamente submetê-la ao Parlamento, o qual, por decisão de 2/3 de votos de cada câmara, poderia confirmar sua validade.

---

<sup>19</sup> *ibid.*, p.1037

<sup>20</sup> Getúlio Vargas havia sido eleito indiretamente em 1934 para um mandato de 4 anos, porém, em 1937 aplica um golpe de Estado a fim de se perpetuar no Poder. Nasce então o Estado Novo, regime político de inspiração nazi-fascista, cuja constituição é conhecida no meio jurídico como “A Polaca”.

Passa-se então pela Constituição de 1946<sup>21</sup>, a qual seguiu praticamente o modelo da Constituição de 1934, até que em 1965 através da Emenda Constitucional n. 16/65, além da representação interventiva, foi introduzido um sistema de controle abstrato de normas junto ao STF o qual tinha por finalidade analisar e julgar a constitucionalidade de leis ou atos normativos federais e estaduais.

Ressalte-se que esse sistema guardava semelhança ao da representação interventiva, mas, enquanto este se ocupava de violações aos princípios sensíveis que envolviam a União e Estados, aquele se atinha a defesa da Constituição, no seu sentido amplo, abrangendo todo e qualquer tipo de lei inconstitucional. Efetivamente nesse momento, o STF passa a desenvolver sua função precípua de guardião da Constituição, ainda que em seus primeiros passos, consagrando portanto, a manifestação do controle abstrato de normas.

O papel do Procurador Geral da República se desdobra: atua como representante do interesse da União, quando tem sua competência voltada a deflagração da representação interventiva<sup>22</sup> e assume o papel de advogado da Constituição, quando atua na defesa da ordem constitucional, independente de qualquer interesse jurídico específico.

A Constituição de 1967 mantém as disposições quanto o controle de constitucionalidade.

Com a Constituição de 1988<sup>23</sup>, um novo momento surge na história do Brasil, em que o povo, na atuação efetiva de sua cidadania e no exercício pleno da democracia, promulga um novo ordenamento que responde aos anseios de uma população oprimida.

---

<sup>21</sup> Com o fim a 2ª Guerra Mundial, os generais brasileiros vitoriosos no front de combate na Itália, depõem Getúlio Vargas, o qual não perde seus direitos políticos. Entretanto, o Congresso Nacional recém-eleito assume as tarefas de Assembleia Constituinte, destacando as seguintes mudanças: Mandato presidencial de 5 anos; defesa da propriedade privada – inclusive latifúndios; assegura o direito de greve e da livre associação sindical.

<sup>22</sup> MENDES, op. cit., p.1040.

<sup>23</sup> Cria-se o STJ, cuja competência para controle de legalidade encontra-se disposto no artigo 105,III da Constituição Federal.

Nascem com ela os primeiros passos rumo a uma sociedade mais justa e protetiva de direitos sociais e individuais.

Assim, a nova Constituição em seu artigo 103 alarga o rol dos legitimados para a propositura da ação de inconstitucionalidade, aumentando as possibilidades da participação popular, através de seus representantes – órgãos ou agentes políticos .

Importante transcrever ilação de Gilmar Mendes<sup>24</sup>, quando fala do novo perfil do sistema de constitucionalidade:

[...] Deve assinalar-se que o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil sofreu substancial reforma com o advento da Constituição de 1988. A ruptura do chamado “ monopólio da ação direta” outorgado ao Procurador-Geral da República e a substituição daquele modelo exclusivista por um amplíssimo direito de propositura configuram fatores que sinalizam para a introdução de uma mudança radical em todo o sistema de controle de constitucionalidade .

Embora o novo texto constitucional tenha preservado o modelo tradicional de controle de constitucionalidade “ incidental” ou “difuso”, é certo que a adoção de outros instrumentos, como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade, conferiu um novo perfil ao nosso sistema de controle de constitucionalidade”.

Por fim, aduz ainda Gilmar Mendes<sup>25</sup> quanto à Lei n. 9.868/99, a qual após 10 anos de promulgada a Constituição de 1988, traz inovações consideráveis no que tange aos instrumentos do controle de Constitucionalidade, os quais serão o objeto deste trabalho:

[...] disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, quando introduz em seu artigo 9º§1º e 20,§1º disposições que autorizam o relator, em casos de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, a requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data, para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

---

<sup>24</sup> MENDES, op. cit., p.1033.

<sup>25</sup> Id . *Controle de Constitucionalidade: hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognose Legislativos pelo órgão judicial - Revista Juridica Virtual*, Brasília, V. 1, n.8, Janeiro 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_08/cont\\_constitucionalidade.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm). Acesso em: 08 abr. 2015.

No momento atual, tem-se que o procedimento hermenêutico para o controle de constitucionalidade concentrado exercido pelo STF, merece uma reflexão e mudança de critérios, a fim de ser oportunizado um aprofundamento no exame da interconexão entre fato e norma, para que o controle da prognose legislativa seja efetivo na verificação do fundamento de validade da norma infraconstitucional em face da realidade social.

Como não se pode deixar de ressaltar, essa nova ótica foi manifestada pelo Ministro Gilmar Mendes em alguns de seus textos, cuja fonte inspiradora se deve à tese de doutorado de Klaus Jürgen Philippi<sup>26</sup>, o qual verifica que a Corte Constitucional Alemã baseia suas decisões em informações extraprocessuais, através de perícias, literatura especializada, dados estatísticos, a fim de formarem um juízo de valor coerente com a realidade social – fato - e o direito discutido - norma.

Assim, a tese abarcada pelo ordenamento jurídico brasileiro, é inovadora na medida em que propõe uma nova forma de hermenêutica, ou seja, a interação do fato concreto com a norma discutida, e para tanto, necessita o STF de mecanismos que lhe permita adentrar no âmago da questão.

Essa nova forma de interpretação do direito, aplicado ao controle de constitucionalidade concentrado é a proposta trazida à Corte, pelo binômio Controle Abstrato e Fatos Concretos.

Todavia, para uma melhor compreensão do assunto, fa-se-á uma breve conceituação sobre conceitos jurídicos indeterminados, a fim de que se possa situar o leitor quanto ao objeto do presente trabalho.

---

<sup>26</sup> PHILIPPI, Klaus Jürgen ( 1971): *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts. Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*. Schriftenreihe Annales Universitatis Saraviensis : Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Abteilung, 64, Heymann: Köln [u.a.] Essa obra foi utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes para fundamentar sua teoria de que o controle de constitucionalidade concentrado deve considerar o fato concreto como um dos elementos da nova hermenêutica constitucional. A tradução em português do título da Tese de Philippi é: Uma contribuição para a fundamentação racional-empírica de decisões do Tribunal Constitucional

### **1.1. Conceitos Jurídicos Indeterminados: O que é Prognose Legislativa?**

Antes de se ater aos métodos de interpretação clássicos, no sentido de introduzirmos as ideias atuais sobre a nova proposta de hermenêutica, faz-se necessário um breve esclarecimento sobre o que é prognose.

Nascida na Alemanha, a doutrina dos Conceitos Jurídicos Indeterminados se desenvolveu a partir da necessidade de se saber se tais conceitos seriam ou não passíveis de ser controlados pelos tribunais administrativos. Para tanto, necessário se faz estabelecer o que é um conceito jurídico.

O significado da palavra conceito se traduz pela compreensão que alguém tem de uma palavra; é uma concepção, uma ideia. Logo, conceito jurídico é uma abstração que tem por finalidade a construção de teorias e definições que se utilizam de signos linguísticos - relação entre o nome dado às coisas e a coisa em si, para conceder significado através do uso, dos institutos decorrentes do direito.

Pode-se, então, distinguir dois tipos de conceitos jurídicos, ou seja, aquele de significado inequívoco, o qual traduz de forma fidedigna o significado do objeto - como por exemplo o conceito de bens públicos, empresário, pessoa jurídica, dentre outros, e aquele de significado aberto, ou seja, há uma limitação mínima de significado, permitindo-se ao jurista uma interpretação mais ampla quanto ao seu significado, como por exemplo interesse público, ordem pública, bons costumes e dignidade da pessoa humana. Assim, apesar da indeterminação no conceito, a interpretação se verificará no momento de sua aplicação.

Para Canotilho<sup>27</sup>, alguns conceitos necessitam da atribuição de um valor pois, quando se trata de conceitos jurídicos indeterminados, a origem de tamanha abertura decorre de algumas indeterminações semânticas quais sejam a polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou até mesmo a falta de conteúdo.

João Baptista Machado<sup>28</sup> refere-se a tais conceitos como " a parte movediça e absorvente do ordenamento jurídico, enquanto servem para ajustar e fazer evoluir a lei no sentido de a levar ao encontro das mudanças e das particularidades das situações da vida".

Importante ressaltar a diferença do conceito indeterminado decorrente da incerteza gerada pela amplitude dos signos linguísticos, que se refere ao próprio conceito, daquela gerada da avaliação dos fatos, prognose. Para estas, a incerteza se refere à avaliação prospectiva do fato, razão pela qual, a complementação de sentido deve ser valorativa levando-se em consideração uma avaliação prospectiva de todas as circunstâncias que envolvem o fato objeto da prognose legislativa, e não a amplitude do signo linguístico.

O presente trabalho se debruçará sobre o conceito jurídico indeterminado no que tange à avaliação prospectiva dos fatos, a qual é objeto de um juízo prognóstico do legislador no momento da elaboração da lei, cujo resultado pode ser passível de Controle de Constitucionalidade.

No processo de elaboração das normas, o legislativo leva em consideração os fatos legislativos - fatos reais que detenham relevância para aplicação da norma - e a prognose realizada - avaliação dos fatos. O termo prognose vem do latim *pro*, prévio, *gnosticu*, algo ou alguém que é capaz de conhecer.

---

<sup>27</sup> CANOTILHO, apud HENRIQUES, Pedro Estiguer. *Ação afirmativa e controle de constitucionalidade: limites do Judiciário na análise de fatos e prognoses legislativos*. Disponível em [http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12268/12268\\_1.PDF](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12268/12268_1.PDF). Acesso em: 24 abr. 2016.

<sup>28</sup>MACHADO, João Batista apud Rita Tourinho. Disponível em [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/44377/44831](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/44377/44831). Acesso em: 24 abr. 2016.

Prognose legislativa, portanto, pode ser definida como um conhecimento prévio de circunstâncias de fatos que, com base na realidade atual, denotam uma probabilidade de se confirmarem num futuro próximo, necessitando de regulação pelo legislador.

Na doutrina portuguesa, Antonio Francisco de Souza<sup>29</sup>, no afã de criar um método de controle da prognose legislativa, identifica três fases da prognose: a base, o método e o resultado, a fim de sistematizar o juízo prognóstico. Como base, adota os fatos, as circunstâncias, os dados, os quais possam ser verificados de forma objetiva; como método, os procedimentos de formação da prognose, processos de natureza científica, considerando-se como fonte a plausibilidade e a racionalidade; e por fim, o resultado que refletiria um juízo futuro *stricto sensu*, considerando os elementos constitutivos, ou seja, a base, fato, e o método aplicado.

Já para a doutrina alemã, Klaus Jürgen Philippi traz a ideia de que os fatos legislativos se subdividem em: fatos históricos, fatos atuais e eventos futuros. Os fatos históricos decorrem da análise de determinados fatos que ensejaram decisões que podem servir de parâmetro; os fatos atuais são frutos da dinâmica do fato em tempo real; a verificação das circunstâncias fáticas que envolvem o fato em si no momento de seu acontecimento; e os eventos futuros, que se referem ao prognóstico efetuado pelo legislador, de fatos existentes e conhecidos com provável ocorrência em acontecimentos futuros.

Pode-se, portanto, concluir que a prognose é um juízo de probabilidade, e como tal, também se submete ao controle de constitucionalidade, na medida em que, no momento da elaboração da norma, este juízo de probabilidade possa estar revestido de uma premissa equivocada ou até mesmo de uma limitação a um direito fundamental.

---

<sup>29</sup> SOUZA, Antonio Francisco apud HENRIQUES, Pedro Estiguer. *Ação afirmativa e controle de constitucionalidade: limites do Judiciário na análise de fatos e prognoses legislativos*. Disponível em [http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12268/12268\\_1.PDF](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12268/12268_1.PDF). Disponível em [http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12268/12268\\_6.PDF](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12268/12268_6.PDF). Acesso em 24 abr. 2016.

Sem dúvida alguma, se por um lado pode-se afirmar que é possível o controle judicial de fatos e prognoses legislativos, por outro, não se deve olvidar os limites da intensidade desse controle, sob pena de o Poder Judiciário imiscuir-se na esfera de competência do Poder Legislativo.

Certamente, os conceitos jurídicos indeterminados reclamam uma valoração integrativa quando necessário se faz identificar o significado do conceito, porém, árdua é a tarefa de saber a quem competirá a implementação dessa valoração: se ao órgão legiferante em sua competência originária de elaborador de leis, ou se ao Poder Judiciário, no exercício de sua competência de guardião da Constituição, através do controle de (in)constitucionalidade de leis.

Essa linha tênue entre essas duas competências será objeto deste trabalho, na medida em que, ao se sustentar a aferição dos fatos no controle de constitucionalidade da norma, este se confunde, muitas das vezes, com invasão de competências, ativismo judicial, quando na verdade o que se quer demonstrar, é a necessidade de uma mudança de paradigma no modelo de interpretação da norma, no processo de controle de constitucionalidade.

Adiante, serão esmiuçados os conceitos, métodos e instrumentos do controle de constitucionalidade da prognose legislativa sob este enfoque.

## **1.2. Métodos de interpretação da norma constitucional.**

Ainda que não sejam objeto principal da pesquisa os métodos de interpretação até então existentes, necessário se faz um capítulo voltado ao tema, a fim de levar o leitor a uma reflexão mais aprofundada sobre a eficácia e efetividade do controle de constitucionalidade efetuados no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, há de se

ressaltar que o presente capítulo tem por finalidade apenas situar o leitor quanto à problemática da hermenêutica a ser aplicada.

À guisa de introdução ao tema, deve-se diferenciar, em primeiro lugar, hermenêutica de interpretação. A ciência hermenêutica busca sistematizar métodos de interpretação da norma, com os quais o intérprete se valerá para alcançar a finalidade do texto jurídico objeto de sua análise, o real sentido da lei.

Em consonância com a corrente de juristas que comungam da opinião sobre a importância fundamental da hermenêutica, cita-se o posicionamento do juiz federal Reis Friede<sup>30</sup>, a seguir transcrito:

[...] o estudo e o conhecimento da hermenêutica reveste-se de uma importância verdadeiramente capital no contexto das Ciências Jurídicas, considerando ser seu objetivo específico, exatamente, a indispensável sistematização dos processos aplicáveis, objetivando, em última análise, determinar o sentido final e o alcance específico das variadas expressões do Direito.

Por outro lado, deve-se pontuar o papel do intérprete em todo esse processo. Para tanto, é indispensável delimitar o seu conceito, pois esse está intimamente relacionado à segurança jurídica. Sem dúvida alguma, a interpretação da norma é tarefa das mais singulares, uma vez que, se não limitadas pelo método, daria vazão a várias interpretações diferenciadas do mesmo objeto, dada a subjetividade da atividade. Dessa forma, forçoso dizer que a interpretação da norma difere da hermenêutica, a partir do momento em que esta cria mecanismos de interpretação da norma e, aquela aplica esses métodos na busca do conhecimento da razão de ser dessa mesma norma.

---

<sup>30</sup> FRIEDE, Reis. *Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.p 118.

Ressalte-se que o autor afirma que a técnica elaborada se vale tanto do auxílio da sociologia quanto da própria hermenêutica, a qual “se aproveita das conclusões da filosofia jurídica, para, afinal, fixar um processo dinâmico que colima em novos processos de interpretação”. Logo, pode-se concluir que a hermenêutica não está dissociada das demais ciências sociais, pelo contrário, requer sua complementação a fim de buscar o melhor método.

De forma lúdica, transcreve-se abaixo a diferenciação efetuada por Celso Ribeiro Bastos<sup>31</sup>, entre hermenêutica e interpretação:

[...] a hermenêutica jurídica seria o conjunto de tintas disponíveis, sendo assim, o hermeneuta, busca encontrar e produzir as mais variadas nuances de cores de tintas. Por sua vez, o intérprete agiria como um pintor que diante daquelas possibilidades apresentadas pelas tintas iria utilizá-las para apresentar uma obra-prima.

Importante salientar que a interpretação da lei não autoriza o jurista a se intitular legislador, pois sua tarefa é, segundo Reis Friede<sup>32</sup>, “ extrair o real conteúdo da norma jurídica expresso no texto da lei que a veicula”.

Impõe-se nesse momento um parêntese sobre a questão acima suscitada, eis que o tema em voga é confundido com ativismo judicial. Sem dúvida alguma, não se pode deixar de observar a confusão que corriqueiramente se faz, principalmente entre leigos, quando consideram que o judiciário se arvora em legislador.

Em uma sociedade pluralista e globalizada, impossível ao legislador prever todo e qualquer tipo de conflito para que haja uma norma a delinear sua solução. Nessa esteira, cabe ao judiciário, no momento de aplicação do direito, construir uma solução para o conflito com base no ordenamento jurídico, tomando para si a normatividade dos princípios, a técnica da ponderação, a argumentação jurídica, o caso concreto e seus valores pessoais<sup>33</sup> de forma fundamentada. Vê-se tal comportamento – pro-atividade dos juízes - nos chamados “ casos difíceis”<sup>34</sup>, que são aquelas situações presentes na vida em

---

<sup>31</sup>BASTOS, Celso Ribeiro apud Vilas-Bôas Renata Malta. Disponível em:

[http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/downloads/consilium\\_04\\_04.pdf](http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/downloads/consilium_04_04.pdf). Acesso em 31 ago. 2015.

<sup>32</sup> FRIEDE, op. cit., p. 122.

<sup>33</sup> LARENZ, Karl apud MARTINS, Rodrigo Bezerra. Disponível em

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,metodo-hermeneutico-concretizador-de-interpretacao-constitucional,50280.html>. Acesso em: 20 dez. 2015. Nos dizeres de LARENZ (1997, p. 288), o conhecimento do sentido do objeto interpretado seria difícil, até impossível, sem a ação da pré-compreensão do intérprete: “O texto nada diz a quem não entenda já alguma coisa daquilo de que ele trata” (p. 441). Por isso, quanto mais informado estiver o julgador a respeito da coisa de que trata o conteúdo da norma, em todas as perspectivas possíveis dos campos do saber (visão social, política, econômica), melhor será sua pré-compreensão, aumentando a qualidade do resultado do processo interpretativo

<sup>34</sup> Conforme nos ensina Luis Roberto Barroso, casos difíceis são (...) casos para os quais não existem respostas pré-prontas à disposição do intérprete. A solução, portanto, terá de ser construída lógica e argumentativamente pelo juiz, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma, dos

sociedades para as quais não há norma específica para sua solução. Dessa forma, têm-se a presença do que se chama de “ discricionariedade jurídica “, que como esclarece Luis Roberto Barroso<sup>35</sup>, consiste em:

[...] Discricionariedade judicial é um conceito que se desenvolve em um novo ambiente de interpretação jurídica, no qual se deu a superação da crença em um juiz que realizaria apenas subsunções mecânicas dos fatos às normas, lenda cultivada pelo pensamento jurídico clássico. O juiz contemporâneo, sobretudo o juiz constitucional, não se ajusta a esse papel, para desalento de muitos. Mas de nada adianta quebrar o espelho por não gostar da imagem. O fato inafastável é que a interpretação jurídica, nos dias atuais, reserva para o juiz papel muito mais proativo, que inclui a atribuição de sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como a realização de ponderações. Para além de uma função puramente técnica de conhecimento, o intérprete judicial integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhadas do dever de justificação. Discricionariedade judicial, portanto, traduz o reconhecimento de que o juiz não é apenas a boca da lei, um mero exegeta que realiza operações formais. Existe dimensão subjetiva na sua atuação. Não a subjetividade da vontade política própria — que fique bem claro —, mas a que inequivocamente decorre da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época.

Por fim, deve-se ainda observar que, em regra, essa atuação do judiciário se aplica a casos difíceis que envolvem direitos fundamentais, para os quais, a Constituição atribui valor medular em que por qualquer razão não houve o amparo legislativo necessário. De substancial importância o esclarecimento trazido por Luiz Roberto Barroso<sup>36</sup>, quando justifica a aplicação da discricionariedade judicial :

[...] Discricionariedade, porém, é um conceito tradicional do direito administrativo, no qual está embutido o juízo de conveniência e oportunidade a ser feito pelo agente público. Nessa acepção, discricionariedade significa liberdade de escolha entre diferentes possibilidades legítimas de atuação, uma

---

precedentes e de aspectos externos ao ordenamento jurídico. Daí se fazer referência a essa atuação, por vezes, como sendo criação judicial do direito. Em rigor, porém, o que o juiz faz, de verdade, é colher no sistema jurídico o fundamento normativo que servirá de fio condutor do seu argumento. Toda decisão judicial precisa ser reconduzida a uma norma jurídica. Trata-se de um trabalho de construção de sentido, e não de invenção de um Direito novo. Casos difíceis podem resultar da vagueza da linguagem (dignidade humana, moralidade administrativa), de desacordos morais razoáveis (existência ou não de um direito à morte digna, sem prolongamentos artificiais) e colisões de normas constitucionais (livre iniciativa *versus* proteção do consumidor, liberdade de expressão *versus* direito de privacidade). Para lidar com uma sociedade complexa e plural, em cujo âmbito surgem casos difíceis, é que se criaram ou se refinaram diversas categorias jurídicas novas, como a normatividade dos princípios, a colisão de normas constitucionais, o uso da técnica da ponderação e a reabilitação da argumentação jurídica. BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.5, Número Especial, 2015, p. 32. Disponível em <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3180/pdf>. Acesso em: 13 dez 2015.

<sup>35</sup> Ibid., p. 32.

<sup>36</sup> Ibid., p.33.

opção entre “indiferentes jurídicos”. Nesse sentido, inexistem discricionariedade judicial. O juiz não faz escolhas livres nem suas decisões são estritamente políticas. Essa constitui uma das distinções mais cruciais entre o positivismo e o não positivismo. Para Kelsen, principal referência do positivismo normativista romano-germânico, o ordenamento jurídico forneceria, em muitos casos, apenas moldura, conjunto de possibilidades decisórias legítimas. A escolha de uma dessas possibilidades, continua ele, seria um ato político, isto é, plenamente discricionário. A concepção não positivista, compreendida neste estudo, afasta-se desse ponto de vista. Com efeito, o Direito é informado por uma pretensão de *correção moral*, pela busca de justiça, da solução constitucionalmente adequada. Essa ideia de justiça, em sentido amplo, é delimitada por coordenadas específicas, que incluem a justiça do caso concreto, a segurança jurídica e a dignidade humana. Vale dizer: juízes não fazem escolhas livres, pois são pautados por esses valores, todos eles com lastro constitucional.

É primordial que se tenha em mente que esse tipo de atuação do judiciário se faz necessário quando esse se depara com conceitos jurídicos indeterminados abertos, nos quais estejam envolvidos direitos fundamentais.

Ressalte-se que essa forma de hermenêutica em que o juiz, transcendendo a própria lei, considera o fato concreto, conjugando-o com a realidade e aplicação de princípios e ponderações, traduz o direito de forma realística, valorativa e justificada.

Essa nova modalidade de interpretação é o que se busca implementar não somente no controle de constitucionalidade abstrato, mas também em toda e qualquer oportunidade em que o judiciário tiver que decidir, frise-se, quando direitos fundamentais forem desafiados.

Feitos esses primeiros esclarecimentos, passa-se então a uma breve explanação sobre os métodos clássicos de hermenêutica utilizados no ordenamento jurídico brasileiro.

### **1.2.1. Dos métodos e suas classificações:**

Como anteriormente já nos referimos, o conceito jurídico da norma pode ser elaborado partindo-se de um conceito determinado ou de um conceito indeterminado, cuja distinção é efetuada a partir de dois critérios: quantitativo e qualitativo. Baseando-se no

critério quantitativo, deve-se observar o grau de imprecisão do signo linguístico, enquanto no critério qualitativo, observa-se a essência do instituto.

Partindo-se da premissa de que o objeto estudado nesse trabalho é a interpretação constitucional, deve-se de plano compreender que a interpretação de que ora tratamos tem um caráter mais específico, tendo em vista as peculiaridades de seu objeto, ou seja, a própria Lei Maior, fundamento de validade das demais normas infraconstitucionais.

Assim, a interpretação constitucional diz respeito além de seu próprio texto, a princípios e regras que dele emergem, bem como, refletem nos atos normativos infraconstitucionais quando por ela controlados.

Reitera-se que há uma diferença fundamental entre interpretação e hermenêutica: enquanto a interpretação se traduz na descoberta do verdadeiro significado e sentido das normas, a hermenêutica é a fonte dos métodos, que nada mais são do que a maneira de se alcançar determinado conhecimento, o qual instrumentaliza o intérprete.

A seguir, serão apresentados os métodos mais utilizados na interpretação constitucional, os quais foram pinçados dentre tantos outros que existem, para que se possa demonstrar a necessidade de uma nova metodologia de interpretação, a fim de que o direito possa acompanhar a dinâmica social.

### **1.2.2. Método clássico**

Considera-se que a interpretação da Constituição deve ser a mesma interpretação dada a qualquer lei. Assim, todos os métodos de interpretação podem e devem ser utilizados para a interpretação. Para aqueles que comungam dessa opinião, deve-se utilizar os métodos da Escola Histórica do Direito de Savigny<sup>37</sup>, de 1840, ou seja, : a)

---

<sup>37</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da apud Caiodireito. *O Processo*. Disponível em: <http://oprocesso.com/2012/05/07/metodos-de-interpretacao-constitucional/>. Acesso em: 31 ago. 2015.

gramatical ou literal; b) histórico; c) sistemático ou lógico; d) teleológico ou racional; e, e) genético.

Em breve síntese, entende-se por método gramatical ou literal aquele que se realiza baseado na forma textual, ou seja, analisa-se o contexto da norma pelo o que está escrito, literalmente; método histórico é aquele que analisa todo o processo de criação da norma, ou seja, o projeto de lei, exposição de motivos, as discussões que envolveram o tema; os dados culturais, políticos, econômicos, psicológicos do momento de elaboração da norma; método sistemático ou lógico, aquele que procura analisar a norma harmonicamente com todo o seu contexto; o método teleológico ou racional aquele que busca a finalidade da elaboração da norma a fim de perceber o objetivo de sua aplicabilidade; por fim, o método genético, aquele que busca conhecer e compreender os conceitos primários utilizados pelo legislador no momento de elaboração da norma.

Todavia, todos esses métodos foram insuficientes para que o processo hermenêutico resultasse efetivo.

### **1.2.3. Método tópico-problemático**

A partir de então, outros métodos foram criados no intuito de aprimorar a técnica, objetivando viabilizar uma melhor interpretação da norma. Tem-se o método tópico-problemático, criado por Theodor Viehweg<sup>38</sup>. Esse método se fundamenta na

---

<sup>38</sup> VIEHWEG, apud Almeida, Juvêncio Costa. *Jurisprudência, Pensamento Problemático e o Retorno à Tópica Jurídica*. Disponível em [http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/520](http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/520). Acesso em: 31 ago.2015.

Importante salientar que o autor faz uma introdução em sua obra sobre Theodor Viehweg (1979) esclarecendo que ele "não propõe nenhuma descoberta ao desenvolver seu estudo sobre o estilo tópico de argumentação, senão uma reunião de temas dissertados por filósofos da Antiguidade, objetivando desenvolver um modelo de argumentação jurídica capaz de quebrar a ideia de cientificidade estrita das matérias referentes ao estudo do homem. Três desses autores são de grande destaque no desenrolar da obra

interpretação da norma a partir da apreciação do caso concreto que se pretende resolver, para só então, se identificar a norma adequada. Parte-se do problema para a norma. Tem-se, portanto, uma Constituição que se caracteriza por “um sistema aberto de regras e princípios” no dizer de Pedro Lenza<sup>39</sup>. Muitos criticam esse tipo de metodologia, dentre eles o próprio Canotilho<sup>40</sup>, pois entendem que ao partir do caso concreto para a norma, o intérprete faz uma análise casuística, adequando a norma ao fato, o que não condiz com a finalidade precípua da interpretação, pois a norma não existe para se adequar ao fato de forma casuística.

#### 1.2.4. Método Hermenêutico-Concretista

A aplicabilidade desse método é inversa ao método anteriormente apresentado, o qual tinha por parâmetro o caso concreto. Enquanto aquele, parte do problema para a norma, neste, a norma é o referencial, a ela se submetendo o caso concreto.

Nesse método, a pré-compreensão do intérprete sobre a norma é de fundamental importância, na medida em que sua análise deverá levar em consideração esse pressuposto subjetivo, conhecimento prévio, concomitantemente com o pressuposto objetivo que se caracteriza pelo problema e a realidade social no momento da interpretação.

A formulação teórica desse método foi estruturada em três vertentes respectivamente por Konrad Hesse<sup>41</sup>, Friedrich Müller e Peter Häberle .

---

Tópica e jurisprudência: o filósofo italiano Gian Battista Vico, o pensador grego Aristóteles e o orador romano Marco Túlio Cícero”.

<sup>39</sup>LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. Ver. Atual. e Ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 70.

<sup>40</sup>CANOTILHO, apud Caiodireito. Disponível em: <http://oprocesso.com/2012/05/07/metodos-de-interpretacao-constitucional/>. Acesso em: 31 ago. 2015.

<sup>41</sup>HESSE, Konrad apud MARTINS, Rodrigo Bezerra. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,metodo-hermeneutico-concretizador-de-interpretacao-constitucional,50280.html>. Acesso em: 02 set. 2015.

A Hesse coube a formulação do conceito do método concretizador, que se resume numa sucinta definição a seguir transcrita:

A interpretação ocorre pela concretização, o procedimento de realização próprio da norma constitucional, que leva em conta o contexto normativo e as particularidades das condições concretas de vida.

A formulação do método concretista- estruturante coube a Friedrich Müller<sup>42</sup>, que se fundamenta na ideia de que o texto da norma não se completa em si, mas apenas aponta para o seu conteúdo, o qual deverá ser buscado pelo intérprete. O referido autor conclui seu pensamento assim resumindo o método:

[...] Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. Uma norma não é carente de interpretação porque e à medida em que ela não “unívoca”, “evidente”, porque e à medida que ela é “destituída de clareza” – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é: o teor literal de uma norma) pode parecer “clara” ou mesmo “unívoca” no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente “destituída de clareza”. Isto se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nela não se “aplica” algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas “a” norma jurídica não está pronta nem “substancialmente” concluída.

Por fim, a formulação do método concretista da Constituição aberta coube a Peter Häberle<sup>43</sup>, o qual se fundamenta na ideia de que a interpretação da norma deve ser feita da forma mais ampla possível, envolvendo demais seguimentos da sociedade e não somente o juiz, o operador do direito. Para Häberle, essa metodologia se confunde com o

<sup>42</sup>MÜLLER, Friedrich apud VICTORINO, Fábio Rodrigo. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-teoria-estruturante-de-friedrich-muller,50638.html>. Acesso em: 20 dez. 2015.

Em conclusão ao seu pensamento, aduz: [...] “o texto da norma jurídica seria a ponta do iceberg, sendo que o intérprete constitucional deverá fazer a interpretação para que possa desvendar todo o iceberg existente”. VILAS-BÔAS, Renata Malta. Disponível em <https://www.passeidireto.com/arquivo/6093096/hermeneutica-juridica---uma-questao-intrigante/9>. Acesso em: 20 dez. 2015.

<sup>43</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.14. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

Importante destacar que a pré-compreensão do intérprete diante da norma é que será objeto de confirmação ou não ao final da aplicação do método, restando claro que essa interpretação não pode extrapolar o significado linguístico decorrente da elaboração da norma. Dessa forma, não cabe ao intérprete ultrapassando esse limite material, criar uma interpretação desvinculada de seu sentido original, pois a ele não cabe a função legislativa.

próprio conceito de democracia, onde a participação da sociedade tem papel fundamental, conforme afirma:

[...] Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpreteten*). Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.

Conclui-se que esse método insere a sociedade como intérprete da norma, perfazendo com isso a integração da sociedade com a norma constitucional como resultado do Estado Democrático de Direito.

### 1.2.5 Método Científico-Espiritual

Esse método foi objeto de estudo de Rudolf Smend<sup>44</sup>, o qual pouco inova quanto ao método concretizador, na medida em que também exige que se considere o contexto social na interpretação.

---

<sup>44</sup> SMEND, Rudolfo da apud Caiodireito. *O Processo*. Disponível em: <http://oprocesso.com/2012/05/07/metodos-de-interpretacao-constitucional/>. Acesso em: 31 ago.2015. No entender de Norbert Wimmer<sup>44</sup>, jurista alemão, a constituição não pode ser compreendida como sendo somente um estatuto de organização e estruturação do Estado que permite e determina certas atividades a si, mas, sim, como uma forma vital que os cidadãos dispõem de participar ativamente da vida do Estado. Sendo assim, o método integrativo ou científico-espiritual entende que os valores que forem expressos e tutelados pela Constituição irão operar como valores e norteadores da interpretação coletiva dos cidadãos e assim devem ser compreendidos e aplicados. Dentro deste contexto, o intérprete constitucional deverá sempre se ater à realidade da vida e à sua concretude existencial, ou seja, a constituição deverá ser analisada levando-se em consideração os seus aspectos teleológicos – o seu fim e ainda materiais. No método integrativo, o primeiro passo a ser observado refere-se ao espírito da Constituição, sendo assim, é preciso delimitar quais os princípios políticos fundamentais informadores de todo o sistema constitucional. O método científico-espiritual deve considerar: • O conjunto de todos os valores seja de âmbito político, econômico, social e cultural que estejam subjacentes ao texto constitucional; e ainda • O sentido e a realidade da Constituição como sendo elementos essenciais do processo integrativo.

Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>45</sup> nesse método “[... ] enxerga-se a Constituição como um sistema cultural e de valores de um povo, cabendo à interpretação aproximar -se desses valores subjacentes à Constituição “.

Como elemento diferenciador, encontra-se a obrigatoriedade em se observar a ordem de valores existentes no texto normativo, o qual deve acompanhar as alterações valorativas que emanam da realidade, da vida em sociedade.

A ótica interpretativa deve considerar a norma como um todo – aspecto sistêmico da interpretação, sem deixar de considerar os aspectos axiológicos de seu conteúdo – aspecto espiritualista. Assim, de forma integrativa, a interpretação da norma incide no caso concreto a ser analisado.

Dessa forma, no dizer de Paulo Bonavides<sup>46</sup>, esse método integrativo esvazia a ideia de uma norma constitucional isolada:

[...] com essa visão de conjunto, essa premissa fundamental de que a Constituição há de ser interpretada sempre como um todo, com percepção global ou captação de sentido. Sentido sempre geral e de totalidade, que coloca tudo mais *sub specie* do mesmo conjunto.

Assim, pode-se concluir que esse método prima por considerar a Constituição em sua totalidade, seja quanto ao texto normativo seja quanto aos valores de seu conteúdo, integrando o problema com o texto constitucional.

### **1.2.6. Método da Comparação Constitucional**

---

<sup>45</sup> MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014, p. 94.

<sup>46</sup> BONAVIDES, Paulo apud JUNIOR, Ubergue Ribeiro. *A iniciativa popular e sua relação com as iniciativas privativas do Presidente da República*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_72/artigos/Ubergue\\_rev72.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Ubergue_rev72.htm). Acesso em: 02 set. 2015.

Embora fora da classificação proposta por Canotilho, tem-se ainda o Método da Comparação Constitucional. De acordo com Pedro Lenza<sup>47</sup>,” nesse método a interpretação dos institutos se implementa mediante comparação nos vários ordenamentos”. Não há muito o que acrescentar, uma vez que o próprio método é autoexplicativo, ou seja, fundamenta-se na comparação de várias normas constitucionais, identificando os pontos que se assemelham e os que se distanciam.

Portanto, pode-se concluir que vários são os métodos, todos em busca da melhor instrumentalidade da interpretação da norma, mas de longe, nenhum deles com unanimidade.

### **1.2.8. Método do Prognóstico: o problema prognóstico de Klaus Philippi**

Estabelecidas essas noções básicas dos referidos conceitos, importante identificar os métodos utilizados para o problema prognóstico. Como já foi dito anteriormente, uma nova perspectiva se delineia quanto a mudança de referencial para o controle de constitucionalidade concentrado, com fundamento na tese de doutorado de Klaus Jürgen Philippi<sup>48</sup>. O trabalho de Klaus se baseou em decisões judiciais publicadas em 25 volumes da revista da Corte Constitucional Alemã, cujo trabalho teve como referencial os fatos legislativos atuais, históricos e eventos futuros.

Passa-se, portanto, a uma noção mínima dos métodos referenciados por Klaus a serem utilizados na atividade prognóstica do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

---

<sup>47</sup> LENZA, op. cit., p. 71.

<sup>48</sup> PHILIPPI, op. cit., p. 15

Para Klaus, há de se dividir a interpretação em 3 momentos<sup>49</sup>: fatos históricos, fatos presentes, ou atuais, e fatos futuros, prognoses. Transcrevemos abaixo trecho de seu livro que elucida bem essa diferenciação:

[...] Essa distinção deve-se fazer ainda mais precisa: fatos atuais podem ser observados no presente, fatos históricos puderam ser observados no passado e documentados; fatos futuros são, porém, por princípio, não observáveis. Afirmar sobre o futuro, portanto, não assentam nunca em observações no próprio futuro – se um considerar profetizações de videntes como exceção. Contudo, para poder fazer afirmações certas ou somente prováveis sobre o futuro, o acadêmico deve seguir um caminho racional.

Analisa em sua obra as diversas formas de se buscar um método eficaz, passando pelo estudo de métodos empíricos, tais como, método estatístico; literatura sobre fatos; parecer do perito; Informações sobre vagas/repartições estatais e banco de dados eletrônicos; Princípios (empíricos) básicos/gerais judiciais; Documentos histórico-políticos; Normas jurídicas e Depoimentos de testemunha, como também pela análise do problema prognóstico, através da consideração de derivação de prognoses a partir de leis

---

<sup>49</sup> Ibid., p. 125 e 126

universais<sup>50</sup>; Procedimento/Método-modelo<sup>51</sup>; Procedimento/Método–tendência;  
 Procedimento/Método–teste; Procedimento/Método-interrogatório e Procedimento/Método  
 intuitivo.

---

<sup>50</sup> Ibid., p. 127/129.

Interessante aqui transcrever o princípio da análise efetuada pelo autor, quando parte da premissa da derivação de prognose a partir das leis universais. [...]Um primeiro e superior a todos os outros métodos é a dedução de prognoses a partir de “leis universais”. Em áreas mais abrangentes das ciências naturais prevalecem leis universais, ou seja: leis que se aplicam a todos os casos individuais. As Leis (dos planetas) de Kepler são um exemplo dessas leis. Baseando-se nessas leis pode-se fazer afirmações dedutivas sobre todas as fases de tempo e, dessa forma, também pode-se deduzir coisas sobre o futuro, contanto que se conheça o estado do sistema em um determinado momento. A probabilidade/certeza desse método prognóstico pode ser exposta curtamente: prognoses que são deduzidas de leis universais, realizam-se. Como conclusões dedutivas são obrigatoriamente lógicas, uma única prognose errônea deve refutar teoricamente a leis da natureza. No entanto, deve-se admitir que as dúvidas lógicas em relação às leis da natureza não estão excluídas: como as próprias leis da natureza são indutivas, elas não podem nunca ser verificadas definitivamente e, por isso, não possuem certeza absoluta. Aqui também se poderia falar de um caso extremo da certeza/probabilidade estatística. Porém, se se abstrai o problema lógico da indução, então as leis universais da natureza são uma base prognóstica fiável. Elas permitem tanto prognoses confiáveis, quanto precisas. Desta forma, um astrônomo é capaz de prever um eclipse solar até seu exato minuto, que irá ocorrer somente em dois mil anos.

Se se admite em um experimento intelectual/de reflexão que todas as ciências empíricas encontraram leis universais, então não haveria nenhum problema prognóstico especial.

O dilema da prognose se dá no fato não só de que observações diretas do futuro são excluídas, mas também que não se sabe de nenhuma lei universal em vastas áreas das ciências empíricas. Isso se aplica não só às áreas das ciências naturais, como por exemplo a Microfísica e a Meteorologia, mas também às ciências sociais como um todo, nas quais não se conhece nenhuma lei universal, somente legalidades estatísticas. Também de um novo ponto de vista marxista, leis econômicas não são idênticas às leis naturais. Afinal, as ciências humanas como a História não apresentam absolutamente nenhuma lei.

Esse fato tem aparentes consequências para o analista (prognóstico). Enquanto é possível deduzir prognoses corretas em cada caso individual/isolado através das leis universais, através das legalidades estatísticas somente é possível deduzir prováveis prognoses corretas. Se se conhece bem a legalidade estatística e ela é temporalmente estável – como, por exemplo, no caso da deteriorização de um átomo radioativo ou no caso do mecanismo de uma máquina de jogos –, então, é possível fazer conclusões relacionadas a qualquer período de tempo longo com um grau previsível de probabilidade através da legalidade. Porém, se a legalidade estatística é temporalmente instável (ou de mesmo efeito: se não é bem conhecida), como nas ciências naturais, então, todos os cálculos que ainda parecem ser tão precisos não podem mudar o fato de que as prognoses perderão sua previsibilidade depois de pouco tempo [...]

<sup>51</sup> Ibid., p. 131-132.

Transcrevemos as considerações do autor sobre o método-modelo.” [...] Por isso pode-se definir: modelo é um sistema de fatores causais gerais que esclarece o fato. Modelo prognóstico é, então, o modelo que explica fatos futuros.

A definição contém ao mesmo tempo uma delimitação das ciências empíricas: também na matemática pode-se falar de um modelo. Este se trata, contudo, de uma mera construção mental/intelectual, que não explica fatos.

A delimitação do termo/conceito de modelo do dia-a-dia (por exemplo: modelo universitário) também é facilmente encontrado: ele se trata de um “padrão”, uma missão, que deve ser realizada. Isto não tem nada a ver com a explicação de fatos.

Além disso, deve-se encontrar também a delimitação de um modelo de decisão: o modelo de decisão é um sistema de fatores, dos quais se deduz uma decisão racional. Modelos de decisão não servem para a explicação de fatos. Modelos de decisão não têm somente significado econômico, mas também referência/relação político-constitucional. Desta forma, analisa-se atualmente se as decisões políticas do parlamento alemão não podem ser melhoradas através de um modelo de decisão racional. Modelos de decisão devem substituir decisões intuitivas por decisões racionais (que possam ser identificadas objetivamente tão frequentemente quanto desejado). Modelos de decisão têm, assim, a mesma função de um sistema de normas para a decisão judicial no campo econômico e político e, também, no político-

Sem dúvida alguma, as conclusões do autor levam em consideração a realidade alemã através da análise de casos específicos, como por exemplo o caso das farmácias, em que a Corte utilizou literatura medieval, ou dos homossexuais<sup>52</sup>, para o qual o Tribunal nomeou um grupo internacional de peritos. Fato é que referido método admite a apreciação de dados da realidade no processo de interpretação.

De qualquer sorte, a realidade brasileira deve ser objeto de análise própria, haja vista a diferença histórica e estrutural de procedimentos para julgamento da constitucionalidade de lei, entre Brasil e Alemanha. Enquanto no ordenamento alemão qualquer cidadão pode “interpor recurso institucional “quando se sente lesado em algum de seus direitos fundamentais por qualquer órgão público – tendo o Tribunal o direito de escolher “apenas aquelas que possam produzir jurisprudência para a vigência dos direitos fundamentais, [...] todo tribunal alemão é obrigado a recorrer ao Tribunal Constitucional com uma “ação concreta de controle de normas”, se julgar uma lei inconstitucional”<sup>53</sup>, no ordenamento jurídico brasileiro, a legitimidade para a propositura de ações constitucionais se diferencia, estando enumeradas - *numerus clausus* – no artigo 103 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Em vista das dinâmicas sociais que se alteram com grande rapidez no mundo globalizado em que vivemos, as relações humanas necessitam de um direito mais atento às mudanças comportamentais e sociais, reclamando do operador do direito,

---

jurídico: decisões meramente intuitivas devem ser reduzidas por decisões racionais. Aplicando isto ao campo do controle da constitucionalidade, isto quer dizer que as decisões do Tribunal Constitucional Federal são derivadas (ao menos em parte) do sistema de normas constitucionais e, assim, racionais. A interpretação do tribunal pode, então, tornar sua decisão dependente da existência/ocorrência de um fato futuro. Decisões racionais tem como consequência o fato de que comprovação essencial dos fatos também deve ocorrer de forma racional e não intuitiva. Um procedimento/método prognóstico racional – por exemplo, o modelo prognóstico – deve, então, ser introduzido”.

<sup>52</sup> MENDES, Gilmar. *Controle de Constitucionalidade: hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativas pelo Órgão Judicial*. Revista Jurídica Virtual nº 8, v..1. Disponibilizado em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_08/cont\\_constitucionalidade.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm). Acesso em: 07 jul. 2015.

<sup>53</sup>Perfil da Alemanha. Disponível em: <http://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/pt/o-sistema-politico/main-content-04/o-tribunal-constitucional-federal.html>. Acesso em: 11 out. 2015.

principalmente em relação àqueles que têm o dever de interpretação das normas, uma atitude mais contemporânea e um direito mais afinado com os anseios sociais.

Para tanto, relevante se faz a técnica de interpretação, pois, a visão moderna da hermenêutica concorda que não basta apenas o operador do direito - em que nível for, ser considerado como intérprete dela, mas toda a sociedade, desde o indivíduo como pessoa bem como coletividade em seus mais amplos aspectos (grupos sociais, órgãos estatais, etc), pois entende que o direito, ao atingir o cidadão como norma cogente, o torna indiscutivelmente intérprete dessa mesma norma que o submete. E é nesse ponto que o direito deve refletir o anseio social.

Essa nova concepção é muito bem explanada por Peter Häberle,<sup>54</sup> quando diz:

[...] para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido *lato*, atuando nitidamente, pelo menos, como intérpretes (*Vorinterpreteten*).

A hermenêutica até o século XX é considerada uma interpretação voltada para uma sociedade fechada de intérpretes, onde o positivismo científico era a diretriz das interpretações constitucionais.

O direito contemporâneo não dissocia o sujeito do objeto, e esse novo enfoque de que a interpretação deve ser um processo aberto, o qual muitas das vezes pode levar a contrariar a subsunção da norma objeto da interpretação, foi responsável por uma nova concepção hermenêutica, a qual decorreria de mudanças nos paradigmas clássicos.

Como coloca Luiz Roberto Barroso<sup>55</sup>:

[...] três mudanças de paradigma abalaram a interpretação constitucional tradicional: A superação do formalismo jurídico, o advento de uma cultura jurídica pós-positivista e a ascensão do direito público e centralidade da Constituição”.

---

<sup>54</sup> HÄRBELE, op. cit., p. 14.

<sup>55</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.333-334.

Ora, se a resposta aos problemas objeto das interpretações está na norma, o que se faz quando o operador do direito se depara com um problema cuja solução não está na norma? Cria-se, portanto, a construção dessa resposta através da argumentação, da normatividade dos princípios e da ponderação.

Luiz Roberto Barroso<sup>56</sup>, aduz que :

[...] A nova interpretação incorpora um conjunto de novas categorias, destinadas a lidar com as situações mais complexas e plurais referidas anteriormente. Dentre elas, a normatividade dos princípios (como dignidade da pessoa humana, solidariedade e segurança jurídica, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica.

Afirma que muitas vezes a norma traz apenas um início, um princípio de solução, o qual se encontra adstrito a um princípio ou a um conceito jurídico indeterminado e que os fatos [...] “ passam a fazer parte da normatividade, na medida em que só é possível construir a solução constitucionalmente adequada a partir dos elementos do caso concreto.”<sup>57</sup>

A vida moderna, muitas das vezes, traz ao intérprete um problema complexo, pós-elaboração da norma, cuja solução não está estritamente na norma previamente elaborada, mas numa conjugação de valores, seja através da aplicação desses princípios constitucionais que tem força normativa, seja na utilização de um conceito geral ou até mesmo na construção argumentativa utilizando-se todos esses aspectos normativos em conjunto, adequando o fato a uma norma viva, uma norma que se movimenta, na medida em que acompanha as mudanças sociais.

Vê-se de forma clara essa discrepância, quando percebemos, no Legislativo, total desincompatibilidade com a realidade social, ao criar uma norma. Exemplo vivo ocorre atualmente em nossa sociedade, quando em 2011 o Supremo Tribunal Federal<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Ibid., p. 335

<sup>57</sup> Ibid., p. 335.

<sup>58</sup> Destaca-se do julgado os posicionamentos dos Ministros do STF que de forma unânime reconhecem a união estável de pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar – [...] O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse

reconhece as relações homoafetivas, como uma entidade familiar – ADI 4277<sup>59</sup> e ADPF 132<sup>60</sup> - e o Poder Legislativo em 2013, estuda a possibilidade de se criar o Estatuto da Família conceituando no artigo 2º do PL 6583/13<sup>61</sup>: [...] define-se entidade familiar como núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio do casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Não se tem dúvidas de que se o projeto de lei em referência for aprovado, ensejará Ação Direta de Inconstitucionalidade, por se tratar de um grande retrocesso, uma vez que a sociedade brasileira não só reconhece as relações homoafetivas como união estável

---

sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF.

Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Carmen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 20 dez. 2015.

<sup>59</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. Ministro Ayres Britto. Disponível em [http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ac%C3%B3rd%C3%A3o\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ac%C3%B3rd%C3%A3o(1).pdf). Acesso em: 20 dez. 2015

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Ministro Ayres Britto. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 20 dez. 2015.

<sup>61</sup>PL 6583/13. Disponível em

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>. Acesso em: 12 out. 2015.

capaz de ser convertida em casamento, bem como já existe divórcio<sup>62</sup> de casamentos homoafetivos e deferimento de pensão alimentícia<sup>63</sup>.

Com efeito, a inconstitucionalidade é presumida nesse caso, pois só podemos falar em inconstitucionalidade em face de lei, o que não ocorre nesse caso, uma vez que o que temos até o momento é um projeto de lei. É um caso clássico de inconstitucionalidade da prognose legislativa em seu nascituro; atuação improdutiva e ilegítima do legislativo, que apenas demonstra sua atuação parcial e comprometida com interesses políticos de determinada bancada, a qual não se coaduna com os interesses da sociedade para o qual foi eleito<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> O Primeiro Caso de Divórcio Gay no Brasil. Disponível em <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/03/o-primeiro-caso-de-bdivorcio-gay-no-brasil.html>. Acesso em: 12 out. 2015.

Transcreve-se trecho da reportagem acima referenciada para conhecimento de seu conteúdo: “Assim, o STJ legitima deliberações similares para quem sai de uma “união estável homoafetiva”, como definida pelo Judiciário. O voto do ministro-relator Luís Felipe Salomão foi seguido por unanimidade pela 4ª Turma. Ele lembrou que o Supremo Tribunal Federal (STF) explicitou, em 2011, que ninguém pode ser privado de direitos, nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica, por causa da orientação sexual. “Divórcios gays ainda são raridade porque muitos homossexuais ainda aspiram a tratamento como efetivos cidadãos, que o Estado ainda não assegurou plenamente. Por essa razão, muitos ainda desconhecem que podem se casar”, afirma Dimitri Sales, doutor em Direito e presidente do Instituto Latino-Americano de Direitos Humanos. (Original sem grifo)

<sup>63</sup> União Homoafetiva dá direito à Pensão Alimentícia depois da Separação. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI216526,81042-uniao+homoafetiva+da+direito+a+pensao+alimenticia+depois+da+separacao>. Acesso em: 12 out. 2015.

O STJ reconheceu o direito de pensão alimentícia às relações homoafetivas no RESP 1.302.467. Transcrevemos o trecho da publicação referenciada, a qual diz: “[...] ao proferir seu voto, o ministro Salomão citou diferentes precedentes do Supremo e do STJ que reconheceram direitos das relações heterossexuais aos casais homoafetivos (pensão por morte ao parceiro dependente, inscrição em plano de assistência de saúde, partilha de bens, adoção, etc.).

[...] De acordo com o relator, o planejamento familiar se faz presente “tão logo haja decisão de duas pessoas de se unir e constituir família, e a Constituição Federal garante ampla proteção”. Nesse sentido: “Em uma entidade familiar, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, não há como se afastar na relação de pessoas do mesmo sexo a obrigação de assistência do mais vulnerável dos parceiros. Há o dever de cuidar, de proteção, até porque os alimentos consubstanciam o princípio da solidariedade social. Se a união homoafetiva é reconhecida como uma família, parece despropositado concluir que o elevado instrumento jurídico dos alimentos não alcance os parceiros homoafetivos. (...) Os alimentos não podem ser negados a pretexto de uma preferência sexual diversa” O voto de Luis Felipe Salomão foi seguido à unanimidade pela turma, dando provimento ao REsp para afastar a impossibilidade jurídica do pedido e determinar o prosseguimento do julgamento da apelação do autor na ação de alimentos.

<sup>64</sup> O que se verifica hoje em nosso legislativo, é a manipulação de determinados grupos em prol de seus interesses. No caso vertente, o que se conclui é que a bancada evangélica (que detém a legitimidade da iniciativa legislativa no caso) – que não aceita o homossexualismo – resolveu criar um estatuto que legitime os seus próprios anseios, pouco importando que colida com a realidade social e constitucional. Não podemos esquecer que o Brasil é um país que comporta todos os tipos de religião e que nossa Constituição é laica.

Relevante evidenciar o que aduz Häberle<sup>65</sup> quando fala sobre as funções da Teoria da Constituição:

[...] Teoria Constitucional enquanto teoria de legislação deveria pesquisar – o que até então não foi feito – as peculiaridades da interpretação constitucional levada a efeito pelo legislador (contemplar-se-ia, assim, a alta relevância do Direito Parlamentar). Essa questão tem sido apreciada até aqui de forma perfunctória: a partir da jurisdição constitucional, isto é, de seus limites jurídico-funcionais, v.g., com o auxílio da “preferred-freedoms-doctrine”, da presunção de legitimidade da atuação legislativa, da liberdade de conformação do legislador nos limites do “ sistema axiológico “ (“Wertsystem”) da Constituição ou mediante utilização de fórmula negativa (negação de uma atuação arbitrária) ( Klein wirkürliches Handeln). Cuida-se agora, de descrever “positivamente” a interpretação constitucional realizada pelo legislador: a partir de seu processo (em particular do Direito Parlamentar), de suas funções. Não se pode mais avaliar a questão apenas de um prisma negativo, isto é, sob a ótica dos limites jurídico-funcionais do intérprete constitucional (juiz). Tem-se, pois, de desenvolver uma compreensão positiva do legislador, enquanto intérprete da Constituição seja enquanto ele, o legislador, pré-formula, no processo político, seja enquanto participa formalmente do processo Constitucional.”

Assim, considerando o papel de guardião da Constituição e das garantias fundamentais, passa-se no próximo capítulo a falar do Supremo Tribunal Federal e seu desempenho no controle de constitucionalidade – seus aspectos formais e processuais.

---

<sup>65</sup> HÄRBELE, op.cit., p.54-55

## 2. A LEI 9868/99 COMO INSTRUMENTO VITAL PARA O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA NO BRASIL ATUAL

Os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade devem ser primeiramente estabelecidos, uma vez que, a respetiva lei dispõe procedimentos muito parecidos para as ações de natureza tão diferenciadas.

Como preconiza Jorge de Miranda<sup>66</sup>:

[...] constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”. Não se cuida, porém, de uma relação lógica ou intelectual, adverte o mestre português, mas de uma relação de caráter normativo e valorativo.

Primordial assim que a inconstitucionalidade tenha por substância uma sanção, ou seja, que do reconhecimento dela sejam o ato ou a norma anulados, pois se assim não fosse, o paradigma não seria obrigatório. Para tanto, não basta que a inconstitucionalidade seja observada apenas em seu aspecto material, mas principalmente formal. Assim é o entendimento de Kelsen parafraseado por Gilmar Mendes<sup>67</sup>:

[...] Como se vê, não se limita Kelsen a reconhecer a sanção como elemento integrativo do conceito de inconstitucionalidade. Considera indispensável, igualmente, a existência de sanção qualificada, isto é, do procedimento de anulação do ato inconstitucional por órgão competente. Daí afirmar-se que, para Kelsen, a jurisdição constitucional é uma decorrência lógica da Constituição em sentido estrito.

Dessarte, os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade não traduzem, tão-somente, a ideia de conformidade ou inconformidade com a Constituição. Assim, tomando de empréstimo a expressão de Bittar, dir-se-á que constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção – de nulidade ou anulabilidade – por desconformidade com o ordenamento constitucional.

---

<sup>66</sup> MIRANDA apud MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p.1001.

<sup>67</sup>Ibid., p. 1004.

Conclui-se, portanto que, para Kelsen, se o reconhecimento da inconstitucionalidade não fosse acompanhado da sanção da nulidade ou anulabilidade, todo o processo seria inexistente, pois, a sanção qualificada é indispensável.

Acrescente-se ainda a diferenciação estabelecida pelo professor Guilherme Peña de Moraes<sup>68</sup>, quanto à questão da nulidade ou anulabilidade do ato reconhecido como inconstitucional:

[...] uma corrente doutrinária, com inspiração norte-americana, adverte que a natureza do ato inconstitucional é a de ato nulo, de modo que a invalidade da lei ou ato normativo importa na sua ineficácia *ab initio*, visto que o ato inconstitucional não integrou o ordenamento jurídico.

Outra corrente doutrinária, com inspiração austríaca, acentua que a natureza do ato inconstitucional é a de ato anulável, com eficácia *ex tunc*, de forma que a invalidade da lei ou ato normativo não implica na sua ineficácia *ab initio*, posto que o ato inconstitucional integrou o ordenamento jurídico.

Debruçando-se sobre o tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, historicamente, deixa inscrito que a natureza do ato inconstitucional e da decisão de inconstitucionalidade seria a de ato nulo e a de decisão meramente declaratória.

Como já foi dito anteriormente, no direito comparado a sistemática do controle de (in)constitucionalidade se divide no modelo americano, controle difuso, e no modelo austríaco, controle concentrado.

No Brasil, o controle de constitucionalidade abrange esses dois modelos<sup>69</sup>: o controle concentrado, exercido pelo STF e o controle difuso, exercido por todos os juízos e tribunais.

A diferença mais marcante dessas duas espécies de controle de constitucionalidade judicial é a de que, no controle concentrado, a questão da constitucionalidade é o próprio pedido sendo dirimido no dispositivo da sentença,

<sup>68</sup> MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.147.

<sup>69</sup> MENDES, op. cit., p. 1001.

Gilmar Mendes esclarece a origem do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, uma vez que nosso sistema abrange os dois modelos de controle, sendo considerado um sistema misto.

[...] desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle. Essas concepções aparentemente excludentes acabaram por ensejar o surgimento dos modelos mistos, com combinações de elementos dos dois sistemas básicos (v. g., o sistema brasileiro e o sistema português).

enquanto que no controle difuso, tendo em vista sua manifestação incidental, a apreciação da constitucionalidade é a causa de pedir, a qual será decidida na fundamentação da sentença. Assim, percebe-se, de plano, que no primeiro caso, a (in)constitucionalidade faz coisa julgada, ao passo que no segundo caso, não.

Esse trabalho tem por objeto o controle de constitucionalidade concentrado, pois é nesse modelo que as decisões possuem efeitos *erga omnes*, sujeitando toda a sociedade à interpretação dada pela Corte Suprema.

Por todas as razões já anteriormente declinadas, o STF imbuído em seu papel fundamental, é mais uma vez o ator principal da história, transformando não somente o prisma sob que se olha o direito mas, fundamentalmente, atuando de forma histórica na aplicação do direito.

De forma absolutamente precisa, o professor Guilherme Peña menciona comentário de Gustavo Binenbojm<sup>70</sup> sobre a missão da justiça constitucional, o qual transcreve-se:

[...] a missão precípua da justiça constitucional se projeta para além da mera função de legislador negativo, guardião da coerência sistêmica do ordenamento jurídico. Seu papel é o de articular o debate público em torno de princípios constitucionais, constringendo os agentes políticos a levá-los em conta no desenrolar do processo democrático, porquanto o exercício da jurisdição (e ainda mais agudamente, o exercício da jurisdição constitucional) envolve uma atividade volitiva – e não apenas cognitiva.

Dessa forma, passa-se a examinar a Lei 9868/99<sup>71</sup>, que trata do processo e julgamento da Ação direta de Inconstitucionalidade - seja por ação ou por omissão - e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, dando-se ênfase aos artigos 7º e 9º do referido diploma legal, a qual tornou-se marco de nova interpretação constitucional.

---

<sup>70</sup>BINENBOJM, Gustavo apud MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014., p. 146.

<sup>71</sup>BRASIL. Lei n. 9.868. de 10 de Novembro de 1999. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm). Acesso em: 30 dez. 2015.

A Lei 9868/99 foi o primeiro e grande passo a favor de um modelo aberto na verificação do controle de constitucionalidade.

Deve-se ressaltar que o artigo 2º da Lei 9868/99 já começa inovando, na medida em que alarga as hipóteses de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Ademais, a EC 45/04<sup>72</sup> igualou os legitimados da ação direta de inconstitucionalidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da ação declaratória de constitucionalidade, alterando os dispositivos da Constituição Federal<sup>73</sup> em seu artigo 103 bem como na própria Lei 9868/99 no artigo 12-A.

Importante observar que no Brasil o cidadão não tem legitimidade para propor referidas ações, podendo contudo, nos dizeres do professor Guilherme Peña<sup>74</sup>, se valer do direito de petição, conforme se depreender de sua assertiva:

[...] Portanto, no ordenamento constitucional brasileiro, não houve a configuração da ação popular de inconstitucionalidade, embora tenha sido assegurado a qualquer pessoa, mediante o exercício do direito de petição, suscitar a iniciativa de alguns legitimados ativos para a ação direta de inconstitucionalidade.

A Lei 9868/99 permite ainda, a participação indireta da sociedade na medida em que alarga o rol de legitimados para a sua propositura; permite a participação do *amicus curiae*<sup>75</sup>; possibilita a oitiva de peritos ou comissão de peritos e ainda viabiliza a realização de audiências públicas.

---

<sup>72</sup> BRASIL. Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm). Acesso em 30 dez. 2015.

<sup>73</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 30 dez. 2015

<sup>74</sup> MORAES, op. cit., p. 210.

<sup>75</sup> Descrição do Verbete: "Amigo da Corte". Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam

Nesse sentido, assevera Gilmar Mendes<sup>76</sup>:

A constatação de que, no processo de controle de constitucionalidade, se faz, necessária e inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos sugere a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição.

Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des) interessados.

Não se pode ignorar que referidos institutos possuem uma importância relevante na interpretação da norma objeto da aferição de (in)constitucionalidade, uma vez que expande a possibilidade de inserção dos fatos concretos na discussão e traz à baila não só os anseios da própria sociedade, mas também, toda a sua complexidade de conceitos, princípios e diferenças.

Esses instrumentos representam a criação de um novo paradigma no controle de constitucionalidade, pois estabelecem um diálogo entre o fato e a norma. Assim, o controle concentrado de constitucionalidade, que antes se limitava à análise fria e seca da norma, hoje, não se limita apenas à análise da lei *in abstractu*. A verificação da constitucionalidade da lei pela Suprema Corte tem o condão de dizer não só quando a lei nasce inconstitucional (em que pese a presunção de que toda lei é constitucional) mas também quando ela deixa de ser constitucional diante das mudanças sociais.

Aduz a respeito do tema Gilmar Mendes<sup>77</sup>:

---

apenas como interessados na causa. Plural: Amici curiae (amigos da Corte). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>. Acesso em: 30 dez. 2015.

<sup>76</sup> MENDES, Gilmar. *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, v. 1, n. 8, janeiro 2000. Disponível em [https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs\\_saj/index.php/saj/article/view/1063/1047](https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/view/1063/1047). Acesso em: 30 dez 2015.

<sup>77</sup> MENDES, op.cit., p. 854.

Há de se acrescentar observação inserida por Gilmar Mendes, da lavra de Karl Larenz:

[...] De entre os factores que dão motivo a uma revisão e, com isso, frequentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa. Trata -se a este propósito de que as relações fácticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projectou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se 'ajustar' às novas relações. É o factor temporal que se faz notar aqui. Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com o seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude; o que no momento da gênese da lei actuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar. Mas, uma vez que a lei, dado que pretende ter também validade para uma

[...]A doutrina admite a caracterização da inconstitucionalidade da lei tendo em vista significativa alteração das relações fáticas.

Assim, a norma legal que não podia ser acoimada de inconstitucional, ao tempo de sua edição, torna-se suscetível de censura judicial em virtude de uma profunda mudança nas relações fáticas, configurando o processo de inconstitucionalização (*der Prozess des Verfassungswidrigwerdens*).

A dogmática jurídica limita -se a distinguir os atos constitucionais dos atos inconstitucionais. A declaração de inconstitucionalidade supõe a simples declaração ou o singelo reconhecimento de uma situação preexistente. O processo de inconstitucionalização (*Verfassungswidrigwerden*) não se coloca como alternativa dogmática, salvo quando resultante de uma mudança das relações fáticas. Eventual alteração no entendimento jurisprudencial, com a consequente afirmação da inconstitucionalidade de uma situação, até então considerada constitucional, não autoriza a caracterização da inconstitucionalidade superveniente. Esforça -se por contornar o inevitável embaraço decorrente desse modelo, afirmando que a mudança no entendimento jurisprudencial ensejou apenas o reconhecimento da inconstitucionalidade, anteriormente configurada.

Assim, imperativo admitir que os instrumentos trazidos pela Lei 9868/99 tornaram-se mais que instrumentos, tornaram-se verdadeiros métodos, pois, ao tempo em que esclarecem os fatos, possibilitam ao judiciário um entendimento mais realístico do caso concreto para aplicação do direito.

#### Segundo Gilmar Mendes<sup>78</sup>

[...] a atividade interpretativa na jurisdição constitucional afasta-se cada vez mais do modelo clássico, calcado no mero contraste entre a norma questionada e a norma constitucional superior. Tal abordagem confere equivocadamente maior importância a uma pré-compreensão do instrumento processual do que à própria decisão do constituinte de lhe atribuir competência para dirimir a controvérsia constitucional.

Reconhecendo a obsolescência desse modelo, autores como Peter Häberle proclamam a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às “intervensões de eventuais interessados”, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas na qualidade de intérpretes em sentido amplo da Constituição.

Portanto, é de suma importância o estudo de cada um desses instrumentos, para que possamos aferir o grau de influência que cada um tem na decisão da Suprema Corte.

---

multiplicidade de casos futuros, procura também garantir uma certa constância nas relações inter-humanas, a qual é, por seu lado, pressuposto de muitas disposições orientadas para o futuro, nem toda a modificação de relações acarreta por si só, de imediato, uma alteração do conteúdo da norma. Existe a princípio, ao invés, uma relação de tensão que só impele a uma solução – por via de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do Direito – quando a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser ‘evidente’.

<sup>78</sup> MENDES, Gilmar. <http://www.conjur.com.br/2015-out-03/observatorio-constitucional-audiencia-publica-revela-crise-financeira-estados>. Acesso em: 22 out. 2015.

## 2.1. Do *amicus curiae*

Em primeiro lugar, necessário se faz a conceituação desse instituto, o qual não é tão novo em nosso ordenamento, sendo uma expressão latina que tem por significado “amigo da corte”.

Traz-se a conceituação feita por Esther Maria Brighenti dos Santos<sup>79</sup>, para melhor entendimento, que diz:

[...] *Amicus curiae* é termo de origem latina que significa "amigo da corte". Diz respeito a uma pessoa, entidade ou órgão com profundo interesse em uma questão jurídica levada à discussão junto ao Poder Judiciário. Originalmente, o *amicus* é amigo da corte e não das partes, uma vez que se insere no processo como um terceiro, que não os litigantes iniciais, movido por um interesse maior que o das partes envolvidas inicialmente no processo. Instituído pelas leis romanas, foi plenamente desenvolvido na Inglaterra pela *English Common Law* e, atualmente, é aplicado com grande ênfase nos Estados Unidos. Seu papel é servir como fonte de conhecimento em assuntos inusitados, inéditos, difíceis ou controversos, ampliando a discussão antes da decisão dos juízes da corte. A função histórica do *amicus curiae* é chamar a atenção da corte para fatos ou circunstâncias que poderiam não ser notados.

[...] A manifestação do *amicus curiae* se resumirá em uma coletânea de citações de casos relevantes para o julgamento, artigos produzidos por profissionais jurídicos, informações fáticas, experiências jurídicas, sociais, políticas, argumentos suplementares, pesquisa legal extensiva que contenham aparatos corroboradores para maior embasamento da decisão pela Corte Suprema.

[...] Se, diante de um debate sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição da República, a decisão que vier a ser proferida for de relevante interesse para mais de uma entidade ou órgão, caberá a pluralidade de *amicus curiae*, sendo esta denominada de *amici*.

A primeira manifestação no ordenamento jurídico brasileiro se deu através da lei 6.616/78<sup>80</sup> a qual incluiu dois artigos ( 31 e 32 ) na Lei 6.385/76<sup>81</sup>, dispondo o artigo 31:

Art. 31 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.

<sup>79</sup> SANTOS, Esther Maria Brighenti. *Amicus Curiae*: um instrumento de aperfeiçoamento nos processos de controle de constitucionalidade. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/7739/amicus-curiae>. Acesso em: 09 jan. 2016.

<sup>80</sup>BRASIL. Lei 6616, de 16 de dezembro de 1978. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6616.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6616.htm). Acesso em: 09 jan. 2016.

<sup>81</sup>BRASIL. Lei 6385, de 07 de dezembro de 1976. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm). Acesso em: 09 jan. 2016.

Assim, tem-se que essa lei legitimou a participação de uma autarquia Federal (CVM ) em intervir em processos cujo objeto verse sobre matérias atinentes a sua competência, podendo inclusive interpor recursos quando as partes não o fizerem.

Posteriormente, a Lei 9469/97<sup>82</sup> dispõe em seu artigo 5º a possibilidade de a União atuar como *amicus curiae*:

Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

Percebe-se, portanto, que o instituto há muito é utilizado em nosso ordenamento jurídico, tomando dimensões mais específicas no que tange aos interesses das pessoas jurídicas de direito público, a partir do momento em que não exige demonstração de interesse jurídico direto na causa objeto da intervenção.

A partir de 1999, com o advento da Lei 9868/99 o *amicus curiae* passa então a ser considerado um instrumento de enorme relevância para o controle de constitucionalidade, pois, em seu artigo 7º parágrafo 2º estabelece:

§ 2º : O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Importante ressaltar que a Lei 9868/99 em seu artigo 7º não admite a figura da intervenção de terceiros, considerando-se o parágrafo 2º como uma exceção, uma vez que referida manifestação tem , nas palavras do Ministro Celso de Mello<sup>83</sup> (...) por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.

---

<sup>82</sup>BRASIL. Lei 9469, de 10 de julho de 1997. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9469.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm). Acesso em: 09 jan. 2016.

<sup>83</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.022-MC/RO Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7958599>. Acesso em: 10 jan. 2016.

Sua inadmissão, como coloca o professor Guilherme Peña é “ (...) em virtude da natureza objetiva do processo de controle de constitucionalidade concentrado, inadequado para a tutela de interesses subjetivos “.

Convém ressaltar que a intervenção do *amicus curiae* não era conceituada tecnicamente como intervenção de terceiros<sup>84</sup> conforme dispõe o capítulo VI da seção II do Livro I da lei 5.869/73<sup>85</sup>, mas sim como uma intervenção anômala de terceiros. Sua natureza jurídica não era unânime, ao tempo em, que para alguns autores, como Gustavo Santana Nogueira<sup>86</sup>, sua natureza jurídica é de uma nova modalidade de intervenção de terceiros; para Frede Didier<sup>87</sup> é de um auxiliar do juízo e para Adhemar Ferreira Maciel

---

“AMICUS CURIAE”. CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. INTERVENÇÃO DESSE “COLABORADOR DO TRIBUNAL” JUSTIFICADA PELA NECESSIDADE DE PLURALIZAR O DEBATE CONSTITUCIONAL E DE AFASTAR, COM TAL ABERTURA PROCEDIMENTAL, SEMPRE EM RESPEITO AO POSTULADO DEMOCRÁTICO, UM INDESEJÁVEL “DEFICIT” DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. AS QUESTÕES DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA E DA DEFINIÇÃO DOS PODERES PROCESSUAIS RECONHECIDOS AO “AMICUS CURIAE”. DOCTRINA. PRECEDENTES. ADMISSÃO, NA ESPÉCIE, DO BACEN. As razões invocadas pelo Banco Central do Brasil – BACEN para justificar sua pretensão de ingresso neste processo ajustam-se aos objetivos subjacentes à regra legal que instituiu a figura do “amicus curiae”, conformando-se ao entendimento que expus em decisão proferida na ADI 2.130/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO ‘AMICUS CURIAE’. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.868/99 (ART. 7º, § 2º). SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA ADMISSÃO DO ‘AMICUS CURIAE’ NO SISTEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO DEFERIDO. - No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do ‘amicus curiae’ (Lei nº 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros – desde que investidos de representatividade adequada – possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. - A admissão de terceiro, na condição de ‘amicus curiae’, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.(...)”

<sup>84</sup> Todavia, o Novo Código de Processo Civil, que passará a vigorar em 18.03.2016, incluiu como uma das modalidades de intervenção de terceiros, a figura do *amicus curiae*, conforme disposição do artigo 138.

<sup>85</sup>BRASIL. Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm). Acesso em: 09 jan. 2016.

<sup>86</sup> NOGUEIRA, apud MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo:Atlas, 2014, p.227.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 227.

bem como o Professor Guilherme Peña<sup>88</sup>, a natureza jurídica do *amicus curiae* não guarda semelhança nem como auxiliar do juízo nem como intervenção de terceiros, mas acompanham a jurisprudência no sentido de entenderem como “ admissão de terceiro na relação processual, com vistas à manifestação sobre a questão de direito subjacente à controvérsia constitucional”.

A Lei 9868/99 disciplina a aplicabilidade do instituto do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade concentrado, no parágrafo 2º do artigo 7º, salientando todavia em seu caput, não ser admitida a intervenção de terceiros no procedimento. Dessa forma, fica claro que o legislador assim o fez baseado no argumento de que a participação do *amicus curiae* não decorre de um direito processual de partes, mas tão-somente da discricionariedade do relator e /ou Presidente do Supremo Tribunal Federal quando entender que tal manifestação se faz necessária para esclarecimento de fatos e/ou inclusão da participação popular no processo decisório.

Interessante mencionar a Adin nº 2321<sup>89</sup> quando aduz:

[...] O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do "amicus curiae", permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do "amicus curiae", para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. A ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do "amicus curiae" no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade.

---

<sup>88</sup> Ibid., p.227.

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADin n. 2.321. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282321%2EENUME%2E+OU+2321%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL.%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hpmlaj9>. Acesso em: 10/ jan. 2016.

Na realidade, a figura do instituto não estava, no direito brasileiro, individualmente disciplinada, vez que importada do sistema norte-americano. Várias são as leis que a admitem – artigo 7º § 2º da lei 9868/99; artigo 14º, § 7º da lei 10.259/01<sup>90</sup> e artigo 3º, § 2º da Lei 11.417/06<sup>91</sup>, entre as anteriormente mencionadas.

Todavia, pela primeira vez tem-se a previsão do *amicus curiae* de forma genérica, ou seja, de ampla aplicabilidade. Trata-se do artigo 138 do Novo Código de Processo Civil, cuja previsão assim estabelece:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.

§1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§2º Caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Da leitura do caput, percebe-se, de plano, que a aplicabilidade do instituto poderá ser submetida ao juízo de primeiro grau, quando dispõe que o” (...) juiz ou relator poderá solicitar ou admitir manifestação”. Por outro lado, admite-se ainda “(...) a manifestação de pessoa natural”, ampliando de forma contundente a participação popular.

Nas palavras de Rodrigo Frantz Becker<sup>92</sup> :

[...] Por fim, vale aplaudir a inserção da figura do *amicus curiae* no projeto do novo CPC, ressaltando que essa possibilidade decorre do princípio do pluralismo jurídico, desenvolvido por Peter Häberle, em que se defende a participação, no meio jurídico, das potências públicas, grupos sociais e cidadãos que, direta ou indiretamente, sofram os efeitos da prerrogativa exercida pelos intérpretes lídimos na letra da lei.

---

<sup>90</sup>BRASIL. Lei 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm). Acesso em: 10 jan. 2016.

<sup>91</sup>BRASIL. Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm). Acesso em: 10 jan. 2016.

<sup>92</sup> BECKER, Rodrigo Frantz. Disponível em <http://jota.info/amicus-curiae-novo-cpc>. Acesso em: 10 jan. 2016.

À guisa de ilustração, cita-se a ADI 4815 / DF<sup>93</sup> - Distrito Federal, que versa sobre tema atual, ou seja, direito de reprodução de obra literária – biografias – em que a intervenção do *amicus curiae* se deu através da Associação Eduardo Blanks e a participação da Associação Nacional dos Editores de Livros - ANEL, do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro - IHGB, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP, e do Instituto Amigo, em audiências Públicas.

Importante ressaltar que a participação da Associação Eduardo Blanks como *amicus curiae* se deu de forma plena, pois não só exerceu o papel de subsidiar elementos que enriquecessem a discussão, e conseqüentemente agregasse fundamentos para decisão da Corte, como também, adentrou em aspectos processuais, para os quais a princípio não teria legitimidade, trazendo à lume o exaurimento, não só de questões materiais, como formais, uma vez que alegava ilegitimidade ativa da parte autora para o ajuizamento de ação de controle concentrado.

Referida ação direta de inconstitucionalidade visava “a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil)”.

O assunto foi extremamente polêmico uma vez que envolvia dois direitos fundamentais: direito de informação, cuidando da liberdade de expressão, e direito à privacidade, no que tange à observância da intimidade.

Ressalte-se que essa ADin também contou com o recurso da Audiência Pública, que se deu em 21.11.2013, para subsidiar o STF através de pareceres e manifestações de especialistas.

---

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADin nº 4.815. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>. Acesso em: 10 jan 2016.

Cumpram-se destacar que além das participações acima elencadas, os Presidentes da República e do Senado Federal prestaram informações; a Procuradoria-Geral da República e Advocacia- Geral da União também se manifestaram nos autos.

De tudo, conclui-se que o debate se deu amplamente com a sociedade civil através das referidas representatividades, cujo envolvimento, tanto da Suprema Corte quanto da sociedade, culminou no voto da Ministra Cármen Lúcia<sup>94</sup> no sentido de julgar procedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, para dar interpretação conforme à Constituição da República aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto.

## **2.2. Das audiências públicas e dos peritos ou comissões de peritos**

Ainda como instrumento de participação social no processo de controle de constitucionalidade, as audiências públicas exercem papel fundamental. Não obstante sua finalidade de esclarecimento técnico, administrativo, político, econômico e jurídico, passou a ter uma finalidade democrática, na medida em que, para o STF, é instrumento de legitimidade das decisões judiciais.

Previstas na Lei 9868/99 e 9882/99<sup>95</sup>, foram ainda regulamentadas pela Emenda Regimental nº 29/09<sup>96</sup>, atribuindo competência ao Presidente ou ao Relator do Superior Tribunal Federal para convocá-las, na forma dos artigos 13,XVII e 21,XVII do Regimento Interno, que ora transcrevemos:

Convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender

---

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 4.815. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016

<sup>95</sup>BRASIL. Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em: 10 jan. 2016.

<sup>96</sup>BRASIL. Emenda Regimental STF 29, de 18 de fevereiro de 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/norma/emendaregimental029-2009.pdf>. Acesso em 10 jan. 2016.

necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante.

O conceito do instituto é um dos mais abrangentes pois é uma forma de participação popular na política pública do País; na elaboração de leis<sup>97</sup> ou até mesmo na decisão sobre um projeto ou empreendimento que possa ocasionar impactos na sociedade.

O instrumento é relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, mas sem dúvida alguma é um dos mais abrangentes e legítimos de participação popular na construção de uma sociedade mais harmoniosa e igualitária, eis que permite a sociedade civil se inteirar dos processos políticos, jurídicos e sociais, e exercer o seu direito de tomar parte no processo decisório.

Observe-se que o procedimento ordinário de uma audiência pública se traduz em uma reunião previamente divulgada à sociedade civil, coordenada pelo órgão que detém a competência para o tema, para que em dia e hora predeterminados, possam os cidadãos nela comparecer e democraticamente nela se manifestar, apresentando dúvidas, sugestões, debatendo o tema nos mais variados aspectos.

No caso específico desse trabalho, a finalidade das audiências públicas difere do anteriormente esclarecido, na medida em que o relator ou o Presidente do STF poderá convocar audiência pública quando entender necessária a oitiva de pessoas com

---

<sup>97</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da projeção da democracia participativa na atuação do Supremo Tribunal Federal. *REVISTA DE DIREITO PÚBLICO*, Lisboa, ano 2011, n. 5. Disponível em [https://books.google.com.br/books?id=kEvcCwAAQBAJ&pg=PT61&lpg=PT61&dq=dos+peritos+ou+comiss%C3%B5es+de+peritos+do+artigo+9%C2%BA+da+lei+9868/99&source=bl&ots=hTd75nYXP8&sig=zTzTFIQC1WPDHIA-H3ct2gsSbHE&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjc-ZSx\\_cXNAhXHC5AKHQPBjsQ6AEIOzAH#v=onepage&q=dos%20peritos%20ou%20comiss%C3%B5es%20de%20peritos%20do%20artigo%209%C2%BA%20da%20lei%209868%2F99&f=false](https://books.google.com.br/books?id=kEvcCwAAQBAJ&pg=PT61&lpg=PT61&dq=dos+peritos+ou+comiss%C3%B5es+de+peritos+do+artigo+9%C2%BA+da+lei+9868/99&source=bl&ots=hTd75nYXP8&sig=zTzTFIQC1WPDHIA-H3ct2gsSbHE&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjc-ZSx_cXNAhXHC5AKHQPBjsQ6AEIOzAH#v=onepage&q=dos%20peritos%20ou%20comiss%C3%B5es%20de%20peritos%20do%20artigo%209%C2%BA%20da%20lei%209868%2F99&f=false). Acesso em: 26 jun. 2016.

[...] as audiências públicas realizadas no âmbito das Casas Legislativas diferem das realizadas no STF especialmente em razão das distintas finalidades visadas por ambas; as primeiras se destinam, em regra, a instruir processos de elaboração legislativa e, para tanto, procuram ampliar ao máximo os debates públicos. Já no plano das audiências realizadas no STF, a realização de audiência pública somente pode se desenvolver perante um processo em curso na jurisdição, o que, por consequência impõe limites à atuação de nossa Corte maior.

experiência ou mesmo autoridade no assunto em debate, a fim de instruir o processo possibilitando esclarecimento e conhecimento mais aprofundado sobre o tema objeto do processo. Esta é a forma com que a sociedade civil participa de decisões de grande relevância no âmbito jurídico, no momento em que o Superior Tribunal Federal deve decidir sobre temas de interesse público e repercussão geral.

A primeira audiência pública ocorrida no STF foi em 20/04/2007, convocada pelo Ministro Ayres Britto na ADI nº 3510<sup>98</sup>, cujo objeto era a impugnação do bloco normativo do artigo 5º da Lei 11.105/2005<sup>99</sup> - da lei de Biossegurança no que tange à legitimidade de pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos.

Toda a discussão girava sobre o início da vida humana, uma vez que a Constituição não define o início da vida, mas garante direitos fundamentais à pessoa humana. Portanto, necessário se fazia a discussão do que é embrião, feto e pessoa humana.<sup>100</sup> Por via de consequência, seria a utilização dos embriões uma violação ao direito à vida? A discussão possuía um caráter altamente relevante, na medida em que tal assunto se revestia de altíssimo interesse público e a sociedade, pela primeira vez, pôde se manifestar através de associações e experts no assunto que ali compareceram para tornar o debate o mais transparente possível.

---

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em 26 jun. 2016.

<sup>99</sup> BRASIL. Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm). Acesso em: 26 jun. 2016.

<sup>100</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em 26/06/16. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5a DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULASTRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

Esse processo foi rico na participação popular, uma vez que, foram admitidos como *amicus curiae*:

Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos - CDH; Movimento em Prol da Vida - MOVITAE; Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS, além da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB.<sup>101</sup>

Não só foram convocadas referidas entidades da sociedade civil como *amicus curiae* como também foram ouvidas em audiência pública vinte e duas autoridades científicas brasileiras, cujo trecho do voto do relator Ministro Ayres Britto, aqui vale transcrever:

[...] Convencido de que a matéria centralmente versada nesta ação direta de inconstitucionalidade é de tal relevância social que passa a dizer respeito a toda a humanidade, determinei a realização de audiência pública, esse notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa. O que fiz por provocação do mesmíssimo professor Cláudio Fonteles e com base no § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99, mesmo sabendo que se tratava de ADI 3.510 / DF experiência inédita em toda a trajetória deste Supremo Tribunal Federal. Dando-se que, no dia e local adrede marcados, 22 (vinte e duas) das mais acatadas autoridades científicas brasileiras subiram à tribuna para discorrer sobre os temas agitados nas peças jurídicas de origem e desenvolvimento da ação constitucional que nos cabe julgar.  
(...) confirmo o que já estava suposto na marcação da audiência em que este Supremo Tribunal Federal abriu suas portas para dialogar com cientistas não pertencentes à área jurídica: o ADI 3.510 / DF tema central da presente ADIN é salientemente multidisciplinar, na medida em que objeto de estudo de numerosos setores do saber humano formal, como o Direito, a filosofia, a religião, a ética, a antropologia e as ciências médicas e biológicas, notadamente a genética e a embriologia.

Todo o julgamento é de uma riqueza absoluta no que tange à profundidade do debate e à independência de argumentação. Os votos são fundamentados com todo tipo de recurso, desde o descarte dos conteúdos decorrentes das audiências públicas, passando pela teoria de Kelsen, pelo direito comparado, a Fernando Pessoa e Willian Shakespeare! Um verdadeiro momento jurídico-democrático que ficará na memória do povo brasileiro como um verdadeiro marco da participação popular.

---

<sup>101</sup>[...] Entidades de saliente representatividade social e por isso mesmo postadas como subjetivação dos princípios constitucionais do pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição) e especificamente político (inciso V do art. 1º da nossa Lei Maior). O que certamente contribuirá para o adensamento do teor de legitimidade da decisão a ser proferida na presente ADIN.

Diversas foram as ações em que as audiências públicas tiveram papel preponderante na decisão da Corte Suprema. Dentre os temas mais conhecidos podem-se mencionar aqueles referentes aos direitos autorais, financiamento de campanhas eleitorais, amianto e mais recentemente, em abril de 2016, ao Novo Código Florestal.

Destaque-se pronunciamento do Ministro Luiz Fux na ADI 4650<sup>102</sup>, quando diz:

[...] para que o povo tenha confiança na decisão que vamos proferir é preciso que nós também ouçamos as vozes sociais, quando essas decisões não perpassam apenas por um critério meramente jurídico.

Assim, pode-se concluir que a preocupação da Corte Suprema não é mais apenas uma decisão justa mas, antes de tudo, uma decisão coerente com os anseios da população, que traduza a realidade social.

No que tange à participação de peritos ou comissão de peritos, sua participação muito se aproxima dos demais instrumentos, uma vez que também tem a finalidade de esclarecer fatos. Há, no entanto, uma peculiaridade, qual seja, o perito é considerado auxiliar da justiça, com previsão legal no artigo 149 e 156 do NCPC. Sua atuação está diretamente ligada à produção de prova, ou seja, o perito tem por papel fundamental, elaborar análise técnica sobre fato objeto de prova judicial, elucidando pontos controvertidos ou até mesmo omissões, matérias altamente relevantes para a justa prestação jurisdicional.

---

<sup>102</sup> FUX, Luiz apud MEDINA, Miguel Garcia, FREIRE, Alexandre e FREIRE, Alonso. Periódicos eletrônicos: *Controle de Constitucionalidade*: audiência pública tornou-se instrumento de legitimidade. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumento-legitimidade-popular>. Acesso em: 26 jun. 2016.

### 3. O STF E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como anteriormente mencionado, a criação do Supremo Tribunal Federal monta do ano de 1890, através do Decreto 848/1890, o qual foi recepcionado na Constituição da República de 1891. Nessa época, foi-lhe reconhecida a legitimidade para o controle de constitucionalidade de lei através dos Recursos Especiais. A evolução histórica do STF no controle de constitucionalidade, já foi objeto do segundo capítulo, razão pela qual, passa-se a explanar sobre a importância do desempenho das funções do Supremo Tribunal Federal como garantidor tanto dos direitos fundamentais como da própria Constituição.

É de conhecimento geral, que o papel de guardião da Constituição atribuído ao STF é decorrente do Poder Constituinte Originário. Assim, no artigo 102 da Constituição Brasileira de 1988, restou determinado que a ele competiria precipuamente a guarda da Constituição.

Em que pese a enunciação de suas atribuições no referido artigo, claro está que tal poder, por muitas vezes, extrapola – aparentemente - as limitações impostas pela Teoria da Separação dos Poderes. Tal verificação se manifesta quando ao STF é dada a legitimidade de dizer a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei elaborada pelo Poder Legislativo, o qual foi, democraticamente, eleito para tal fim.

Todavia, ao se aprofundar o conhecimento do estudo da interpretação da Lei na atuação do STF, pode-se concluir com facilidade a importância de sua função contramajoritária em todo o processo democrático.

Para tanto, necessário se faz um breve histórico sobre a Teoria da Separação dos Poderes e o Princípio dos Freios e Contrapesos, a fim de que possamos mensurar a mudança de papéis do Judiciário com a consequente atuação contramajoritária do STF, a

qual muita das vezes, é vista como invasão de poderes ou mesmo um protagonismo judicial ilegítimo.

### **3.1. A teoria da Separação dos Poderes e o Princípio dos Freios e Contrapesos: sua origem e seus reflexos**

Importante ressaltar que a atuação do judiciário nem sempre desfrutou de tamanha independência entre os Poderes, uma vez que nos primórdios da história do Direito, quando Locke<sup>103</sup> propõe sua teoria antiabsolutista do poder, o Poder Judiciário era apenas um apenso do Poder Executivo, vindo somente depois com Montesquieu<sup>104</sup> a se tornar um Poder autônomo.

Far-se-á um apanhado geral das mais importantes manifestações a respeito do tema, no intuito de, primeiro, demonstrar a evolução do pensamento dos cientistas e filósofos quanto ao tema, e, segundo, enriquecer o conhecimento do leitor.

Uma das primeiras manifestações a respeito da necessidade de separação de poderes equilibrada é de Políbio, historiador grego que viveu no segundo século antes de Cristo, o qual acreditava que a República Romana era um exemplo de organização balanceada, pois identificava nela a existência de três poderes constitutivos, quais sejam, o Consulado, o Senado e o Povo que conviviam em equilíbrio, controlando-se um ao outro. Essa forma de ver o Estado, onde cada poder detinha uma atribuição específica e

---

<sup>103</sup> John Locke (Wrington, 29 de agosto de 1632 — Harlow, 28 de outubro de 1704) foi um filósofo inglês e ideólogo do liberalismo, sendo considerado o principal representante do empirismo britânico e um dos principais teóricos do contrato social. Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/John\\_Locke](https://pt.wikipedia.org/wiki/John_Locke). Acesso em: 24 abr. 2016.

<sup>104</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, conhecido como Montesquieu (castelo de *La Brède*, próximo a Bordéus, 18 de Janeiro de 1689 — Paris, 10 de Fevereiro de 1755), foi um político, filósofo e escritor francês. Ficou famoso pela sua teoria da separação dos poderes,<sup>[1]</sup> atualmente consagrada em muitas das modernas constituições internacionais. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Montesquieu>. Acesso em: 24 abr. 2016.

ao mesmo tempo mantinha o controle sobre o outro, é descrito na Teoria das Formas de Governo de Bobbio<sup>105</sup>, quando menciona Políbio:

[...] A composição das três formas de governo consiste no fato de que o rei está sujeito ao controle do povo, que participa adequadamente do governo; este, por sua vez, é controlado pelo senado. Como o rei representa o princípio monárquico, o povo o princípio democrático e o senado o aristocrático, o resultado dessa combinação é uma nova forma de governo, que não coincide com as três formas simples retas – porque é composta -, nem com as três formas corrompidas – porque é reta.

Aristóteles, discípulo de Platão, também expressa sua preocupação no tocante ao poder não estar concentrado na mão de uma só pessoa, acreditando ser imprescindível a divisão das funções do Estado. Afirma que a concentração do poder em uma única pessoa ameaça a virtude, virtude esta entendida como justiça, todavia, diferentemente de seu mestre, vai além da retórica e materializa a ideia através da divisão do Poder. Para ele o Poder deve ser dividido nas seguintes funções: Função Deliberativa, assembleias; Função Executiva e Função Judicial. Acreditava que o poder deveria ser dividido, pois entendia que uma única pessoa não seria capaz de prognosticar tudo que a própria lei não era capaz de fazê-lo. Sua teoria não previu a independência entre as funções.

Maquiavel, no século XVI, através de sua obra “ O Príncipe”, também comunga da ideia de que a concentração do Poder nas mãos de uma só pessoa é maléfico para o povo, e inaugura sua teoria onde dispõe que o Estado deve ter o poder dividido da seguinte forma: O Parlamento, que exercia a função de legislativo; O Rei, que exercia a função executiva e o Poder judiciário, que era exercido de forma independente e autônoma. Fundamentava sua teoria na preocupação de poupar o Rei do desgaste de ter de decidir conflitos ou editar leis, deixando intocável a sua imagem.

---

<sup>105</sup>BOBBIO apud BARBOSA, Marília Costa. Disponível em <http://www.flf.edu.br/revista-flf.edu/volume05/v5mono4.pdf>. Acesso em :23 abr. 2016.

Cumpra aqui salientar o comentário feito por Dalmo de Abreu Dallari<sup>106</sup>:

É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade ao rei. Agindo em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas.

No século XVII, após a Revolução Gloriosa Inglesa<sup>107</sup>, John Locke publica o livro “ Segundo Tratado sobre Governo Civil”, no qual, visando a decomposição e enfraquecimento do poder do Rei, considera a existência de três poderes para exercer a função de governo, ou seja, o legislativo ( o Parlamento ), executivo ( Rei ) e federativo - cuidado nas relações internacionais, também representado pelo Rei - este último, pertencente ao poder executivo.

Prevê fundamentalmente a separação dos poderes de fazer leis – legislativo, e executar as leis - executivo. Para Locke, o poder judiciário está incluído no poder executivo; não o considerava um poder autônomo.

Locke acreditava que o Poder Legislativo era o poder supremo, ao qual os demais deveriam ser subordinados. Entendia que o Poder legislativo deveria ser provisório, sendo constituído apenas quando necessário, uma vez que sua finalidade era apenas a de criar leis, bastando a existência do poder executivo para assegurar sua aplicabilidade. Para Locke, o poder legislativo tinha por legitimidade a comunidade social, que era quem detinha o poder de constituir o poder legislativo a fim de criar leis que resguardassem os interesses da comunidade, principalmente referentes à propriedade, não podendo nenhum outro poder se insurgir contra ele, sob pena de legitimar a comunidade a tomá-lo à força.

Em outras palavras, assim se referia Locke ao poder legislativo<sup>108</sup>:

---

<sup>106</sup> DALLARI apud Ana Carolina. Disponível em <http://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>. Acesso em: 24 abr. 2016.

<sup>107</sup> Golpe de Estado originado pelo Parlamento inglês, em que limitava o poder do Rei, gerando a assinatura de uma declaração a qual conhecemos como a *Bill of Rights*.

<sup>108</sup> LOCKE, John apud Ana Carolina. Disponível em <http://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>. Acesso em: 24 abr. 2016.

[...] Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros, leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados.

Chega-se ao século XVIII, momento no qual a Teoria da Separação dos Poderes finalmente é consagrada como uma teoria constitucionalista. Através da obra “ O Espírito das Leis “, Montesquieu<sup>109</sup> estabelece sua teoria de separação dos poderes que se divide em : Poder Legislativo, Poder Executivo Legislativo e Poder Judiciário. Nasce a ideia da autonomia dos poderes como pressuposto de validade do Estado Democrático. A partir deste momento, os poderes devem atuar de forma autônoma e complementar, redesenhando o Poder do Estado, impondo limites e especificidades.

Cada poder tinha sua atribuição - especialidade funcional, e sua extensão – limites, de forma que, em que pese sua autonomia dentro de suas atribuições típicas, necessitavam um do outro para que pudessem compor o poder do Estado. Já não havia mais o poder concentrado nas mãos de uma só pessoa. Todavia, ao tempo em que cada poder mantinha sua independência quando atuando em suas funções típicas, coexistiam em estado de colaboração, quando atuando de forma a traduzir a ideia de unicidade do Estado.

Com a mesma preocupação de Locke, Montesquieu<sup>110</sup> também acredita ser necessário um limitador de cada poder, atribuindo a cada um o papel de fiscal do outro.

---

<sup>109</sup>Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, conhecido como Montesquieu (castelo de *La Brède*, próximo a Bordéus, 18 de Janeiro de 1689 — Paris, 10 de Fevereiro de 1755), foi um político, filósofo e escritor francês. Ficou famoso pela sua teoria da separação dos poderes, atualmente consagrada em muitas das modernas constituições internacionais. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Montesquieu>. Acesso em: 24 Abr 2016.

<sup>110</sup>MONTESQUIEU apud Ana Carolina. Disponível em <http://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>. Acesso em: 24 abr. 2016.

Assim, nasce o sistema de freios e contrapesos, cuja aplicação significa conter os abusos dos outros poderes para manter o equilíbrio entre eles:

O Sistema de Freios e Contrapesos é formado pela “faculdade de estatuir” e pela “faculdade de impedir”, possibilitando a influência mútua e o controle recíproco entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo. A “faculdade de estatuir” deve ser interpretada como o poder de ordenar ou corrigir o que foi por outro ordenado; enquanto a “faculdade de impedir” consiste no poder de tornar nula a ação efetuada por outrem.

(...)A aplicação das faculdades possibilita ao Legislativo examinar o modo como foram executadas as leis que elaborou, bem como, permitem ao Executivo o poder de frear iniciativas que tornariam o Legislativo em um poder despótico.

Cada poder além de suas funções precípua, detém uma forma de controle sobre os demais poderes, tornando possível o controle de excessos por qualquer um deles e viabilizando assim uma vida em sociedade mais justa e equilibrada.

Trazendo essa teoria para os dias atuais, temos como exemplo do sistema de freios e contrapesos, dentre outros, no Poder Legislativo, as Comissões Parlamentares de Inquérito; no Poder Executivo, a edição de Medidas Provisórias, e no Poder Judiciário, as Ações de Inconstitucionalidades por omissão.

Registre-se que para Montesquieu, esse sistema servia apenas para o Poder Executivo e o Poder Legislativo, pois entendia que o Poder Judiciário tinha uma função restrita, de menor relevância, não lhe reconhecendo poder de impor aos outros poderes qualquer limitação, uma vez que via o juiz como “ a boca que pronunciava a palavra da lei”, sem qualquer outra finalidade. De qualquer sorte, reconhecia-o como um terceiro poder.

A partir da Teoria da Separação dos Poderes, de Montesquieu, houve o reconhecimento de que ela significava uma garantia das liberdades individuais, passando a ser adotada por todos os Estados Democráticos, até os dias de hoje.

Os efeitos dessa separação de poderes se vislumbra, de imediato, quando se observa o processo de controle de constitucionalidade. Com grande propriedade,

Capelletti<sup>111</sup> se manifesta sobre essa aparente dicotomia quando assim aduz “ (...) apresenta um encontro excitante e perplexo entre legislador e juiz, entre lei e julgamento”.

Decerto que o momento atual requer um maior cuidado ao se tratar do papel do STF no exercício de sua função precípua, pois esta ultimamente tem se confundido com o processo político que assola o país, na medida em que reclama da Corte Superior posicionamentos determinantes frente às violações dos direitos fundamentais ou até mesmo na ausência de políticas sociais e econômicas que garantam a dignidade da pessoa humana.

Todavia, deve-se perquirir onde se localiza a linha tênue entre a invasão de competências e a nova postura institucional do STF, no afã de se identificar a real natureza do protagonismo judicial em que se deixou encapsular.

A origem dessa interferência judicial na atividade do legislador, provavelmente se possa identificar, se compreendermos o papel contramajoritário que o STF tem adotado, do qual adiante falar-se-á.

### **3.2. A função contramajoritária do STF**

O professor Luis Roberto Barroso<sup>112</sup> aduz que o papel contramajoritário do STF no controle de constitucionalidade é aceito quase universalmente, com base em dois fundamentos, os quais a seguir transcreve-se:

[...] A despeito de resistências teóricas pontuais, esse papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceito. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos

---

<sup>111</sup>CAPELLETTI, apud CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>. Acesso em: 17 mai. 2016.

<sup>112</sup> BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v.5, Número Especial, 2015, p. 36. Disponível em <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3180/pdf>. Acesso em: 13 dez. 2015.

fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais.

No Brasil, esse papel contramajoritário não é desempenhado especificamente para conter a tirania das maiorias, mas essencialmente, para defender direitos fundamentais das minorias.

Por incrível que possa parecer, a legitimidade do STF para o desempenho desse papel contramajoritário tem amparo no anseio social, conferindo-lhe de forma oblíqua e implícita, os poderes inerentes a essa representatividade. E como se pode comprovar tal assertiva? Observando-se a manifestação popular.

Entende-se que democracia<sup>113</sup> não é simplesmente o governo da maioria representada pelo Poder Legislativo, mas a conjugação dos direitos fundamentais de cada cidadão, de forma igualitária e justa. Assim, a minoria está contida na maioria e portanto, também deve ter seus direitos amparados.

É bem verdade que o momento político do país propicia um maior avanço do judiciário no direcionamento da democracia, porém, em regra, o STF atua de forma contramajoritária quando se depara com violações a dois princípios sensíveis constitucionais contidos no artigo 34, VII da Constituição de 1988: a) forma republicana,

---

<sup>113</sup> Ibid., p.37.

Luis Roberto Barroso assim define democracia:

[...] Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política. Em quase todo o mundo, o guardião dessas promessas é a suprema corte ou o tribunal constitucional, por sua capacidade de ser um fórum de princípios — isto é, de valores constitucionais, e não de política — e de razão pública — isto é, de argumentos que possam ser aceitos por todos os envolvidos no debate. Seus membros não dependem do processo eleitoral e suas decisões têm de fornecer argumentos normativos e racionais que a suportem.

sistema representativo e regime democrático e b) direitos da pessoa humana. Em conflitos de outras naturezas, o STF tem atuado com moderação.

Vive-se uma grave crise política, em que a sociedade não se vê mais representada por aqueles a quem outorgou direitos de representação. O abismo moral para o qual esses representantes se deixaram ser sugados é responsável por uma atitude muitas vezes tirânica da própria sociedade, na ânsia aflita de mudanças de paradigmas. A gama de escândalos e constatações de corrupção que envolvem o Poder Legislativo levou a sociedade a um extremo de intolerância tal, que o cidadão investe suas esperanças de justiça e equidade no desempenho das funções do Judiciário, através da judicialização das questões políticas.

Passa o Brasil, portanto, por uma grave crise de legitimidades – seja do Poder Legislativo em não corresponder à vontade majoritária, seja do Poder Judiciário que se imiscui em questões políticas no afã de solucionar conflitos resultantes da falta de previsão legislativa<sup>114</sup> e, por que não dizer, vontade política.

Mas, o que importa salientar é que, a essa atuação extravagante tem-se denominado de ativismo judicial, quando no entanto, à luz dos dizeres de Luiz Roberto Barroso<sup>115</sup> [...] Para além do papel puramente representativo, Supremas Cortes

---

<sup>114</sup> Ibid., p. 41 e 42.

Alguns exemplos desse ativismo judicial são dados por Luis Roberto Barroso: [...]A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 12, e a posterior edição da Súmula Vinculante nº 13, que chancelaram a proibição do nepotismo nos três Poderes, representaram um claro alinhamento com as demandas da sociedade em matéria de moralidade administrativa. A tese vencida era a de que somente o legislador poderia impor esse tipo de restrição. Também ao apreciar a legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ como órgão de controle do Judiciário e ao afirmar a competência concorrente do Conselho para instaurar processos disciplinares contra magistrados, o STF atendeu ao anseio social pela reforma do Judiciário, apesar da resistência de setores da própria magistratura. No tocante à fidelidade partidária, a posição do STF foi ainda mais arrojada, ao determinar a perda do mandato por parlamentar que trocasse de partido. Embora tenha sofrido crítica por excesso de ativismo, é fora de dúvida que a decisão atendeu a um anseio social que não obteve resposta do Congresso. Outro exemplo: no julgamento, ainda não concluído, no qual se discute a legitimidade ou não da participação de empresas privadas no financiamento eleitoral, o STF, claramente espelhando um sentimento majoritário, sinaliza com a diminuição do peso do dinheiro no processo eleitoral. A Corte acaba realizando, em fatias, de modo incompleto e sem possibilidade de sistematização, a reforma política que a sociedade clama.

<sup>115</sup> Ibid., p.42.

desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história sempre que ela emperra.

Nesse cenário – e ainda sob influência de outros tantos – cabe ao STF a nobre tarefa de dizer o direito, onde quer que ele se encontre.

### 3.3. A Teoria do Estado de Coisas Inconstitucionais

Aproveitando o ensejo dessa conceituação, mister se faz falar, ainda que rapidamente, sobre a nova teoria que vem assolando o mundo jurídico, qual seja, a Teoria do Estado de Coisa Inconstitucional. Teoria formulada pela Corte Constitucional Colombiana<sup>116</sup>, a qual visa a proteção de direitos fundamentais relegados ao total

---

O Professor Lenio Streck faz uma retrospectiva do ano de 2015, cujo texto é de extrema curiosidade, ao tempo em que discorre sobre o papel desempenhado pelo STF nesse ano e critica a avalanche de proatividade do mesmo: (...) O ano de 2015, portanto, foi o ano em que cresceu a unha do ativismo. Isso apareceu facilmente em diversas esferas e, é claro, na Suprema Corte. Ministros como Roberto Barroso deixaram claro o papel de vanguarda iluminista (“empurrar a história, como ele diz) que deve ser assumida pelo STF. Por outro lado, um conjunto de decisões escancararam esse debate “ativismo” versus “maior contenção” ou o nome que se dê a uma posição antiativista. Nesse sentido, um dos temas mais emblemáticos e que representa um forte elemento simbólico naquilo que caracterizou o ano de 2015 – o ativismo – pode ser visto na recepção da tese do ECI – Estado de Coisas Inconstitucional. De todo modo, uma coisa parece ter ficado clara: se pegarmos a ideia do romance em cadeia de que fala Dworkin, em que as novas decisões devem ser capítulos do mesmo romance e não um conto que parte de um grau zero de sentido, é possível afirmar que o STF escreveu uma quantidade imensa de novos contos no ano. STRECK, Lenio. RETROSPECTIVA 2015. O ano foi de ativismo e não terminará tão cedo. CONJUR, São Paulo, Dezembro de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-dez-22/retrospectiva-2015-ano-foi-ativismo-nao-terminara-tao-cedo>. Acesso em 22 dez. 2015.

<sup>116</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em <http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 28 dez. 2015.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos, comenta a referida Teoria, cuja origem abaixo transcreve-se para conhecimento:

Foi na Sentencia de Unificación (SU) – 559, de 1997 [5], quando a CCC declarou, em primeira oportunidade, o ECI. Na espécie, 45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. A CCC voltou-se a investigar as falhas estatais por trás das violações dos direitos. Constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando um número amplo e indeterminado de professores além dos que instauraram a demanda, e que a falha não poderia ser atribuível a um único órgão, e sim que seria estrutural. Havia, segundo os juízes, uma deficiência da política geral de educação com origem na distribuição desigual dos subsídios educativos, feita pelo governo central, em favor das entidades territoriais. Ante o reconhecimento da complexidade da situação, além de assegurar os direitos específicos dos demandantes nos respectivos fundos previdenciários locais, a CCC dirigiu-se a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo. Cumprindo o que afirmou ser um “dever de colaboração” com os outros poderes, tomou decisão que não se limitou às partes do processo: declarou o ECI; determinou aos municípios, que se encontrassem em situação similar, a correção da inconstitucionalidade em prazo razoável; e ordenou o envio de cópias da sentença aos Ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento

abandono pelas autoridades públicas. Tal violação ultrapassa a inércia legislativa culminando em completa e absoluta omissão das entidades e instituições estatais, permitindo com isso o ápice do descaso quanto aos direitos fundamentais da própria comunidade social. Não se precisa ir muito longe e veremos que no Brasil, a saúde, a educação e o sistema prisional já extrapolaram o estado de coisa inconstitucional.

A nova teoria vem ao encontro do discurso do Ministro Luiz Roberto Barroso, quando defende que o STF vive uma fase de iluminismo, ( ...) Para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra.”<sup>117</sup>. Transcreve-se abaixo parte do texto de Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>118</sup> em que se verifica tal assertiva:

[...] Em palestra proferida, recentemente, no Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, o ministro Luís Roberto Barroso foi questionado sobre quais casos legitimariam “o agir proativo” ou “expansivo” do Poder Judiciário. Respondeu, quando houver, sobretudo, omissão dos outros poderes, dando destaque maior às hipóteses de omissões sistêmicas, de falhas estruturais. Barroso referiu-se a tal quadro extremo de inércia estatal como um “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) [...]

Vale à pena por fim trazer ao presente trabalho o primeiro caso no judiciário brasileiro com aplicação da referida teoria, a qual transcreve-se abaixo parte do texto de Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>119</sup>:

---

Nacional de Planejamento, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências práticas e orçamentárias.

Disponível em: <http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: maio/15.

<sup>117</sup> BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.5, Número Especial, 2015, p. 42. Disponível em <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3180/pdf>. Acesso em: 13/12/15.

<sup>118</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em <http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 28 dez. 2015.

<sup>119</sup> Id. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o Litígio Estrutural*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 28 dez. 2015.

“ Em sessão realizada na tarde desta quarta-feira (9), o Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu parcialmente cautelar solicitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que pede providências para a crise prisional do país, a fim de determinar aos juízes e Tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão. Os ministros também

[...] O Supremo Tribunal Federal iniciou, na última quinta-feira (27/8), o julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347, de relatoria do ministro Marco Aurélio. O requerente, Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pede que seja o sistema penitenciário brasileiro declarado um Estado de Coisas Inconstitucional, categoria formulada pela Corte Constitucional Colombiana. Pretende que o tribunal, ao reconhecer o aludido Estado de Coisas, interfira na criação e implementação de políticas públicas, em alocações orçamentárias e na interpretação e aplicação da ordem processual penal, visando reduzir os problemas da superlotação dos presídios e das condições degradantes do encarceramento.

As sustentações orais, a favor e contra os pedidos da arguição, tiveram um ponto comum: em todas foi reconhecido que o sistema penitenciário é marcado por uma profunda e generalizada violação de direitos fundamentais dos presos, sendo necessárias medidas urgentes para a mudança do quadro. Divergência existe quanto à forma de alcançar essas mudanças. Das sustentações orais contrárias podem ser extraídas duas objeções principais: a) que o STF não possui legitimidade democrática e institucional para adotar as medidas pleiteadas; e b) que se revela equivocada a importação do Estado de Coisas Inconstitucional para o caso brasileiro, tendo em vista que nem mesmo na Colômbia o seu uso se mostrou útil para remediar o problema do sistema carcerário daquele país.

Não se poderia seguir adiante sem antes mencionarmos a nova Teoria que movimentou os bastidores jurídicos, uma vez que sua aplicação mudará por completo o papel do Judiciário brasileiro.

### 3.4. O Protagonismo Judicial

Num país democrático, a premissa é de que o Estado trabalha em prol da maioria, constituindo e resguardando direitos do cidadão.

O Brasil, após longo período sufocado pela ditadura militar<sup>120</sup>, restabelece suas raízes democráticas através do governo de João Baptista Figueiredo, o qual, último presidente militar, inaugura este processo de transição.

---

entenderam que deve ser liberado, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos." Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>. Acesso em: 28 dez. 2015.

Por maioria dos votos, a Corte acolheu proposta do ministro Luís Roberto Barroso para determinar à União e ao Estado de São Paulo que forneçam informações sobre a situação do sistema prisional. Vencidos, neste ponto, os ministros Marco Aurélio (relator), Carmen Lúcia e o presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski.

<sup>120</sup> Listamos a seguir, os presidentes do Brasil na época da ditadura militar:

Castelo Branco, cujo mandato foi exercido no período de 14/04/1964 a 15/03/1967; Arthur da Costa e Silva, cujo mandato foi exercido no período de 15/03/1967 a 31/08/1969. Foi nesse período que surgiu o AI-5

Por consequência, é convocada uma Assembleia Nacional Constituinte, a qual institui um Estado Democrático no Brasil, assegurando direitos e garantias sociais e individuais, promulgando a Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988.

Talvez devido ao trauma deixado pela ditadura militar, o poder constituinte originário vislumbrou todas as hipóteses possíveis de abarcar direitos, a fim de resguardar a cidadania do povo brasileiro, incluindo no artigo 60, § 4º, da Constituição da República matérias que não poderiam sequer ser objeto de emenda constitucional, quais sejam:

Art. 60: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:  
 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
 I - a forma federativa de Estado;  
 II - o voto direto, secreto, universal e periódico;  
 III - a separação dos Poderes;  
 IV - os direitos e garantias individuais.

Percebe-se, portanto, a importância de referidas matérias para o poder constituinte, e sua preocupação em salvaguardar o exercício desses direitos, amparando-os na Lei Maior, cuja proteção foi outorgada ao Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica no artigo 102 da Constituição da República, que ora se transcreve:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

Ainda, como se não fosse suficiente, estendeu a legitimidade ativa para a propositura da ação de inconstitucionalidade a outros legitimados, acabando com o monopólio do Procurador Geral da República.

---

(ato institucional nº 5), instrumento poderoso da repressão militar; Junta Governativa provisória, cujo exercício se deu no período de 31/08/1969 a 30/10/1969, constituída por Aurélio de Lira Tavares, ministro do Exército; - Augusto Rademaker, ministro da Marinha, e - Márcio Melo, ministro da Aeronáutica; Emílio Garrastazu Médici, cujo mandato foi exercido no período de 30/10/1969 a 15/03/1974. Este período ficou conhecido como “anos de chumbo”, tendo em vista uma repressão política exercida com mãos de ferro. Por fim, Ernesto Geisel, cujo mandato foi exercido no período de 15/03/1974 a 15/03/1979, começando uma nova fase em que adviria a abertura política, a qual, se realiza através de João Batista Figueiredo, o qual exerce seu mandato entre 15/03/1979 e 15/03/1985 e estabelece a transição de um governo militar ditatorial, para um governo democrático, restabelecendo importantes direitos políticos, dentre os quais, o pluripartidarismo e as eleições diretas para governadores de estado.

O Ministro Gilmar Mendes<sup>121</sup>, comenta referida inciativa:

[...] O constituinte assegurou o direito do Procurador Geral da República de propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade.

[...] Esse fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.

Todavia, a missão dada ao judiciário não era meramente resguardar a Constituição, pois tinha por pano de fundo impedir um retrocesso político, conjugando sua imparcialidade técnica com sua privação político-partidária. A missão dada era muito mais abrangente que os deveres determinados pelo artigo 102 e seus incisos na Constituição da República. Sua vertente era um dever-poder de salvaguardar os direitos e garantias individuais e sociais, e essa faz toda a diferença no processo de controle de constitucionalidade de leis.

Acrescente-se a essa outorga de representatividade, o fato de que os membros do poder judiciário não são eleitos pelo povo através de um processo político direto. Porém, sua legitimidade advém do próprio Poder Constituinte, que assim lhe conferiu quando da elaboração da Constituição de 1988.

Os juízes ingressam na carreira jurídica através de concurso público, em primeira instância. O processo de ascensão para os Tribunais Superiores sofre uma influência política, na medida em que se dá através de nomeação pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Entretanto, isso não significa que se confundam: uma vez empossados, nada mais lhes vincula àquele que o escolheu, prevalecendo sua independência funcional.

---

<sup>121</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: repercussões na atividade econômica*. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/htms/public/8encjur/04%20-gilmar%20ferreira%20mendes.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2016.

O Ministro Luiz Roberto Barroso<sup>122</sup> faz uma relevante diferença entre direito e política, a qual sem dúvida alguma merece ser aqui colacionada:

[...] A separação entre direito e política tem sido considerada como essencial no Estado constitucional democrático. Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão.

(...) No plano de sua criação, não há como o direito ser separado da política, na medida em que é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das maiorias.

(...) Já no plano da aplicação do direito, sua separação da política é tida como possível e desejável. Tal pretensão se realiza, sobretudo, por mecanismos destinados a evitar a ingerência do poder político sobre a atuação judicial.

Pode-se antever o conflito que se instala, pois, enquanto um defende o jogo de interesses de um determinado grupo social, em várias escalas, o outro defende a manutenção da prevalência do interesse social de toda a sociedade brasileira, como um todo.

Nos dizeres de Luiz Roberto Barroso<sup>123</sup>:

[...] Legislativo e Executivo são o espaço por excelência do processo político majoritário, feito de campanhas eleitorais, debate público e escolhas discricionárias.

[...] A atribuição típica do Poder Judiciário consiste na aplicação do direito a situações em que tenha surgido uma disputa, um litígio entre as partes. Ao decidir a controvérsia, esse o entendimento tradicional, o juiz faz prevalecer, no caso concreto, a solução abstratamente prevista em lei.

O momento político brasileiro atual se encontra em verdadeira ebulição, pois de um lado tem-se a corrupção como espinha dorsal do corpo político brasileiro, a qual emerge incontrolável à tona do conhecimento público, fazendo cair as máscaras de uma representatividade comprometida consigo mesma; de outro, tem-se uma população explorada em suas necessidades básicas; estrangulada com impostos cada vez maiores, direitos fundamentais e sociais violados e esquecidos pelo poder público.

Cansados da opressão capitalista, cujos tentáculos alcançam aqueles que deveriam representar seus interesses, só resta ao cidadão se valer do judiciário na solução de tantas controvérsias. Nasce então, o cerne da questão.

---

<sup>122</sup> BARROSO, op. cit., p. 418.

<sup>123</sup> Ibid., p.420.

Falou-se anteriormente que o judiciário tem o papel de construir uma solução para conflitos, com base no ordenamento jurídico, que decorram de casos difíceis que envolvam direitos fundamentais, para os quais o legislador não previu.

Essa construção de solução perpassa pela interpretação de uma norma existente, para verificação de sua aplicação ou não ao caso concreto. Na hipótese de uma norma já existente não servir de parâmetro de aplicação, não resta ao judiciário senão a construção de uma solução calcada na própria Constituição, lei maior do Estado, que serve de parâmetro de validade para qualquer outra lei, através dos instrumentos disponíveis ao operador do direito, qual seja, a hermenêutica, a ponderação, os princípios e regras.

Aduz o Ministro Luiz Roberto Barroso<sup>124</sup>,

[...] nenhum poder pode estar fora do controle social, sob pena de se tornar um fim em si mesmo, prestando-se ao abuso e a distorções diversas .  
[...] juízes não inventam o direito do nada. Seu papel é o de aplicar normas que foram positivadas pelo constituinte ou pelo legislador.  
[...] seu trabalho, portanto, não inclui escolhas livres, arbitrárias ou caprichosas. Seus limites são a vontade majoritária e os valores compartilhados.

Certo é que direito e política não se confundem, mas caminham par a par numa sociedade pluralista, cuja linha tênue, muita das vezes, torna-se difícil divisar. Na medida em que muitos conceitos jurídicos indeterminados são abertos, a solução das controvérsias se dá em decorrência de interpretações que se valem de valores agregados pelos princípios, regras e ponderações.

Esses instrumentos disponibilizados pela hermenêutica e utilizados pelo intérprete final, qual seja, a Corte Suprema, proporcionam o manejo do sentido da Constituição e das leis, possibilitando de forma transversa, o exercício de um poder político, característica de qualquer poder que detém um monopólio. Assim, em que pese o judiciário atuar de forma independente da política partidária, a supremacia que envolve suas decisões, o torna um poder político. Essa independência se corporifica com muita

---

<sup>124</sup> Ibid., p. 422.

evidência, em países cujo sistema de governo é oriundo de sistemas de governo ditatoriais, como é o caso do Brasil.

Todavia, ao tempo em que se disponibiliza essa supremacia ao judiciário quando detentor da função de dizer o direito, na condição de protetor da Constituição, também se disponibiliza a oportunidade dos excessos.

A independência do judiciário abrange não somente sua vinculação ao ordenamento jurídico, mas às garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios de que os juízes gozam. Importante ressaltar que essas garantias buscam a independência funcional e, porque não dizer, pessoal, na medida em que não se submetendo à pressão em sua atuação, podem e devem atuar com total independência política.

De uma forma bem objetiva, aduz Dieter Grim<sup>125</sup>, ex-juiz da Corte Constitucional Alemã, quanto à extensão dessa independência do judiciário:

[...] A garantia constitucional de independência judicial protege os juízes da política, mas não protege o sistema constitucional e a sociedade de juízes que, por razões distintas da pressão política direta, estão dispostos a desobedecer ou distorcer a lei.

Não se pode esquecer que juízes são seres humanos, como qualquer outro. Possuem suas convicções pessoais, seus valores morais, sua experiência própria de vida. Em que pese a imparcialidade que o juiz deve exercer no momento do julgamento, não se pode esperar que seus valores intrínsecos não se mobilizem no momento da decisão. Porém, não se deve esquecer que acima de suas próprias convicções, existe no próprio direito, uma função limitadora dessa influência pessoal do magistrado, ou seja, por mais que ele tenha um juízo de valor pessoal sobre o caso concreto, a Constituição, as leis, a

---

<sup>125</sup> GRIMM apud BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.422.

jurisprudência, as súmulas vinculantes, a própria hermenêutica, não permitirão que esse juízo interno se sobreponha.

E esse é o momento mais crucial por que passa o magistrado: quando sua atuação necessita divorciar-se de suas convicções pessoais, para aplicação da lei, de forma mais justa. Traz-se um exemplo a fim de ilustrar: Ação de medicamentos, em que o Estado alega reserva do possível<sup>126</sup>. De um lado tem-se a parte, portadora de doença incurável, cujo preço do medicamento ela não tem condições de arcar, exurgindo, portanto, o princípio do mínimo existencial, uma vez que a Constituição estabelece em seu artigo 6º, como direito social fundamental, o direito à saúde.

De outro, o Estado, que apesar de ter o dever de fornecer tal medicamento em decorrência desse mesmo princípio fundamental, deve obedecer a leis orçamentárias, inclusive sob pena de crime de responsabilidade fiscal, não podendo, portanto, extrapolar do limite fixado pela própria lei.

Aqui, exatamente nesse ponto, tem-se vários desdobramentos interessantes, razão pela qual aproveita-se o exemplo para sobre ele tecer algumas considerações.

---

<sup>126</sup> SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. *Reserva doo Possível e Mínimo Existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias*. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13621](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13621). Acesso em: 03 jul. 2016.

Princípio que nasceu na Alemanha, em que ao Estado não se pode infligir toda e qualquer obrigação, sem que se leve em conta o limite de sua condição econômico-financeira. Trazemos à colação parte do texto do autor, em que faz referência ao caso que consolidou referido princípio:

[...] A Reserva do Possível surgiu em julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional Alemão, em decisão conhecida como *Numerus Clausus* (número restrito).

Neste caso, o Tribunal Constitucional analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos nas escolas de Medicina de Hamburgo e Munique, em face da limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pelo país em 1960, com fundamento no artigo 12 da Lei Fundamental alemã, que garantia a livre escolha de trabalho, ofício ou profissão.

Ao decidir a questão, a Corte alemã entendeu que o direito pleiteado, qual seja o aumento do número de vagas na universidade, encontra limitação na Reserva do Possível, conceituada como o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, sob pena de, em virtude das limitações de ordem econômica, comprometer a plena efetivação dos direitos sociais.

Assim, a decisão foi que não seria razoável obrigar o Estado a disponibilizar o acesso a todos que pretendessem cursar medicina, eis que esta exigência estaria acima de um limite social básico.

Se o momento político fosse outro, dir-se-ia que o juiz, apesar de toda sua mobilidade pessoal em favor do desassistido social, deveria se posicionar contra referida pretensão, uma vez que o limite razoável do Estado há de ser observado.

Todavia, o momento político atual experimenta toda uma gama de falências, desde aquelas meramente politico-partidárias até ao extremo da falta de moralidade.

A crise do legislativo se instaurou, na medida em que a população se tornou completamente desassistida em seus anseios sociais, reclamando uma atuação proativa do Estado, cuja resposta não reverbera no seio da comunidade social. Com isso, os conflitos se estabeleceram de forma mais contundente, recorrendo a população ao poder judiciário, no afã de ver a violação de seus direitos, reconhecida e sanada.

É claro que o judiciário não pode, e nem deve, se imiscuir em competências que não lhe são afetas, mas, no mais das vezes, a falta de respaldo legislativo é tão gritante, que não lhe resta outra alternativa a não ser decidir em prol do cidadão.

Voltando ao exemplo dos medicamentos, foram tantos os casos de omissão do Estado no fornecimento de medicamentos, que não restou outra alternativa ao judiciário senão o de determinar o fornecimento à revelia do interesse do Estado. Tal matéria foi inclusive objeto de repercussão geral<sup>127</sup>:

---

<sup>127</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 607582 RG / RS. Relatora Ministra Ellen Grace. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28medicamentos%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/lcf6ghj>. Acesso em: 05 jul.2016.

No bojo de referido julgado, há a citação de vários outros julgados, invocados como argumento de autoridade, os quais foram objeto do mesmo entendimento: AI 553712 AgR, RE/RS; 579431 QO/RS, RE 580108 QO/SP, RE 582650 QO/BA e AI 597182 AgR/RS,. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28553712%2ENUME%2E+OU+553712%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hzd4t>;  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28579431%2ENUME%2E+OU+579431%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/jrajuu4>;  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28580108%2ENUME%2E+OU+580108%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/hvuk4ne>;  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28582650%2ENUME%2E+OU+582650%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/h5np7wu>;

Fornecimento de medicamentos. Possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantia. Ratificação da jurisprudência firmada por esta Suprema Corte. Existência de repercussão geral.

A população, no ápice do desespero, espera que o judiciário aja em substituição ao legislativo. Começa aqui a tentativa de tornar o Poder Judiciário, um legislador positivo.

Esclareça-se que, na realidade, o Poder Judiciário, através da atuação do STF no controle de constitucionalidade de leis, atua como legislador negativo, ou seja, quando exerce sua função de garantidor da Constituição no exercício precípua do controle de constitucionalidade, atua no sentido de extirpar, materialmente do mundo jurídico, ato normativo incompatível com a norma maior.

Atua como legislador negativo, na medida em que suprime texto ou dá-lhe interpretação conforme à Constituição, nunca, porém, criando ou alterando lei.

Contudo, a população recorre ao judiciário como se esse fosse sua tábua de salvação, depositando nele todas as suas esperanças de restabelecimento da ordem fundamental, tendo em vista que não encontra mais no poder legislativo legitimidade para representá-los em seus anseios. Esse sentimento de desamparo representativo é muito grave, porque produz no inconsciente coletivo a sensação de orfandade, e esse sentimento é devastador em uma sociedade.

No cenário político, tem-se um legislativo omissivo, desidioso, afogado em seus próprios interesses e divorciado de seu papel fundamental que é o de representar o povo. Na disputa de poderes, invoca o princípio constitucional da separação dos poderes, a justificar toda ordem de abstenções jurídicas e políticas.

Pode-se lembrar o caso referente à Reclamação 4.335<sup>128</sup>, em que se discutiram os efeitos da decisão proferida pela Corte que “afastou a vedação de progressão de regime

---

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recl. 4335. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14779595/reclamacao-rcl-4335-ac-stf>. Acesso em: 05 jul. 2016.

aos condenados pela prática de crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o artigo 2o, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 proferida em controle de constitucionalidade de Lei no HC 82.959”.

Em outro *habeas corpus* a defensoria requereu que fosse aplicado o mesmo entendimento do HC 82.959, o que de plano o juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco indefere, alegando que as decisões no controle difuso não possuem efeitos *erga omnes*, ainda que decorrente do plenário do STF. Assim determinou:

[...] conquanto o Plenário do Supremo Tribunal, em maioria apertada (6 votos x 5 votos), tenha declarado 'incidenter tantum' a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos), por via do Habeas Corpus n. 82.959, isto após dezesseis anos dizendo que a norma era constitucional, perfilho-me a melhor doutrina constitucional pátria que entende que no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz efeitos 'inter partes'. [...] somente terá eficácia a favor de todos os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados que estejam cumprindo pena, a partir da expedição, pelo Senado Federal, de resolução suspendendo a eficácia do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

Abriu-se então uma discussão enorme sobre a questão da eficácia das decisões do STF, ainda que em controle difuso, eis que para o referido órgão, estas teriam efeito *ultra partes*, qual seja, as decisões da Corte, ainda que na esfera de controvérsia individual, teria eficácia expansiva.

Passou-se então a discussão do papel do Senado Federal diante das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, em que a separação dos poderes tomou conotação principal.

O caso se refere aos efeitos da decisão no controle incidental de constitucionalidade, uma vez que nesse procedimento, os efeitos da decisão se limitam às partes envolvidas, não desfrutando dos efeitos *erga omnes*, os quais só cabem no controle concentrado.

O fato é que, se em determinada ação, no controle difuso, a inconstitucionalidade de determinado ato normativo é declarada, significa dizer que esta inconstitucionalidade existe. E uma vez questionada, ainda que incidentalmente, não retira deste ato normativo a inconstitucionalidade verificada.

Contudo, somente no controle concentrado esta declaração surtiria efeitos para todos, o que não ocorre no controle difuso, onde este efeito somente atinge as partes suscipientes.

Pois bem, em que pese esta limitação dos efeitos da inconstitucionalidade no controle difuso, a Constituição legitima o Senado Federal, ao tomar conhecimento da declaração de uma inconstitucionalidade, possa suspender a execução de referido ato normativo, seja em sua totalidade ou não, conforme artigo 52, inciso X da Constituição, que assim estabelece:

Art.52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X – Suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Referido dispositivo estabelece o limite de atuação do judiciário, no que tange ao reconhecimento de inconstitucionalidade de lei<sup>129</sup>, uma vez que a este é dada a declaração da inconstitucionalidade, mas, àquele é dado o poder de alterar a lei, suspendendo sua execução.

---

<sup>129</sup> MORAES, op. Cit., p.238.

O dispositivo legal tem aplicação no controle incidental, uma vez que o controle concentrado já goza de efeito *erga omnes*. Aduz o professor Guilherme Peña:

[...] sobre a eficácia *erga omnes*, a decisão exarada na ação direta de inconstitucionalidade produz efeitos contra todos, dado que a norma veiculada pela lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal perde a eficácia, fazendo-se mister a comunicação à autoridade ou órgão responsável pela expedição do ato, para que lhe suste a execução, sob pena de decretação de intervenção federal ou configuração de crime de responsabilidade, à vista dos arts. 34, inc.VI, e 85, inc. VII da CRFB, assim como do artigo 25 da lei 9868/99. Nessa direção, a comunicação ao Senado Federal, para efeito de suspensão de execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato, é prescindível, porque a decisão de inconstitucionalidade é provida de eficácia *erga omnes*, a teor do artigo 52, inc. X da CRFB, bem assim do artigo 180 do RISTF, razão pela qual, “ a comunicação ao Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade incidente e, não, decorrente da ação direta.

A discussão foi árdua, na medida em que o relator Ministro Gilmar Mendes<sup>130</sup>, propõe uma releitura da matéria, sugerindo uma mutação constitucional na interpretação do artigo 52,X da Constituição. Senão vejamos:

[...] Pela proposta, o artigo 52, X teria passado por uma mutação constitucional: todas as decisões tomadas pelo Plenário do STF no exercício da jurisdição constitucional teriam, por si mesmas, eficácia geral e vinculante. A atribuição do Senado deixaria de ser a ampliação da eficácia e passaria a ser, tão somente, uma forma de conferir publicidade ao que restou decidido.

O que importa dizer é que a discussão pôs em pauta toda a fragilidade dos poderes: se por um lado o STF detém a competência de determinar os efeitos de suas próprias decisões, o Senado Federal não admite um papel subalterno de ser obrigado a dar publicidade às decisões do outro órgão.

O impasse se instalou, a ponto de o Congresso Nacional chegar a sugerir uma emenda à constituição para subordinar a eficácia das decisões do STF ao crivo do órgão, no intuito de inverter a subordinação que se afigurava.

Enfim, a situação de extrema delicadeza culminou em reuniões entre os presidentes do STF e do Senado Federal a fim de se acalmarem os ânimos.

Após sete anos de duração, a discussão desta Reclamação privilegiou o entendimento tradicional, nos limites semânticos do referido artigo no que tange ao Senado Federal, mantendo-se a competência do STF de determinar os efeitos de suas decisões, acolhendo-se a Reclamação 4335<sup>131</sup> e determinando a aplicação do mesmo entendimento anterior ao caso concreto.

Como anteriormente mencionado, existe uma linha tênue entre o que se pode entender por invasão de competências, na atuação do STF, e sua nova postura institucional. É bem verdade que a atuação contramajoritária da Corte Suprema muitas

---

<sup>130</sup>MENDES apud BARROSO. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-02/10-julgamentos-importantes-stf-ano-passado>. Acesso em 05 jul. 2016.

<sup>131</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recl. 4335. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14779595/reclamacao-rcl-4335-ac-stf>. Acesso em: 05 jul. 2016.

das vezes se confunde com uma atuação metajurídica, mas isso é apenas aparência, pois, na verdade, o que tem ocorrido é uma maior judicialização de questões que outrora não chegavam ao judiciário.

A partir do momento que esse aumento na judicialização chega aos Tribunais Superiores, é deflagrada a obrigatoriedade de a Corte Superior ter de se posicionar diante das lacunas legislativas, ou até mesmo dos excessos políticos. Esse posicionamento, que se traduz no exercício do próprio ofício de garantir efetividade à Constituição, acaba por desaguar, de forma oblíqua, nas demais esferas, uma vez que, ao garantir a efetividade dos direitos fundamentais e do próprio direito constitucional, atua diretamente na ausência legislativa ou em seu excesso, repita-se, o que culmina na falsa ideia de que estaria invadindo competências<sup>132</sup>.

À guisa de ilustração, transcrevam-se algumas observações feitas pelo Ministro Luiz Roberto Barroso, quanto ao seu voto nas ADIs 4.357 e 4.425<sup>133</sup> que versavam sobre precatórios, em que pontua claramente o papel proativo do STF face à ausência legislativa constitucional:

[...] O Plenário declarou, antes do meu ingresso no STF, a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Emenda Constitucional 62, de 9 de dezembro de 2009, que instituiu um regime especial de pagamento de precatórios pelos estados, Distrito Federal e municípios.  
[...] No meu voto, observei que o Congresso Nacional, por duas vezes, tentara equacionar o problema: com a Emenda Constitucional 30/2000 e com a EC 62/2009. Nas duas ocasiões, o STF derrubou as soluções propostas, considerando-as inconstitucionais. Ao invalidar a EC 62 sem colocar nada no

---

<sup>132</sup> BARROSO, op. cit., p.447.

Com a maestria que lhe é peculiar, assim se posiciona o Ministro Barroso quanto ao tema: [...] não raramente, a jurisdição constitucional é deflagrada pelos próprios agentes políticos, embora estejam entre os principais críticos da judicialização: seja pela minoria parlamentar que considera ter sido privada do devido processo legislativo, seja pelo Governador de Estado a quem não parece legítimo poder ser convocado para depor em CPI. Todos esperam que o STF faça valer o direito constitucional, que não deve ficar à disposição dos detentores momentâneos do poder. E com isso permitem que o Supremo Tribunal Federal processe esse conjunto de questões políticas na linguagem da Constituição e dos direitos fundamentais.

<sup>133</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal ADI 4357/DF e 4425/DF. Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23098631/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4357-df-stf> e <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>. Acesso em: 05 jul. 2016. O conteúdo integral da matéria do Ministro Luiz Roberto Barroso que fala sobre as referidas ADIs, poderá ser consultado no link <http://www.conjur.com.br/2015-fev-02/ano-trouxe-mudancas-amadurecimento-supremo-tribunal-federal>.

lugar, o tribunal estaria devolvendo à sociedade uma situação ainda pior do que antes da emenda, quando muitos estados e municípios nada pagavam. Para minimizar este efeito, o relator concedeu uma liminar mandando continuar a aplicar o regime da EC 62 até o final do julgamento.

[...] a solução que propus só deverá vigor para o ano seguinte à sua aprovação pelo STF. Isso daria ao Congresso Nacional cerca de um ano para prover sobre a matéria. Se vier a ser aprovado ato normativo editado pelo Legislativo, é ele que deverá prevalecer. Na falta de solução alternativa, porém, seria terrivelmente inconstitucional retornar ao estado anterior de calote estatal generalizado. É isso o que justifica e impõe uma decisão de perfil aditivo, na linha de precedentes anteriores do STF.

Em outro giro, tem-se o RE 197.917-8/SP<sup>134</sup>, o qual versava sobre a quantidade desproporcional de vereadores no Município de Mira Estrela/SP.

Norma municipal estabeleceu para o mandato de vereador, um número de vagas incompatível com a população local, violando o artigo 29, IV da Constituição. Referida lei afrontava os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, isonomia e moralidade administrativa, razão pela qual o plenário do STF, por maioria, declarou sua inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, fundamentando sua decisão no excesso do poder de legislar, diante das violações elencadas.

Em razão da estabilidade de todos os atos anteriormente praticados, do interesse público e da segurança jurídica, modularam os efeitos da referida decisão para o futuro.

Percebe-se, portanto, que a atuação do Poder Judiciário busca manter um equilíbrio em suas decisões, visando sempre a harmonia entre os poderes e a solução mais moderada para os conflitos a ele apresentados.

Outro ponto importante a se levar em consideração, é o papel da mídia em todo esse processo de decisão judicial. Não raras vezes, a mídia cria um juízo de valor que nem

---

<sup>134</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 197.917-8. Relator Ministro Mauricio Correa. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em: 05 jul. 2016. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.

sempre corresponde à verdade dos fatos. Aliás, essa verdade dos fatos deve decorrer do devido processo legal, o que nem sempre é levado em consideração pela opinião pública.

É criado, pelo sensacionalismo midiático, um sentimento de comoção pública toda vez que a sociedade se depara com um fato extraordinário, seja ele político, criminal, eleitoral, ou de qualquer outra natureza. E essa informação, da mídia, carecedora de fundamentação jurídica, é suficiente para que o leigo se convença de que, a informação veiculada pela mídia, é a decisão mais coerente ao caso.

Este fato se desdobra em duas consequências: ou cria na opinião pública um sentimento de revolta, vez que, quando o caso se submete ao judiciário, este, atuando com fundamento jurídico, decide de forma diversa, não correspondendo àquela informação anteriormente acolhida pelo leigo; ou, acaba por influenciar o momento decisório do juiz que recebe o caso para julgamento, o que, diga-se de passagem, seria uma total subversão aos princípios norteadores do Direito. Contudo, há de se admitir que, ainda que raros, casos desse tipo existem.

De qualquer forma, importante ressaltar o papel dos veículos de informação em todo o processo social: ao tempo em que constroem mitos, deles também se desfazem num piscar de olhos.

Identificou-se com bastante notoriedade esse fenômeno, quando da discussão da alteração da maioria penal. A mídia não parou de dar ênfase a crimes praticados por menores infratores, ressaltando sua falta de comiseração. Abriu-se longo diálogo sobre o assunto, em que todas as esferas sociais puderam se manifestar; todavia, a fúria popular amparada pela enxurrada de notícias veiculadas em todos os canais de informação, não queria saber de ponderações.

Fato é que o assunto apresenta uma certa vulnerabilidade, na medida em que não envolve somente aspectos jurídicos. Há que se levar em conta todo o contorno social,

inclusive as políticas sociais que o Estado não implementa, para que se possa, com imparcialidade, realmente decidir. O assunto ainda é objeto de análise junto ao Congresso Nacional.

Como se pode concluir, na maioria das vezes em que se verifica uma atuação mais contundente do STF, direitos fundamentais encontram-se em xeque, não podendo o STF se esquivar de decidir em relação aos casos que lhe são submetidos. O que vem ocorrendo, a fim de evitar uma interpretação equivocada de sua atuação, é em muitos casos, no momento da decisão, a Corte modular os efeitos da decisão exarada, dando-lhe efeito prospectivo, com o fito de proporcionar ao Poder Legislativo a iniciativa de ato normativo condizente com a nova situação decorrente da decisão.

Por mais que se queira negar, a conjuntura política e social desencadeia conflitos, que necessariamente serão levados à apreciação do judiciário, e este, promoverá a manutenção do equilíbrio dos valores a serem apreciados<sup>135</sup>.

Ressalte-se o caso Raposa Serra do Sol. Um julgamento difícil, em que se discutia a homologação de uma reserva indígena, cujas terras estavam ocupadas por fazendeiros.

A corte não legislou em favor de um ou de outro. Apenas reconheceu a constitucionalidade de portaria e decreto presidencial que demarcaram respectiva área e, a fim de assegurar o cumprimento da decisão - a qual fomentava enorme discórdia de

---

<sup>135</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jul-12/entrevista-ada-pel>. Acesso em: 13 jul. 2016. Ada Pellegrini Grinover destaca seu posicionamento a respeito: “Hoje o Judiciário é um elemento de equilíbrio entre os demais poderes. Até pelo fato de que os demais poderes são majoritários e o Judiciário tem mais propensão para julgar direitos de minorias, não é a vontade da maioria. Além de ser um fator de equilíbrio, o Judiciário tem tarefas que foram abertas com a Constituição de 1988. Naqueles princípios do artigo 3º da Constituição, os princípios fundantes do Brasil, tem questões que apontam para uma democracia diferente, que nós chamamos de democracia constitucional, de direito, ou democracia participativa, o desenvolvimento social. E no desenvolvimento social todos os poderes têm responsabilidades. Então, não adianta achar que o Judiciário não pode fazer o controle de políticas públicas. Pode e deve. Primeiro porque as políticas públicas estão inseridas no respeito à Constituição, portanto tem um controle de constitucionalidade. Segundo porque se os outros poderes se omitem, o Judiciário que é o poder de controle *a posteriori*, tem que agir.

entendimentos e de situações de fato - entendeu por anexar à decisão determinadas condições para sua execução, também chamadas de salvaguardas, as quais foram veementemente questionadas pela Procuradoria Geral da República, entendendo que a Corte teria extrapolado os limites do pedido, num verdadeiro julgamento *extra petita*.

O caso em si envolvia o interesse de fazendeiros e o direito fundamental de manutenção das terras indígenas. Por certo, ao ser declarada constitucional tanto a portaria quanto o decreto presidencial, a insatisfação com a decisão geraria uma situação de descontentamento e um conflito extremamente perigoso em Roraima. Logo, o STF se viu obrigado a criar mecanismos que assegurassem a efetividade daquela decisão.

À época, o Ministro Luiz Roberto Barroso justificou que referidas condições tinham por finalidade pôr fim ao litígio, o que provavelmente não ocorreria sem elas. Reconheceu que “a incorporação das salvaguardas foi uma decisão atípica, mas observou que, sem elas, seria impraticável pôr fim ao conflito existente na região. As salvaguardas foram uma espécie de regime jurídico a ser seguido para a execução do decidido, explicando o sistema constitucional incidente na matéria.”.

Agiu o STF em legítima defesa do artigo 231 da Constituição, e para tanto, fez implementar medidas que propiciassem a devida eficácia de sua decisão. No entanto, para muitos, foi ativismo judicial.

Atualmente, o momento político no Brasil passa por uma crise aguda de moralidade, e a sociedade estupefata, se encontra perplexa diante de tantos acontecimentos estarrecedores de corrupção. Mais uma vez a população aposta suas fichas na Poder Judiciário.

Fruto da apuração de casos de corrupção, a “ Operação Lava Jato” tomou conta da vida de toda a população. Essa operação tem por finalidade investigar a corrupção que se instalou em nossas instituições, em especial na Petrobrás.

O juiz Sérgio Moro se tornou o ícone da honestidade e seriedade, por estar à frente da ação que apura as denúncias dessa operação. Todavia, enquanto para uns ele traduz toda a ânsia de extirpar do seio da sociedade esse mal maior que é a corrupção, para outros, sua atuação é mero excesso, necessidade de projeção, invasão de competência. Em que pese sua conduta seguir os ditames jurídicos, qualquer manifestação mais pragmática se traduz em excesso, e logo se fala em ativismo judicial.

Todavia, o que se deve observar é que há uma gama de interesses escusos que tem por envolvidos, dentre outros, agentes públicos. Em uma sociedade impregnada pela corrupção, não há interesse em passar a limpo as instituições, logo, alimentar a ideia de excesso do judiciário, enfraquece o esforço de se expurgar o mal pela raiz.

Recentemente, o caso de maior repercussão no que tange ao protagonismo judicial, cinge-se à execução provisória de decisão condenatória, em outras palavras, a prisão do condenado antes de se esgotarem todas as esferas recursais.

Num breve histórico, a prescrição da pretensão executória tinha por fundamento o artigo 112, I do Código Penal, o qual determinava que a prescrição começa a correr a partir do trânsito em julgado para a acusação. Todavia, no julgamento do HC 84.078<sup>136</sup>, o STF modificou seu entendimento em relação ao referido dispositivo legal, face ao alcance da presunção de inocência, previsão constitucional, passando a entender que, enquanto houver recurso pendente, não se poderia iniciar a execução de sentença condenatória.

Porém, em fevereiro desse ano, no julgamento do HC 126.292<sup>137</sup>, o STF modificou novamente seu entendimento, no sentido de que não ofende o princípio da

---

<sup>136</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2EENUME%2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hmu88wm>. Acesso em: 06 jul.2016.

<sup>137</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%2EENUME%2E+OU>

presunção de inocência, o início da execução de sentença condenatória após a confirmação da condenação em segunda instância.

Não se pode deixar de lembrar a celeuma que referido posicionamento criou no meio jurídico, na medida em que a modificação de entendimento foi interpretada como um retrocesso jurídico, uma vez que piora a situação do condenado.

Muitas críticas ocorreram, principalmente quanto ao precedente que se abria com referida decisão, uma vez que o entendimento de parte da comunidade jurídica era a de que o próprio STF, a quem cabe resguardar a Constituição, dela se desfazia, na medida em que dava ao artigo 5º, inciso LVII da Constituição, interpretação prejudicial ao direito fundamental ali disposto.

Ainda, contra argumentavam aos que eram a favor do posicionamento, que não se poderia validar tamanho excesso sob pena de se admitir que a Corte Suprema pudesse, a seu bel prazer, manipular a própria Constituição, o que levaria a uma total insegurança jurídica e um risco ao Estado Democrático de Direito.

A bem da verdade, deve-se ressaltar que a discussão sobre esse posicionamento não foi unânime, sequer dentro da própria Corte, eis que a votação em plenário se deu por 7 votos a favor em detrimento de 4 votos contra.

Fato é que por maioria, o plenário aprovou referida decisão.

Ocorre que, neste mês de julho, em julgamento semelhante, o Ministro Celso de Mello determinou a liberdade de um acusado, alegando o princípio da presunção de inocência, para o qual a execução da sentença condenatória não poderia ser iniciada antes do trânsito em julgado, ou seja, antes da apreciação de todos os recursos cabíveis.

Diga-se de passagem que o Ministro foi um dos votos-contraria no julgamento anterior, e em uma demonstração cabal de independência funcional, como relator da MCHC 135.100<sup>138</sup>, assim se posicionou:

[...] há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal”.

Destaque-se que as decisões do plenário, por si só não as tornam obrigatórias, o que, de certa forma, pode transparecer uma certa incongruência. Entretanto, deve-se ter em mente que o plenário do STF é composto de 11 ministros, independentes e de entendimentos singulares. Sua composição já é o arcabouço do desempate.

O direito é uma ciência viva, a qual não pode quedar-se inerte diante da desenvoltura das relações sociais. Neste caso, o lapso temporal de 17 anos, entre um posicionamento e outro, deve ser considerado, haja vista que referida mudança de posicionamento não mudou de uma hora para outra, mas sim, como qualquer outro tema relevante, é fruto de muita maturação e observação do comportamento social que se apresenta nos repetidos casos apreciados pela Corte.

Com certeza a democracia tem essa particularidade, qual seja, permitir a manifestação de opiniões, nas mais variadas vertentes, e posicionamentos políticos com liberdade de expressão.

A ausência de unanimidade fomenta a discussão, o conhecimento e a oportunidade de trocas. Isso é o Direito: a possibilidade de todas as possibilidades.

---

<sup>138</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 135.100. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/presuncao-inocencia-prisao-segundo-grau.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2016.

## CONCLUSÃO

As reflexões postas ao longo desta pesquisa demonstraram não ser tarefa fácil o processo de interpretação das normas.

Não se quer justificar um judiciário legiferante, como muitos denominam, mas legitimar um judiciário proativo e comprometido com sua função constitucional de proteger os direitos fundamentais.

Política não se confunde com justiça, mas a realização dessa não pode estar divorciada do contexto político-social.

O que se vê no Brasil de hoje, é ainda a ideia equivocada de que a democracia é um regime de todos, quando na verdade, a democracia é um regime de maioria. E esta maioria se faz nas urnas, sob a égide da representatividade.

A polêmica que envolve uma possível invasão de competências é decorrente de uma democracia construída sob um “coronelismo”, o qual ainda subsiste sob o véu do voto direto, que não se dissociou totalmente do ranço da oligarquia dos partidos políticos.

A ausência de um Poder Legislativo comprometido como o fim social e interesse público, permite que o STF exerça, através do direito, o processo de implementação da democracia.

Não existe invasão de competências: existe disputa de poder entre os Poderes.

Percebe-se que o Poder Judiciário é potencialmente melhor preparado intelectualmente, e em especial, por decorrência do próprio papel, o STF é composto de juristas comprometidos com a ciência do conhecimento. O corpo da Suprema Corte está em constante atualização jurídica, inclusive quanto ao Direito Comparado, buscando incessantemente argumentos e teses novas, a fim de promover uma tutela jurisdicional de qualidade e contemporaneidade em prol dos direitos e garantias fundamentais.

Já o Poder Legislativo é representado por políticos de pouco – ou quase nenhum – conteúdo intelectual, os quais no decorrer do mandato, apresentam total dissonância com o aprimoramento intelectual e com as promessas de campanha, no claro intuito de apenas fazerem política em favor de seus próprios interesses, e não de, efetivamente, fazerem leis que visem ao interesse social. Fazer política é bem diferente de legislar.

O interesse público deve ser o paradigma da elaboração, da aplicação e do controle da lei. A atuação do STF na busca dessa coerência, deve se valer da participação da sociedade, em suas mais variadas formas de representatividade, no momento do controle da prognose legislativa, como fundamento de validade de sua atuação, principalmente, no controle constitucional concentrado.

A Lei 9.868/99 é a expressão da mudança que se defende nessa pesquisa, uma vez que traz em seu bojo a disponibilidade de vários instrumentos que possibilitam a abertura da participação popular no processo de controle de constitucionalidade concentrada, objetivando a amplitude do discurso.

Ressalte-se que as decisões colegiadas da Corte que consideram o fato concreto como parte integrante da análise do controle da prognose legislativa, não dão margem a entendimentos direcionados, uma vez que esse método impõe o dever de fundamentação da argumentação jurídica utilizada.

Não se descarta a possibilidade dos excessos, o que para os mais pessimistas, seria esse o responsável por um empoderamento perigoso da Corte Suprema. Em contrapartida, não se ouve falar por exemplo, em empoderamento perigoso do legislativo, quando este produz tantas emendas à Constituição. Num processo de ponderação, há de se questionar se o perigo dos excessos atinge a democracia ou os poderes.

O controle de constitucionalidade da prognose legislativa é essencial para garantir direitos fundamentais; limitar atuações ilegítimas do Poder Público; promover

intervenções em face de violações que justifiquem o Estado de Coisas Inconstitucional e resguardar a eficácia da Constituição.

Para tanto, a atuação do STF, também no controle concentrado, deve conjugar a interpretação da prognose com a situação fática, a fim de preservar o interesse público no exercício da jurisdição.

Protagonismo judicial? Não! Apenas coragem, ousadia, comprometimento com o Estado de direito e vontade política, para fazer uma nova história com uma nova hermenêutica.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui apud MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.5, Número Especial, 2015. Disponível em <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3180/pdf>. Acesso em: 13 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro apud Vilas-Bôas Renata Malta. Disponível em: [http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/downloads/consilium\\_04\\_04.pdf](http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/downloads/consilium_04_04.pdf). Acesso em: 31 ago. 2015.

BECKER, Rodrigo Frantz. Disponível em <http://jota.info/amicus-curiae-novo-cpc>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BINENBOJM, Gustavo apud MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BOBBIO apud BARBOSA, Marília Costa. Disponível em <http://www.flf.edu.br/revista-flf.edu/volume05/v5mono4.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2016.

BONAVIDES, Paulo apud JUNIOR, Ubergue Ribeiro. *A iniciativa popular e sua relação com as iniciativas privadas do Presidente da República*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_72/artigos/Ubergue\\_rev72.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Ubergue_rev72.htm). Acesso em: 02 set. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 30 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm). Acesso em 30 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Emenda Regimental STF 29, de 18 de fevereiro de 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/norma/emendaregimental029-2009.pdf>. Acesso em 10 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal . ADPF 132. Ministro Ayres Britto. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 20 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADin n. 2.321. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282321%2ENUME%2E+OU+2321%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hpmlaj9>. Acesso em: 10 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em 26 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. Ministro Ayres Britto. Disponível em [http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ac%C3%B3rd%C3%A3o\(1\)](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ac%C3%B3rd%C3%A3o(1)). Acesso em: 20 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal ADI 4357/DF e 4425/DF. Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23098631/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4357-df-stf> e <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>. Acesso em: 05 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADi 4.815. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>. Acesso em: 10 jan 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.022-MC/RO Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7958599>. Acesso em: 10 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 135.100. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/presuncao-inocencia-prisao-segundo-grau.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recl. 4.355. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14779595/reclamacao-rcl-4335-ac-stf>. Acesso em: 05 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 197.917-8. Relator Ministro Mauricio Correa. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em: 05 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 607.582 RG / RS. Relatora Ministra Ellen Grace. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28medicamentos%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/lcf6ghj>. Acesso em: 05 jul.2016.

\_\_\_\_\_. Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm). Acesso em: 09 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 6385, de 07 de dezembro de 1976. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm). Acesso em: 09 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 6616, de 16 de dezembro de 1978. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6616.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6616.htm). Acesso em: 09 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 9469, de 10 de julho de 1997. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9469.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm). Acesso em: 09 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 9.868. de 10 de Novembro de 1999. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm). Acesso em: 30 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em: 10 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm). Acesso em: 10 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm). Acesso em: 26 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm). Acesso em: 10 jan. 2016.

BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em <http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 28 dez. 2015.

CANOTILHO, apud HENRIQUES, Pedro Estiguer. *Ação afirmativa e controle de constitucionalidade: limites do Judiciário na análise de fatos e prognoses legislativos*. Disponível em [http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12268/12268\\_1.PDF](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12268/12268_1.PDF). Acesso em: 24 abr. 2016.

CANOTILHO, apud Caiodireito. Disponível em: <http://oprocesso.com/2012/05/07/metodos-de-interpretacao-constitucional/>. Acesso em: 31 ago. 2015.

CAPELLETTI, apud CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>. Acesso em: 17 mai. 2016.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

COKE, Edward. Voto. Disponível em : [http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendV\\_due\\_process1.html](http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendV_due_process1.html) – acesso em: 07 jun. 2015.

COLNAGO, Cláudio. Disponível em: <http://claudiocolnago.blogspot.com.br/2009/08/antecedentes-do-controle-de.html> - acesso em: 07 jun. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da apud Caiodireito. *O processo*. Disponível em: <http://oprocesso.com/2012/05/07/metodos-de-interpretacao-constitucional/>. Acesso em: 31 ago. 2015.

DALLARI apud Ana Carolina. Disponível em <http://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>. Acesso em: 24 abr. 2016.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Aspectos da projeção da democracia participativa na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Revista de direito público, Lisboa, ano 2011, n. 5. Disponível em [https://books.google.com.br/books?id=kevbcwaaqbaj&pg=pt61&lpg=pt61&dq=dos+peritos+ou+comiss%C3%B5es+de+peritos+do+artigo+9%C2%BA+da+lei+9868/99&source=bl&ots=htd75nyxp8&sig=ztztfiqc1wpdhlh3ct2gssbhe&hl=pt-br&sa=x&ved=0ahukewjc-zsx\\_cxnahxhc5akhqpqbjsq6aeiozah#v=onepage&q=dos%20peritos%20ou%20comiss%C3%B5es%20de%20peritos%20do%20artigo%209%C2%BA%20da%20lei%209868%2f99&f=false](https://books.google.com.br/books?id=kevbcwaaqbaj&pg=pt61&lpg=pt61&dq=dos+peritos+ou+comiss%C3%B5es+de+peritos+do+artigo+9%C2%BA+da+lei+9868/99&source=bl&ots=htd75nyxp8&sig=ztztfiqc1wpdhlh3ct2gssbhe&hl=pt-br&sa=x&ved=0ahukewjc-zsx_cxnahxhc5akhqpqbjsq6aeiozah#v=onepage&q=dos%20peritos%20ou%20comiss%C3%B5es%20de%20peritos%20do%20artigo%209%C2%BA%20da%20lei%209868%2f99&f=false). Acesso em: 26 jun. 2016.

FIORAVANTI, Marco ", Sieyès e júri constitucional: perspectivas históricas e legais" *anais históricos da Revolução Francesa*\_[Online], 349 | Julho-Setembro de 2007. Disponível on-line 01 de setembro de 2010.< URL: <http://ahrf.revues.org/11225>>. Acesso em: 07 de abr de 2015.

FRIEDE, Reis. *Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

FUX, Luiz apud MEDINA, Miguel Garcia, FREIRE, Alexandre e FREIRE, Alonso. Periódicos eletrônicos: *controle de constitucionalidade*: audiência pública tornou-se instrumento de legitimidade. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumento-legitimidade-popular>. Acesso em: 26 jun. 2016.

GEORG apud SILVA, Virgilio Afonso. Disponível em: [http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF\\_e\\_deliberacao.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf). Acesso em: 08 abr. 2015.

GRIMM apud BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jul-12/entrevista-ada-pel>. Acesso em 13 jul. 2016.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

HESSE, Konrad apud MARTINS, Rodrigo Bezerra. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,metodo-hermeneutico-concretizador-de-interpretacao-constitucional,50280.html>. Acesso em: 02 set. 2015.

KELSEN apud SILVA, Virgilio Afonso. Disponível em: [http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF\\_e\\_deliberacao.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf). Acesso em: 08 abr. 2015.

LARENZ, Karl apud MARTINS, Rodrigo Bezerra. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,metodo-hermeneutico-concretizador-de-interpretacao-constitucional,50280.html>. Acesso em: 20 dez2015.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. Ver. Atual. e Ampl. São Paulo: Saraiva,2008.

LOCKE, John apud Ana Carolina. Disponível em <http://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>. Acesso em: 24 sbr. 2016.

MACHADO, João Batista apud Rita Tourinho. Disponível em [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/44377/44831](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/44377/44831). Acesso em: 24 abr. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional* . 2. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Controle de Constitucionalidade: hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognose Legislativos pelo órgão judicial - Revista Juridica Virtual*, Brasília, V. 1, n.8, Janeiro 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_08/cont\\_constitucionalidade.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm). Acesso em: 08 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, v. 1, n. 8, janeiro 2000. Disponível em [https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs\\_saj/index.php/saj/article/view/1063/1047](https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/view/1063/1047). Acesso em: 30 dez 2015.

\_\_\_\_\_. <http://www.conjur.com.br/2015-out-03/observatorio-constitucional-audiencia-publica-revela-crise-financeira-estados>. Acesso em: 22 out. 2015.

\_\_\_\_\_. *Controle de constitucionalidade: repercussões na atividade econômica*. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/htms/public/8encjur/04%20-gilmar%20ferreira%20mendes.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2016.

MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

MENDES apud BARROSO. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-02/10-julgamentos-importantes-stf-ano-passado>. Acesso em 05 jul. 2016.

MIRANDA apud MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU apud Ana Carolina. Disponível em <http://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>. Acesso em: 24 abr. 2016.

MORAES, Guilherme Peña. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MÜLLER, Friedrich apud VICTORINO, Fábio Rodrigo. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-teoria-estruturante-de-friedrich-muller,50638.html>. Acesso em: 20 dez. 2015.

NOGUEIRA, apud MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014.

O Primeiro Caso de Divórcio Gay no Brasil. Disponível em <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/03/o-primeiro-caso-de-bdivorcio-gay-no-brasil.html>. Acesso em: 12 out. 2015.

Perfil da Alemanha. Disponível em: <http://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/pt/o-sistema-politico/main-content-04/o-tribunal-constitucional-federal.html>. Acesso em: 11 out. 2015.

PHILIPPI, Klaus Jürgen ( 1971): *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*. Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Schriftenreihe Annales Universitatis Saraviensis : Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Abteilung, 64, Heymann: Köln [u.a.]. Trauzido por Carolina Vasconsellos Billio Manhães de Azevedo.

Projeto de Lei n. 6583/13. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>. Acesso em 12 out. 2015.

SANTOS, Esther Maria Brighenti. *Amicus curiae: um instrumento de aperfeiçoamento nos processos de controle de constitucionalidade*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/7739/amicus-curiae>. Acesso em: 09 jan. 2016.

SIEYÈS, Joseph Emmanuel apud Silva, Virgilio Afonso de – *Opinion sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire proposé le 2 thermidor*, Paris, 1795.

SILVA, Virgílio Afonso. Disponível em: [http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF\\_e\\_deliberacao.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf). Acesso em: 08 jun. 2015.

SOUZA, Antonio Francisco apud HENRIQUES, Pedro Estiguer. *Ação afirmativa e controle de constitucionalidade: limites do Judiciário na análise de fatos e prognoses legislativos*. Disponível em [http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12268/12268\\_1.PDF](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12268/12268_1.PDF). Disponível em [http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12268/12268\\_6.PDF](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12268/12268_6.PDF) . Acesso em 24 abr. 2016.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. *Reserva do possível e mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias*. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13621](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13621). Acesso em: 03 jul. 2016.

SMEND, Rudolfo da apud Caiodireito. *O processo*. Disponível em: <http://oprocesso.com/2012/05/07/metodos-de-interpretacao-constitucional/>. Acesso em: 31 ago.2015.

VIEHWEG, apud Almeida, Juvêncio Costa. *Jurisprudência, Pensamento Problemático e o Retorno à Tópica Jurídica*. Disponível em [http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/520](http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/520). Acesso em: 31 ago 2015.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Disponível em <https://www.passeidireto.com/arquivo/6093096/hermeneutica-juridica---uma-questao-intrigante/9>. Acesso em: 20 dez. 2015..

União Homoafetiva dá direito à Pensão Alimentícia depois da Separação. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI216526,81042-uniao+homoafetiva+da+direito+a+pensao+alimenticia+depois+da+separacao>. Acesso em: 12 out. 2015.