

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**POSSÍVEIS INTERFERÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA  
COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL**

MARINA GALLO AVELLAR DE LEMOS

Rio de Janeiro  
2021.2

**MARINA GALLO AVELLAR DE LEMOS**

**POSSÍVEIS INTERFERÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA  
COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha** e Coorientação do **Professor Me. Wagner Vinicius de Oliveira**.

Rio de Janeiro

2021.2

CIP - Catalogação na  
Publicação

GG172p Gallo Avellar de Lemos, Marina  
Possíveis interferências do Supremo Tribunal  
Federal na competência legislativa do Congresso  
Nacional / Marina Gallo Avellar de Lemos. -- Rio de  
Janeiro, 2022.  
73 f.

Orientador: Carlos Alberto Pereira das Neves  
Bolonha.

Coorientador: Wagner Vinicius de Oliveira.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Direito Constitucional . 2. Supremo Tribunal  
Federal. 3. Separação de Poderes. 4. Controle  
Concentrado de Constitucionalidade. 5. Arguição de  
Descumprimento de Preceito Fundamental. I. Alberto  
Pereira das Neves Bolonha, Carlos, orient. II.  
Vinicius de Oliveira, Wagner, coorient. III. Título.

MARINA GALLO AVELLAR DE LEMOS

**POSSÍVEIS INTERFERÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA  
COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha** e Coorientação do **Professor Me. Wagner Vinicius de Oliveira**.

Data da Aprovação: **18/02/2022**

Banca Examinadora:

Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha

---

Orientador

Dr. Luigi Bonizzato

---

Membro da banca

Dra. Luciana Silveira

---

Membro da banca

Rio de Janeiro  
2021.2

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

*Montesquieu (1996, p.168) – O espírito das leis*

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer à toda minha família, em especial minha mãe e meu pai, que sempre me incentivaram a perseguir todo meu potencial e acreditaram em mim, mais do que eu. À minha avó, que desde o início da minha formação sempre me deu todo apoio que precisei ao longo dos meus cinco anos de faculdade.

Agradeço, em especial, à minha irmã Julia, que desde criança me incentivou ao amor pela leitura e despertou em mim a paixão pela retórica, e que esteve do meu lado nas glórias e tristezas do caminho que percorri até aqui. Agradeço às nossas discussões acima de tudo, porque essas que me fizeram crescer. Além dela, agradeço meu cunhado, Victor Mendes, que me inspirou e me acompanhou em grandes momentos desde que me conheço por gente.

Não menos importante, agradeço meu noivo e melhor amigo, Bernardo Zordan. Nos últimos cinco anos, nossa cumplicidade e companheirismo foi fundamental para meu crescimento, e me mostrou quem eu queria ser. Amar é um ato de coragem, e é muito profundo ser compreendida.

Agradeço meus professores da Faculdade Nacional de Direito, com atenção particular ao professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha, que em Constitucional I me mostrou que fiz a escolha certa pelo curso de direito, e ao professor Dr. Carlos Eduardo Japiassú, por ministrar as melhores aulas de Direito Penal que eu poderia ter. Também agradeço meu coorientador, Professor Wagner Vinicius de Oliveira, por todas as provocações diárias que contribuíram para o meu crescimento acadêmico.

Por fim, aos amigos tudo, aos inimigos a lei. Agradeço a todos os amigos que fiz na FND, aos que ficarão na memória, aos que encontrarei nos corredores da Justiça e aos que seguirão comigo para a vida. Agradeço em especial à Renata, Mariah, Goiano, Leonardo, Marcio e Gabriel.

Muito obrigada!

## RESUMO

O trabalho monográfico que se segue propõe analisar a possível interferência do Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de controle concentrado de constitucionalidade, em matérias originalmente atribuídas ao Poder Legislativo pela Constituição Federal de 1988 (CRFB/88). A partir desta hipótese, passa-se ao exame da aplicação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a partir da terminologia abrangente do conceito “preceito fundamental”, não especificado na Constituição de 1988, nem na Lei 9.882/99, e considerando o caráter residual da ADPF frente às outras ações de controle concentrado. Em seguida, são analisadas doutrinas clássicas que já alertavam para uma possível interferência do Poder Judiciário no Legislativo, bem como doutrinadores modernos, os quais fazem um estudo crítico dos excessos cometidos por altas cortes de direito em matérias que confrontam representantes democraticamente eleitos. Por fim, passa-se a demonstração de atuação do Supremo em sede de ADPF, desde a publicação da Lei 9.882/99 até 2021, onde são estudados os números oficiais e casos concretos, com o objetivo de aferir se este órgão invade a atividade típica de legislar atribuída ao Congresso Nacional, afrontando o princípio da tripartição dos poderes.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional; Supremo Tribunal Federal; Separação de Poderes; Controle Concentrado de Constitucionalidade; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

## ABSTRACT

The following research study intends to analyze a possible interference by the Brazilian Federal Supreme Court (STF), by means of concentrated judicial review, in matters originally assigned to the legislative branch by the Federal Constitution of Brazil (CFRB/88), enacted in 1988. Following the initial hypothesis, this study examines the use of Allegation of Breach of Fundamental Precept (ADPF), starting from the broad terminology used to define “fundamental precept”, not specified in the Brazilian Constitution of 1988, or in the Federal Law n° 9.882/99, as well as considering the residual nature of the ADPF in relation to other concentrated judicial review lawsuits. Subsequently, this thesis addresses the work of classical authors, which already warned for a possible interference by the judicial branch on the legislative branch, as well as modern doctrine authors, who put forward a critical perspective on excessive actions taken by high courts in matters that oppose democratically elected representatives. Lastly, this study demonstrates the concrete action taken by the STF in the field of ADPFs, from its signing into law in 1999 (Federal Law n° 9.882/99) until 2021, examining official numbers and specific cases, in order to verify if the Court encroaches on the legislating activity typically assigned to the National Congress, violating the Separation of Powers.

**Keywords:** Constitutional Law; Federal Supreme Court; Separation of Powers; Concentrated Judicial Review; Allegation of Breach of Fundamental Precept.



## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO</b>  | <b>10</b> |
| <b>1. ATUAL DESENHO INSTITUCIONAL DE TRIPARTIÇÃO DE PODERES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO</b>        | <b>13</b> |
| 1.1 Atribuições legislativas do Congresso Nacional à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 | 17        |
| 1.2 O Supremo Tribunal Federal e suas competências originárias   | 21        |
| <b>2. LIMITES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: LACUNAS CONSTITUCIONAIS E ATIVISMO JUDICIÁRIO</b>                       | <b>26</b> |
| 2.1 Tipos de controle de constitucionalidade   | 26        |
| 2.1.1 Ações específicas de controle concentrado de constitucionalidade   | 28        |
| 2.1.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental   | 29        |
| 2.2 Interferência legítima: sistema de freios e contrapesos ( <i>check and balances</i> )                          | 33        |
| <b>3. O AUMENTO DE ADPFS PRODUZINDO CONDIÇÕES DE INTERFERÊNCIAS DO STF PARA ALÉM DE SUA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA</b> | <b>44</b> |
| 3.1 Aplicação prática a partir de Hirschl  | 44        |
| 3.2 Levantamento de dados coletados e análise de resultados  | 47        |
| 3.3 Casos de possível de invasão do STF na competência institucional de outros poderes da República                | 54        |
| 3.3.1 União homoafetiva –ADPF nº 132-RJ e ADI nº 4.277-DF  | 55        |
| 3.3.2 Status jurídico do anencéfalo – ADPF nº 54   | 58        |
| <b>CONCLUSÃO</b>   | <b>63</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>  | <b>66</b> |
| <b>APÊNDICE</b>  | <b>68</b> |

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 versa em seu artigo segundo: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Com base na teoria de separação de poderes e na sua adaptação à realidade brasileira, a qual foi sendo aperfeiçoada desde a Proclamação da República em 1889, este trabalho monográfico pretende analisar a relação dicotômica entre os poderes concebidos à luz da Constituição.

Neste sentido, o estudo pretendido verifica até que ponto esta dinâmica seria de fato harmônica, averiguando um possível desbalanceamento em prol Poder Judiciário sobre os outros poderes da República, em específico, se este interfere nas competências originárias do Congresso Nacional. Esta relação pendular acaba por colocar em xeque a legitimidade do Judiciário, e se este estaria acima dos poderes eleitos, pois considerando que os Ministros do Supremo Tribunal Federal não são apenas operadores do direito, mas os guardiões da Constituição de 1988, trabalha-se com a possibilidade destes se utilizarem de sua condição de tradutores finais de seu texto para se colocar acima dela.

Assim, a fim satisfazer a hipótese levantada, a segunda parte deste estudo se adentrou na utilização de ações do controle concentrado de constitucionalidade em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), como ferramenta principal para exercer esta interferência no equilíbrio entre os poderes concebidos na República. Assim, esta análise possui a finalidade de demonstrar a migração de poderes democraticamente eleitos para o Supremo Tribunal Federal ora trabalhada, na qual o órgão da cúpula do Poder Judiciário dribla a atividade típica de legislar atribuída ao Congresso Nacional.

Neste aspecto, cumpre destacar que a reflexão sobre o uso de ADPFs se mostra relevante, ao passo que esta ação possui características peculiares que permitiriam esta interferência, que se seguem. Em primeiro ponto (I), considera-se seu caráter residual frente às demais ações, qual sejam, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); (II) não há, nem na Constituição de 1988 e nem na Lei nº 9.882/99, definição legal que

especifique o conceito da expressão “preceito fundamental”, de forma que a falta de uma delimitação clara permite uma abrangência de seu uso; (III) por fim, a característica da Constituição de 1988 em sua forma analítica, em que termina por permitir uma exploração extensa em matérias distintas.

Desta feita, atuando em conjunto, os fatores mencionados acabam criando condições favoráveis para o uso de ADPFs no controle concentrado de constitucionalidade com o objetivo de tratar de temas além da concepção elaborada pelo constituinte originário, provocando uma usurpação de competências pelo Poder Judiciário. Outros temas abordados no presente trabalho atuam como fortes agentes que causam, em um grau maior ou menor, a problemática estudada, tais como o ativismo judicial e a judicialização de pautas políticas.

Para tanto, são utilizadas doutrinas clássicas e contemporâneas, bem como um estudo exploratório em conjunto de uma análise de casos concretos, que provem maior recorte na visão abordada na pesquisa. Sob a ótica dos clássicos, estudou-se a visão de autores que previam de forma positiva a atuação de um Judiciário forte e presente dentro do jogo democrático, como Alexander Hamilton nos “Federalistas” e outros que adotaram uma posição de maior cautela, alertando como essa confusão do Judiciário com o Legislativo poderia evoluir para um governo autoritário e desbalanceado, como Montesquieu.

Ainda neste tema, também se mostrou oportuno expor a visão de autores contemporâneos, os quais analisaram a atuação forte e presente de cortes constitucionais em sociedades atuais mais complexas. Em primeiro ponto, tem-se o cientista político canadense Ran Hirschl, que segue a linha argumentativa de que a judicialização de pautas políticas deve ser tratada com moderação, de forma que estas discussões devam ser, a princípio, contempladas ou colocadas sob o crivo da própria população através de seus representantes, que foram colocados no Poder Legislativo por meio do voto.

Também foi analisado o artigo da professora alemã Ingeborg Maus, o “Judiciário como Superego da Sociedade – Sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã” (2016), em que não se restringe em expor uma preocupação do Judiciário indo além de seu papel originalmente

atribuído pelo texto constitucional. Ademais, a autora discorre como a relação do Judiciário dentro da dinâmica social poderia acabar criando uma dependência de uma figura legalmente forte para interpretação final de dispositivos legais e, ainda, que este fato colaboraria para tornar juízes guardiões da moral pública.

Desta forma, o presente trabalho parte da construção da teoria de tripartição de poderes e do sistema de freios e contrapesos, tal qual os poderes da República foram separados e concebidos em harmonia. A partir disto, se adentra na verificação de possível desbalanceamento entre estes poderes, averiguando se o Poder Judiciário atua de maneira excessiva, se utilizando de um contorcionismo interpretativo em sede de ações de controle de concentrado de constitucionalidade, especificamente por meio de ADPFs, para interferir na atividade típica de legislar atribuída ao Congresso Nacional.

Sendo assim, esta verificação de interferência do Poder Judiciário ocorre, primeiramente, através dos argumentos levantados por doutrinas clássicas e contemporâneas aqui mencionadas. A partir desta leitura, é feita uma apuração quantitativa de dados fornecidos pelo sítio eletrônico do Supremo, onde explora-se o uso de ADPFs desde a promulgação da Lei nº 9.882/99 até 2021. Estes dados agem como um indicativo da hipótese ora trabalhada, onde reforçam a possibilidade de interferência do STF em outros poderes da República por meio de ADPF.

Por fim, foram analisados casos concretos em que estas interferências ocorrem, as quais foram, inclusive, explicitamente reconhecidas durante sua votação. O estudo de casos, combinado com os dados estatísticos apurados, mostraram-se imprescindíveis para fundamentação da hipótese ora levantada, à medida em que serviram como a formação basilar para o desenvolvimento e conclusão que se chega no presente trabalho monográfico.

## **CAPÍTULO 1: ATUAL DESENHO INSTITUCIONAL DE TRIPARTIÇÃO DE PODERES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO**

A teoria de tripartição de poderes, tal qual compõe governos do mundo moderno, se divide entre Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, que são independentes e harmônicos entre si, de forma que estes se equilibram e se regulam. O modelo foi consolidado pelo autor francês Charles-Louis de Secondat, popularmente reconhecido como Barão de Montesquieu que, em sua obra “O espírito das leis”, elabora o modelo de poderes tripartite, onde ao Executivo incumbia-se o poder de executar as normas e de exercer uma função administrativa, ao Legislativo é encarregado o dever de elaborar novas proposições normativas e, ao Judiciário, era imputada a responsabilidade de julgar suas violações, estando este limitado aos seus preceitos legais (1996, p. 167).

Paralelamente o autor inglês John Locke, em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”<sup>1</sup> já fazia alusões à delimitação de separação de poderes. Na verdade, o autor fez um esboço do que seria a separação entre as funções estatais, tendo como ponto de partida de suas observações a monarquia constitucional parlamentarista inglesa. Segundo Locke, o homem em seu estado natural não estaria sujeito à nenhuma regra ou convenção social, tendo a liberdade de agir conforme sua vontade.

Entretanto, este estado de natureza impossibilita a vida em sociedade. Desta forma, o contrato social tinha o objetivo dar fim ao estado de natureza, que promovia o caos, sendo então um acordo realizado entre governantes e governados, onde aqueles que governam garantiam aos governados uma proteção individual e à propriedade, em troca de ordem e segurança. Caso os governados rompessem o contrato, seria legítimo que o Estado se utilizasse dos meios necessários para manutenção da ordem e, no caso oposto, seria legítimo a derrubada do governante, sendo um dos precursores na forma de direito de resistência.

Com base em sua análise sobre o conceito de “contrato social”, que apenas fazia um contorno rudimentar à separação de poderes, o autor inglês expôs que ao Parlamento inglês caberia

---

<sup>1</sup> Obra publicada em 1689, que teve influência dos pensamentos iluministas e da Revolução Gloriosa inglesa de 1688.

o Poder Legislativo – em que este representaria o povo e suas vontades - e nas mãos do monarca seriam concentrados o Poder Executivo, o poder federativo e o poder de prerrogativa.

Apesar da existência de doutrinas díspares acerca de sua autoria, a teoria de separação de poderes foi inicialmente elaborada com a finalidade de impedir a concentração de poderes no Estado em uma só figura, de forma deveriam que cada um deveria ser ocupado por indivíduos distintos que terminariam por balancear suas atuações e eventuais excessos, se controlando de forma recíproca. Neste sentido, Montesquieu (1996, p. 168) acreditava que, caso mais de um poder fosse reunido em uma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, não deixaria de existir apenas a liberdade, mas seria estimulado um terreno fértil para tirania e opressão.

Assim, foi escrito o que seria a base da teoria política adotada nos Estados modernos, que terminou por influenciar não apenas a França pré-revolucionária do século XVIII, mas muitos governos atuais, inclusive, formou a base de governabilidade na República Federativa do Brasil. Desta forma, a partir do modelo de tripartição de poderes, fruto de um conjunto correntes complementares como as de Locke e Montesquieu, foi criada a base da teoria política moderna adotada por diversos Estados.

Ao longo de sua história, o Brasil possui um histórico consolidado de equilíbrio entre os poderes, com raras exceções. No início de formação do país enquanto nação, em sua primeira constituição, além de conter os três poderes elaborados por Montesquieu, a primeira carta constitucional também trouxe a figura do Poder Moderador, também reconhecido como quarto poder (BRASIL, 1824).

Tal estruturação advém de uma corrente francesa elaborada inicialmente por Benjamin Constant, na qual o quarto poder, chamado pelo autor de Poder Real, existiria como um poder neutro, acima dos demais, que teria a função de atuar quando os poderes entrassem em conflito entre si, de forma a recolocá-los em seu lugar, ou seja, sua atribuição institucional. Constant (1806, p. 19) faz a ressalva de que o Poder Real não pode estar dentro de nenhum outro, uma vez que isso causaria o sobrestamento de um poder sobre os demais. Assim, deveria ser uma força neutra, porém não ativa.

Entretanto, no Brasil o Império adotou a forma de Estado unitário, com consequente centralização política. Assim, o Imperador, constitucionalmente reconhecido como “Chefe Supremo da Nação”, concentrava o poder de influenciar e harmonizar outros poderes, sendo ele mesmo o chefe do Poder Executivo e Moderador cumulativamente, fazendo com que houvesse na figura do Imperador um poder quase ilimitado, considerando que normativamente se estabelecia que a este não era imputada responsabilidade alguma.

Além disso, o Legislativo e Judiciário também deveriam se submeter ao crivo final do poder real moderador (BRASIL, 1824). Tal alusão histórica permite verificar um desbalanceamento no modelo inicialmente criado por Montesquieu, demonstrando na prática como a falta de equilíbrio entre os poderes instaurados terminam por proporcionar um governo autoritário no que tangem às decisões políticas, sociais e econômicas do país.

Após os desdobramentos políticos que ocorreram no Brasil em 1889, a figura do quarto poder foi superada com a Proclamação da República<sup>2</sup>, que além de promover a defesa do governo republicano em prol de um Estado plural e democrático por meio de um regime representativo, ao menos, sob a perspectiva formal, a carta constitucional propunha a queda do quarto poder e a implantação da figura do Presidente da República, consolidando a independência e harmonia entre os três poderes (BRASIL, 1891).

De maneira conjunta, ou mesmo consequentemente, na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 foi criado o Supremo Tribunal Federal (STF), que foi colocado na liderança do Poder Judiciário como uma Corte de cassação, atuando como uma instância revisora. Segundo Gilmar Mendes Ferreira e Paulo Gustavo Branco, ao órgão era atribuída a responsabilidade de julgar recursos de juízes e tribunais federais e casos em que fosse questionada a aplicação e validade de lei federal quando questionados pela Justiça estadual (2017, p. 98).

---

<sup>2</sup> Também conhecido como golpe republicano 1889, a proclamação da República se deu através de um golpe de Estado político-militar, ocorrido no dia 15 de novembro de 1889, que instaurou a República como forma de governo e o presidencialismo como sistema de governo, pondo fim à monarquia constitucional em vigor.

Desta feita, após a consolidação da divisão e harmonia entre os poderes no Brasil ao longo dos anos, tem-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que profere em seu artigo 2: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988). Tal repartição caracteriza o Estado de democrático de direito, de forma que o constituinte originário percebeu que, para prosperar uma harmonia na República, era preciso uma separação entre poderes equilibrados e recíprocos, que se regulariam através do sistema de freios e contrapesos.

Nesta lógica, a promoção de uma linguagem democrática por meio da Constituição da República de 1988 termina por conferir formas de revisão e controle de um dos poderes para com os outros, que criam uma dinâmica delicada de atuação entre estes. Sobre o tema, cabe destacar que Luís Roberto Barroso (2009, p. 03), atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, atribui ao episódio de promulgação da Constituição de 1988 como o “ponto culminante” na história de redemocratização do país, pois, nas palavras do Ministro, na carta constitucional de 1988 “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes” (BARROSO, 2009, p. 03).

Esta síntese se prova pertinente à medida que demonstra como a teoria de tripartição dos poderes se fundou e progrediu no Brasil, exemplificando ainda momentos de preponderância de um dos poderes sobre os outros. Partindo desta análise é possível adentrar no atual desenho institucional de tripartição de poderes no Estado democrático constitucional.

Entretanto, é necessário ressaltar que o trabalho monográfico foca, majoritariamente, na dicotomia existente ente os Poderes Legislativo e Judiciário, bem como a hermenêutica constitucional entre seus limites de atuação para com o outro, de forma que serão feitos apenas apontamentos acerca do Poder Executivo, que não é o objeto central da pesquisa. Partindo da análise acerca da composição e competências do Congresso Nacional e do Supremo, que neste estudo são os agentes de peso para representação dos Poderes Legislativo e Judiciário, é possível então compreender se há casos de possível usurpação ou invasão de competências, tema chave do trabalho.



## **1.1 Atribuições legislativas do Congresso Nacional à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**

A análise de composição e funcionamento do Congresso Nacional mostra-se essencial para demonstração do procedimento correto a ser seguido ao oferecer projeto de lei. Apenas a partir da apuração do protocolo devido e suas especificidades é que se torna possível apontar eventuais afrontas ou violações que venham a ser sofridas por outros poderes da República.

O regime de governo instituído na República Federativa do Brasil é a democracia, que, em seu significado essencial, se traduz como governo do povo, o real detentor do poder soberano. De acordo com Montesquieu, a democracia é definida como uma República, cujo povo possui o poder soberano (1996, p. 20).

Considerando tal premissa, tem-se que a Constituição da República de 1988 incorpora tal preceito, proferindo no parágrafo único de seu primeiro artigo: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (BRASIL, 1988). A vontade da maioria é então traduzida por seus representantes eleitos através do voto direto, que ocupam temporariamente o Poder Executivo e Legislativo.

Desta feita, no Brasil a atividade legiferante, em âmbito nacional, é exercida por meio do Congresso Nacional, que funciona por meio de um sistema bicameral, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Suas atribuições encontram-se elencadas no “Título IV – Da Organização dos Poderes”, com foco nos quinze incisos do art. 48, CRFB/88, que dispõe sobre matérias de competência da União, e no art. 49 do mesmo dispositivo constitucional, que enumera suas competências exclusivas. Além disso, cumpre destacar que as competências privativas de cada Casa se encontram, respectivamente, nos art. 51 e 52 da CRFB/88.

A primeira Casa é composta por 513 deputados que são representantes do povo, eleitos através do voto proporcional por cada Estado e pelo Distrito Federal, que exercem seus cargos por quatro anos. O número de Deputados Federais é estabelecido por lei complementar, e deve ser proporcional à população, de forma que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados (BRASIL, 1988). Neste sentido, o Senado Federal é

composto por 81 Senadores, que correspondem a três representantes de cada Estado e do Distrito Federal, eleitos pelo sistema majoritário, com mandato de oito anos. O Congresso Nacional opera através de legislaturas, que possuem duração de quatro anos, como exposto no art. 44, parágrafo único da CRFB/88.

Deste modo, cabe sintetizar que ao Poder Legislativo é atribuída a tarefa de legislar proposições normativas, bem como a fiscalização de atos do Poder Executivo. De forma atípica, o Congresso Nacional deve administrar e julgar crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente e Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado e os Comandantes das Forças Armadas - em crimes conexos com os do chefe do Executivo – os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros dos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da União (BRASIL, 1988).

Nesta lógica, tem-se o processo legislativo, que institui direitos e cria obrigações, e se encontra listado no art. 59 da Constituição de 1988. Este se apoia ao direito fundamental do devido processo legislativo, exposto no art. 5º, II, CRFB/88, que estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Tendo este dispositivo como ponto de partida, é possível verificar que o Congresso Nacional é legitimado ativo para dar início ao processo legislativo, que, segundo Mendes e Branco (2017, p. 803), nada mais é do que um conjunto de atos que uma proposição normativa deve seguir para se tornar uma norma de direito. Este processo começa por meio de uma apresentação de uma proposta de projeto de lei, que seguirá o rito das Casas do Congresso Nacional, observando suas especificidades.

Convém ressaltar apenas que há uma separação entre as iniciativas, podendo estas serem comuns ou reservadas. De acordo com os autores, a iniciativa comum ocorre em proposições normativas que não tenham sido especificamente restritas pelo constituinte originário, ou seja, a proposta do projeto pode ser de iniciada por qualquer membro do Congresso Nacional, pelo Presidente da República, e, ainda, pelo povo, por meio da iniciativa popular, enquanto que na iniciativa reservada são concedidas, excepcionalmente, prerrogativas particulares a determinadas

autoridades e órgãos, que não devem ser ampliados por via interpretativa (MENDES; BRANCO, 2017, p. 803).

O rito do processo legislativo se segue com a votação das Casas sobre a propositura normativa em pauta, obedecendo um *quórum* previamente estabelecido que deverá ser aprovado por uma maioria simples. Assim, cada Casa do Congresso Nacional possui um prazo de quarenta e cinco dias de tramitação do projeto para que este seja incluído na ordem do dia. (BRASIL, 1988). Mendes e Branco (2017) ainda dão importante destaque sobre o fato de não existir aprovação tácita, de forma que o decurso do tempo não acarreta automática aprovação.

Nesta ótica, ressalta-se que a Constituição de 1988 confere ao Presidente da República a faculdade de acelerar o prazo de votação de projetos de sua autoria, caso queira. Esta acaba por ser uma forma democrática de pressão que o Poder Executivo possui sobre o Poder Legislativo.

Como disposto na carta constitucional, o projeto de lei que for aprovado pela Casa iniciadora seguirá para revisão para outra Casa do Congresso que, em apenas um turno, irá discutir e dar seu voto. Caso o Senado decida emendar o projeto, este voltará para Câmara dos Deputados, que terão dez dias para apreciação. Nesse sentido, a Casa que concluir a votação irá enviar o projeto para apreciação do Presidente da República, que poderá sancionar ou vetar, ainda que parcialmente, a propositura normativa (MENDES; BRANCO, 2017, p. 806).

Sobre este aspecto, a sanção consiste na anuência do projeto de lei, que pode ser expressa ou tácita. Na hipótese em que o Presidente da República, dentro do prazo de quinze dias úteis para opor o projeto, não o faça, tem-se uma sanção tácita. Caso o Presidente não concorde com o objeto proposto no projeto, é dado ao chefe do executivo a ferramenta do veto presidencial, uma forma de controle do Executivo perante o Legislativo que, além de ser irretratável, deve ser, nas palavras de Mendes e Branco (2017, p. 807), “fundamentado na inconstitucionalidade do projeto (veto jurídico) ou na contrariedade ao interesse público (veto político)”. O veto pode ser total, abarcando todo projeto de lei, ou poderá ser parcial, que propõe alterar o texto de determinado artigo, parágrafo, inciso ou alínea (BRASIL, 1988).

Entretanto, existem instrumentos normativos que não são submetidos ao veto ou sanção do Presidente da República. Tem-se como exemplos as emendas constitucionais, os decretos legislativos, as resoluções, as leis delegadas e medidas provisórias que foram convertidas em lei (MENDES; BRANCO, 2017, p. 807).

Mostra-se oportuno mencionar que este instrumento não é absoluto, no sentido de que existe a possibilidade de o veto presidencial ser derrubado pelo Congresso Nacional. Tal situação ocorre na eventualidade de discordância entre o Poder Legislativo e Executivo, demonstrando um verdadeiro exercício do sistema de freios e contrapesos.

Desta forma, o Congresso tem a faculdade de rejeitar o veto presidencial para manter a propositura normativa que foi votada pelas Casas do Congresso, seguindo o protocolo determinado pela Constituição da República, exposto no artigo 66, §4º da CRFB/88. Caso o Congresso decida por manter o veto, o projeto de lei é considerado rejeitado e será conseqüentemente arquivado, não podendo ser apreciado um novo projeto de lei com objeto similar na mesma sessão legislativa, exceto se proposto por maioria absoluta da Câmara dos Deputados ou Senado Federal (BRASIL, 1988).

O processo legislativo tem fim com a promulgação do projeto de lei, onde “se atesta a existência da lei, que passou a existir com a sanção ou com a rejeição do veto, e se ordena a sua aplicação” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 807), e esta passa a produzir seus efeitos após a publicação, que respeitará o período inscrito em seu próprio dispositivo.

De forma atípica, vale ressaltar que uma forma de participação do Judiciário no processo legislativo ocorre através da concessão de mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal. Este remédio constitucional visa suprimir a falta de norma regulamentadora, que acaba tornando inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (BRASIL, 1988). Logo, conclui-se que a Constituição de 1988 conferiu ao Judiciário uma forma de provocar o Poder Legislativo, quando este mostra-se inerte à um problema de cunho fundamental, demonstrando, novamente, um exercício do sistema de freios e contrapesos.

Assim, tais ressalvas, além de esclarecer o rito correto que uma propositura normativa deveria seguir, também demonstram exemplos com aplicação prática do sistema de freios e contrapesos, expondo os instrumentos dados pela Constituição da República de 1988 para exercício de intervenção e equilíbrio entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Superada a explicação do rito a ser seguido para propositura de um projeto de lei, cabe então uma discussão acerca do Supremo Tribunal Federal, suas competências gerais e exclusivas, bem como seu papel legal dentro da dinâmica institucional. Partindo desta análise, é possível uma compreensão e avaliação de casos em que este órgão fuja das funções típicas e atípicas conferidas pela Constituição da República de 1988, tema central desta pesquisa.

## **1.2 O Supremo Tribunal Federal e suas competências originárias**

A Constituição da República de 1988 dedica seu Capítulo III ao Poder Judiciário, que lista sua composição nos sete incisos do artigo 92, sendo o primeiro deles o Supremo Tribunal Federal, que se encontra no topo da hierarquia dos tribunais, sendo discorrido a partir da segunda seção do referido capítulo. No artigo 102, é definido precipuamente que a este órgão é imputado a função de guardião da Constituição, e ao longo de seus incisos e alíneas são elencadas suas competências e atribuições (BRASIL, 1988).

Nesta ótica, o art. 101, *caput* e parágrafo único da Constituição de 1988 definem a composição e estruturação do tribunal da alta cúpula do Judiciário, que é composto por onze Ministros, nomeados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal, que são “escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada” (BRASIL, 1988).

Do mesmo modo, também se mostra necessário apontar que o Regimento Interno do STF expõe que este tem sede na Capital da República e sua jurisdição abarca todo território nacional, discorrendo ainda que o tribunal é composto pelo Plenário, por duas Turmas e pelo Presidente e

Vice-Presidente do Tribunal, eleitos pelo Tribunal dentre os Ministros, por um mandato de dois anos. (BRASIL, 2016).

Assim, este desenho institucional, elaborado pela Constituição de 1988, termina por colocar o Supremo no mais alto grau na hierarquia do Judiciário, sendo seu representante mais significativo. Como efeito óbvio, este órgão acaba detendo parcela considerável de participação no modelo tripartite de poderes, sendo um agente de peso no que concerne o equilíbrio e balanceamento da dinâmica institucional no modelo democrático.

Sob o ponto de vista histórico, ressalta-se que, apesar do Supremo Tribunal Federal enquanto órgão da República ter sido resgatado de constituições anteriores, originalmente inaugurado pela Constituição de 1824, seu contexto ocorre perante uma nova ótica. Após o período da ditadura militar-militar iniciada em 1964, tem-se uma urgência de reconstrução de nação à luz de uma democracia, com valores constitucionais consolidados em direitos e garantias fundamentais.

É essencial mencionar que os cargos de ocupados por membros do Poder Judiciário, não apenas do Supremo, mas também dos juízes de primeiro grau e de instância superior, não são cargos eleitos pelo voto popular. Diferentemente do Poder Legislativo, estes cargos são ocupados por meio de concurso público para magistratura<sup>3</sup>, ou seja, os juízes que os ocupam têm o compromisso basilar com a lei em *lato sensu*, não com a vontade popular.

Nesta ótica, o Ministro Luís Roberto Barroso identifica dentro da teoria constitucional a “dificuldade contra majoritária”, que sobrepõe as decisões do Supremo Tribunal Federal – composto por Ministros não eleitos - contra as decisões do Executivo, isto é, do Presidente da República eleito, ou contra eventuais posturas do Congresso Nacional, Casas que foram criadas para representar a vontade do povo. Segundo o autor, isto ocorre, porque o Supremo deve sua fidelidade, acima de qualquer outro, à Constituição, o que constitui a essência do poder de direito,

---

<sup>3</sup> A exceção à regra ocorre através do quinto constitucional, esclarecido a seguir, mas que, ainda, tem como exigência para investidura profissionais de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional.

e considerando que, já que estes ocupam cargos técnicos, seriam imparciais e não estariam imbuídos de uma “vontade política própria” (BARROSO, 2009, p. 10).

Além disso, tais decisões não estariam de fato passando por cima da vontade do povo, ao considerar que tanto o Executivo quanto o Legislativo, apesar de cargos eleitos para traduzir a vontade do povo, são transitórios, e tem um mandato eletivo a cumprir, ao passo que a Constituição - firme, constante e duradoura – foi formulada por um conjunto de decisões concebidas pelo constituinte originário, que também foram representantes do povo, de forma que a carta constitucional ultrapassa vontades de representantes transitórios (BARROSO, 2009, p. 10).

Tal premissa demonstra problemáticas, pois acaba concedendo uma “carta branca” ao Judiciário frente aos outros poderes, tendo como consequência um desbalanceamento do sistema da tripartição de poderes e enfraquecimento dos contrapesos.

Retomando a discussão sobre a composição da Corte, mostra-se oportuno fazer um relato sobre a figura do quinto constitucional, que não se faz presente no Supremo, mas nos demais tribunais da República. No art. 94 da CRFB/88, o constituinte originário buscou promover a integração de membros de notável saber jurídico para compor órgãos do Judiciário de maneira alternativa à prova de magistratura. O artigo mencionado esclarece:

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes (BRASIL, 1988).

Mendes e Branco (2017, p. 854) afirmam que o art. 94 é claro ao restringir a regra para Tribunais Regionais Federais e os Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, não sendo aplicado na composição do Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores, com exceção ao Tribunal Superior do Trabalho.

Ademais, os referidos autores também observam que a Constituição de 1988 confiou ao Poder Judiciário significativa autonomia institucional, garantindo a este uma segura autonomia administrativa e financeira; entretanto, apontam que a própria estrutura administrativa do

Judiciário acabam por limitar sua atuação, tendo em vista que por conta do natural aumento da procura de resolução de conflitos pela via judiciária terminou por aumentar significativamente o tempo médio de uma determinada ação, criando um déficit na eficiência de resposta do Poder Judiciário (MENDES; BRANCO, 2017, p. 851).

Como resultado, o aumento da demanda pelo Judiciário para resolução de conflitos acaba por trazer mais oportunidades de usurpação dos tribunais sobre matérias que deveriam insurgir do Legislativo. Ainda, tem-se que tanto a carta constitucional quanto a Lei nº 9.868/99 evidenciam que as decisões de mérito dadas pelo STF possuem efeitos *erga omnes*, ou seja, são dotadas de eficácia contra todos os órgãos da administração pública direta e indireta. (MENDES; BRANCO, 2017, p.1.211).

Entretanto, destaca-se que, apesar do reconhecimento sobre a inconstitucionalidade de determinada Lei, tal matéria ainda poderá compor o objeto de futura proposição normativa, de forma que afeta pontualmente a atividade legiferante do Congresso Nacional.

Um dos principais pontos abordados na presente pesquisa versa sobre o conflito entre o Poder Judiciário e o Legislativo. Considerando o papel do Supremo como porta voz da Constituição, somado ao “protagonismo midiático”<sup>4</sup> que este tem ocupado, é criado um contexto de tensão com possível usurpação de competências por meio deste órgão que, por ocupar a mais alta cúpula do Judiciário, não se submete a revisões ou significativas formas de controle.

Desta forma, o cenário de um Legislativo inerte em matérias de significativo peso em escala nacional, no que tange, especialmente, direitos fundamentais, combinado com o dever atribuído ao STF de guardião da Constituição e tradutor final de seu texto, terminou por criar condições férteis para o crescimento de um ativismo judicial<sup>5</sup> no Brasil, corrente que será mais explorada no capítulo seguinte. Neste ponto, Luís Roberto Barroso, define precipuamente, que o

---

<sup>4</sup> Ainda que controversa, o papel ativo do Supremo na “vida institucional brasileira” foi colocado nesta pesquisa tendo como base o artigo “Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas”, (BARROSO, 2017, p. 15).

<sup>5</sup> Forte corrente em países de *Common Law*. Seu conceito é pautado em cima da interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo, por meio de interpretações dos atos normativos que destoam do disposto no texto da lei.



conceito do termo se associa “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. (BARROSO, 2009, p. 6).

Entretanto, uma avaliação acerca dos desdobramentos que o ativismo judicial tem como causa e efeito na conjuntura política e social no Brasil serão feitas nos capítulos que se seguem. Inicialmente, como demonstrado, coube apenas esboçar o significado do termo e sua origem, com a finalidade de demonstrar que esta corrente em voga no Brasil tem crescido como uma tendência (BARROSO, 2009, p. 05). Nesse sentido, foi necessário demonstrar como este posicionamento aumenta a distância e a tensão entre os Poderes Legislativo e Judiciário, pois amplia o poder de decisão dos magistrados sobre os representantes eleitos.

Considerando as definições apontadas neste capítulo, que procuram apresentar a origem da tripartição de poderes e como estes se adaptaram à realidade brasileira em sua história constitucional, também foi demonstrado o atual funcionamento e atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário nesta República, à luz da Constituição de 1988. Neste sentido, também foi feito um apontamento sobre possíveis causas que ensejaram uma ampla participação do Judiciário na conjuntura política e legislativa.

Sendo assim, o levantamento de competências do Supremo e do Congresso Nacional à luz da Constituição de 1988 abordados neste capítulo são de suma importância para delimitar a atuação de cada um destes poderes. Somente a partir desta análise torna-se concebível aferir uma possível interferência de um dos poderes sobre o outro.

A análise das premissas apresentadas é essencial para apuração dos desdobramentos que uma decisão judicial provoca na dinâmica institucional do modelo democrático. Assim sendo, resta a questão: se repercute em uma usurpação parcial de competência legislativa do Congresso Nacional por parte Supremo Tribunal Federal, ou se ainda estão dentro dos parâmetros de interferência legítima estabelecidos pela Constituição de 1988.

Desta feita, o próximo capítulo é dedicado ao estudo da relação dicotômica entre o Poder Legislativo e Judiciário, discorrendo sobre os instrumentos legais fornecidas pela Constituição de 1988 como forma de controle de constitucionalidade e as consequências que estas provocam no cenário jurídico em escala nacional.

Ainda, importa ressaltar que a hipótese de pesquisa, ora levantada e desenvolvida ao longo do segundo capítulo, se pauta na discussão entre as previsões alertadas por doutrinas clássicas em conjunto com críticas e análises de contemporâneas que observam a atuação do Supremo. Nesse sentido, a correlação destas discussões é colocada em prática e averiguada no decorrer do terceiro capítulo, por meio de um levantamento de dados, os quais foram coletados no sítio eletrônico do Supremo.

## **CAPÍTULO 2: LIMITES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: LACUNAS CONSTITUCIONAIS E ATIVISMO JUDICIÁRIO**

### **2.1 Tipos de controle judicial de constitucionalidade**

A partir da análise feita no primeiro capítulo, cria-se uma base de parâmetro no que tange ao funcionamento do Poder Legislativo e Judiciário, nos termos da Constituição de 1988. Para além desta, foi necessária uma síntese de como os poderes da República foram implementados e aprimorados desde sua origem, qual seja, o modelo de tripartição de poderes arquitetado por Montesquieu. Assim, considerando estes apontamentos, mostra-se oportuno discorrer acerca dos tipos de controle de constitucionalidade conferidos ao Poder Judiciário pela carta Constitucional, bem como seus desdobramentos políticos e jurídicos na dinâmica institucional do modelo democrático.

Tendo em vista que a Constituição da República possui o *status* de Lei Maior, com força vinculante para os demais órgãos da administração pública direta e indireta, mostra-se imperativo, para o efetivo exercício de sua defesa pelo Poder Público, que esta conferisse ferramentas de controle de constitucionalidade ao Judiciário.

Segundo Mendes e Branco (2017, p. 939), tais formas de controle podem ser divididas quanto ao agente de controle – no caso, quanto ao órgão – em que se tem o controle político, jurisdicional ou misto; quanto à forma de controle, que se subdividem em incidental ou principal; e, ainda, quanto ao momento de controle, podendo este último ser preventivo e repressivo ou sucessivo.

Estes modelos e suas subdivisões advindas de correntes clássicas já foram superados, todavia suas combinações criaram modelos mistos, que carregam partes de ambos, que foram incorporados na doutrina brasileira. Desta feita, o Poder Judiciário, bem como as Cortes Constitucionais, exerce o controle jurisdicional, podendo este ser concentrado, difuso ou misto (MENDES; BRANCO, 2017, p. 940).

O modelo concentrado atribuí aos órgãos superiores ou às cortes constitucionais a tarefa de julgar problemáticas advindas da interpretação constitucional, sendo estes órgãos compostos por membros vitalícios ou com mandato por período generoso. Neste sistema, as decisões têm efeito *ex tunc*, ou seja, a sentença proferida pode retroagir e ser aplicada ao caso concreto que deu origem à ação discutida. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 940).

Em contrapartida, o modelo difuso possui uma abertura ampla para participação e incorporação da vontade popular (MENDES; BRANCO, 2017, p. 941). O maior acesso processual ocorre por meio da figura do *amicus curiae*,<sup>6</sup>, onde este modelo de controle certifica uma obrigação mais estrita ao órgão de julgamento, tendo em vista que a aplicação da lei deve se ater à ordem constitucional.

Por fim, o sistema misto de controle de constitucionalidade se inspira em ambos os modelos, podendo adotar um perfil concentrado ou difuso, a depender do caso concreto. Em situações em que se mostra necessário o reconhecimento de competência de determinado órgão, o direito brasileiro adota o modelo concentrado de controle. Em casos em que, ao decorrer do processo, há o dever de afastar a aplicabilidade de determinado ato normativo, adota-se o modelo difuso de controle de constitucionalidade (MENDES; BRANCO, 2017, p. 941).

O modelo misto adotado pelo direito brasileiro configura gênero no que diz respeito ao controle de constitucionalidade. Assim, importa discorrer, de maneira pontual, acerca dos instrumentos fornecidos pela Constituição de 1988 utilizados pelo Poder Judiciário para concretizar o controle concentrado.

Para além disso, é imperativo uma análise sobre como a carta constitucional acabou propiciando a criação de lacunas normativas que favorecem o contorcionismo interpretativo demasiado, de modo a admitir uma transferência de poder das instâncias políticas eleitas para o Judiciário.

---

<sup>6</sup> Expressão em latim que significa amigo da corte. Tal personagem, que normalmente possui especialidade o assunto discutido, tem o objetivo de auxiliar o curso do julgamento, não participando, necessariamente, da acusação ou defesa. Procura apenas contribuir para o andamento processual e para tomada de decisão mais justa, partindo de uma visão técnica.

### 2.1.1 Ações específicas de controle concentrado de constitucionalidade

Conforme já exposto no item 2.1 deste capítulo, a carta constitucional de 1988 confere um controle de constitucionalidade ao Judiciário, que, quando provocado, submete ao seu julgamento matérias que porventura afrontem à Constituição. Desta forma o STF, como seu guardião, poderá, como respaldado no artigo 102 da CRFB/88, julgar processos objetivos de controle de constitucionalidade, sendo estes a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ADI por omissão (ADO), a ADI interventiva, a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Esta última será um dos principais objetos de estudo nesta pesquisa, merecendo uma análise aprofundada nos subcapítulos que se seguem.

Inicialmente, tem-se a ADC, arrolada no art. 102, I, “a”, da CFRB/88, que declara a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, e todos que podem propô-la encontram-se listados no artigo 103 da carta constitucional. O mesmo dispositivo também enumera os legitimados ativos para propor a ADI que, em contraponto à ADC, tem como finalidade declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, exposta também no art. 102, I, “a”, da CFRB/88. A ADI interventiva foi inicialmente elaborada para hipóteses em que fossem violados os princípios constitucionais sensíveis, os quais proporcionam condições para uma intervenção federal, a qual decorre a partir da combinação do art. 36 e art. 34 do texto constitucional de 1988.

Quanto à ADO, esta encontra-se fundamentada pelos mesmos artigos, diferenciando-se apenas em seus objetivos. A ADI por omissão, comumente chamada por ADO, é destinada para sanar casos em que a administração faltou à determinado direito protegido pela constituição, e se encontra disposta no art. 103, § 2º, da CFRB /88. Com exceção à ADPF, as ações mencionadas estão expressas na Constituição da República, além de estarem amparadas pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que delimita suas especificidades.

A seguir, o presente trabalho passa a se aprofundar na ADPF, e aos desdobramentos que esta ação provoca no contexto judicial e político. Também será necessário explicitar como a ADPF causa uma lacuna constitucional que acaba, de maneira involuntária, colaborando para o

fortalecimento do ativismo judicial<sup>7</sup> no Brasil, e concomitantemente estimulando um desbalanceamento dos contrapesos do modelo de tripartição de poderes, já que transfere poderes do Legislativo para o Judiciário.

### 2.1.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Na Constituição de 1988, a ação de descumprimento de preceito fundamental encontra-se exposta no art. 102, § 1º, da CRFB/88, e os legitimados para sua propositura são os mesmos da ADI que, como já mencionado, encontram-se no art. 103 da CFRB/88. Além da Constituição de 1988, a ADPF também é regulada pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que em seu primeiro artigo determina:

Art. 1. A arguição [*sic*] prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição [*sic*] de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; (BRASIL, 1999).

Considerando os apontamentos e explicações apresentadas sobre as ações de controle de constitucionalidade conferidas pela Constituição de 1988, é possível concluir que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem caráter residual às demais ações do controle concentrado de constitucionalidade, além de abarcar questões relativas ao direito municipal e proposições normativas anteriores à Constituição de 1988. Tal pressuposto acaba por criar precedentes para utilização de ADPFs, ainda que sob uso de um “contorcionismo interpretativo”<sup>8</sup>.

Todavia, tal conceituação constitucional deste mecanismo, por estar incompleta, acaba por trazer alguns problemas imediatos para interpretação e aplicação pelo Poder Judiciário, que se

---

<sup>7</sup> Definição apresentada no item 2.2 deste capítulo.

<sup>8</sup> Um exercício ativo por parte do Judiciário, especificamente utilizado pelo STF, para se utilizar de conceitos abstratos e lacunas constitucionais – neste caso, o significado abrangente de “preceito fundamental” em sede de ADPF, no controle concentrado de constitucionalidade – para usurpação de competências originalmente atribuídas ao Congresso Nacional.

seguem. Vale mencionar que a análise destas problemáticas em conjunto demonstram como a migração de competências do Poder Legislativo para o Judiciário opera.

Em primeiro ponto, o núcleo de sua premissa, como mencionado acima, é aplicado quando para “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental”, que é um conceito não expressamente definido nem pela Constituição de 1988, de forma abrangente, nem pela Lei nº 9.882/99, de maneira específica. Tal falta de conceituação traz a óbvia problemática de que, na prática, sejam abarcados demasiados significados ao termo. Sobre isto, Mendes e Branco (2017, p. 1.009) afirmam que seria necessário um pronunciamento do próprio Supremo acerca do alcance do termo “preceito fundamental”, e que, até que tal fenômeno ocorra, a sociedade fica à dependência da vontade e opinião de um Judiciário com uma visão ora ampla ora restritiva da carta constitucional.

Ainda neste ponto, é necessário ressaltar que a falta de delimitação do conceito “preceito fundamental” foi preliminarmente tratada pelo STF, por meio da ADPF 01/RJ, julgada em 2000. Em seu voto, o relator Ministro Néri da Silveira se utiliza da obra “A Constituição de 1988, contribuição crítica” (1991, p. 157), do Ministro Oscar Dias Corrêa, como base de fundamentação, que expõe, *in verbis*:

Cabe exclusivamente e soberanamente ao STF conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque promulgado o texto constitucional é ele o único, soberano e definitivo intérprete, fixando quais são os preceitos fundamentais, obediente a um único parâmetro – a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo. Está na sua discricção indicá-los. (BRASIL, 2000).

Este posicionamento compõe a essência da problemática enfrentada no cerne deste trabalho, onde há um exercício de um contorcionismo interpretativo que busca maximizar o alcance do termo “preceito fundamental”. Entretanto, apesar da falta de uma definição legal, a doutrina trata do tema procurando um consenso e auxiliando operadores do direito. Entre estes, é necessário destacar a obra “Curso de direito constitucional”, de Bernardo Gonçalves Fernandes, onde o autor inicia a discussão da matéria elucidando que perduram duas correntes, as quais divergem sobre a existência do conceito.

Sobre isto, destaca-se que a primeira corrente é minoritária, seguindo o entendimento de que a Constituição como um todo é um preceito fundamental por excelência. Enquanto isto, a

segunda adota a linha de que, ainda que a Constituição se encontre no topo do ordenamento jurídico, possui em sua redação preceitos fundamentais que se diferenciam de outras normas constitucionais, posicionamento adotado pelo Supremo (FERNANDES, 2020, p. 1.946).

Convém ressaltar que o posicionamento adotado por Barroso (2016, p. 191) está alinhado com a segunda corrente mencionada. Em seu livro “O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência”, o Ministro trata sobre a matéria, apontando os conjuntos de normas que devem ser compreendidos como preceitos fundamentais. Entre eles, destaca os primeiros quatro artigos da CRFB/88, os direitos fundamentais, dentre estes, os individuais, coletivos, políticos e sociais, as cláusulas pétreas e as que delas decorrem diretamente e, por fim, os princípios constitucionais sensíveis<sup>9</sup> (BARROSO, 2016, p. 191).

Neste sentido, Barroso (2016, p. 192) também faz uma ressalta, alertando que sua abrangência poderia acarretar uma banalização do mecanismo, e então enuncia parâmetros para sua utilização. Em primeiro ponto, estabelece que a suposta ameaça a lesão de descumprimento de preceito fundamental deve ser “real e direta”, de forma que não baste a mera invocação da ação em sentido abrangente.

Nesta sequência, outra questão que merece ser considerada é que a controvérsia legal não pode estar sujeita a discussões de casos concretos que estão sob a jurisdição de cortes de primeiro e segundo grau, de forma que ao STF cabe apreciação em sede de recurso extraordinário, que não admite revisão de provas. Por fim, o Ministro reconhece que a violação a preceito fundamental alegada seja direta, que esteja em conformidade com a redação constitucional e com a interpretação da ordem infraconstitucional e do sistema legal em si (BARROSO, 2016, p.195).

Ainda que o posicionamento adotado pelo Ministro procure demarcar a polêmica temática, percebe-se que há em sua doutrina uma preocupação sobre a pretensão de se utilizar a ADPF para resolução de conflitos que na verdade deveriam ser tratados por instâncias inferiores, e não pelo

---

<sup>9</sup> Segundo Barroso (2016, p. 816) são aquelas que poderiam justificar intervenção federal. Encontram-se no art. 34, VII da CRFB/88.



STF. Apesar de tal receio ser válido, não satisfaz o fator principal da problemática, tendo em vista que os parâmetros discutidos anteriormente não são pacificados, como também não são necessariamente aplicados pelo órgão, como será demonstrado nos casos concretos analisados no capítulo a seguir.

Portanto, tendo em vista que a Constituição de 1988 e a Lei nº 9.882/1999 não precisaram uma definição expressa do que se entende por preceito fundamental, doutrinadores se esforçam para chegar em um terreno comum de conformidade. De acordo com Fernandes (2020, p. 1.947):

[...] os preceitos fundamentais são entendidos como aquelas normas materialmente constitucionais que fazem parte da Constituição formal. Ou seja, devem ser compreendidos como o núcleo ideológico constitutivo do Estado e da sociedade presente na Constituição formal. Em síntese, definimo-los como sendo as matérias típicas fundantes do Estado e da sociedade alocadas na Constituição.

Assim, considerando que as normas materialmente constitucionais não foram fixamente estabelecidas, operadores do direito se apoiam na jurisprudência do STF, que ao longo dos anos constrói um rol de seus entendimentos, como mencionado anteriormente. Fernandes (2020, p. 1.947) observa que, ainda que não seja pacificado, a locução preceito fundamental é uma organização de conceituação abstrata adotada pelo Poder Judiciário. Entretanto, sua abstração não supre de forma satisfatória a demanda jurídica que cerca esta problemática.

Outra questão que merece destaque envolve o fato de a ADPF possuir, essencialmente, um caráter residual às demais ações. Assim, quando não for cabível outra ação do controle concentrado, tem-se a opção de se utilizar a ADPF como último recurso para tratar de qualquer temática que porventura venha a ofender o texto constitucional. Considerando que a Constituição de 1988 possui 250 artigos, sua extensão e seu caráter analítico, que abarcam os mais diversos temas, implicam uma gama ampla de possibilidades para ajuizamento de novas ADPFs. Inclusive, esta realidade demonstra o receio que Barroso alerta sobre a banalização do mecanismo (BARROSO, 2016, p.192).

Ainda nesta ótica, outro apontamento necessário é a insegurança jurídica gerada por interpretações variadas da carta constitucional. Evidentemente, uma decisão advinda de uma

interpretação deveras divergente do texto normativo traz como consequência lógica uma incerteza e imprevisibilidade na aplicação de normas constitucionais por operadores do direito.

Sobre o tema, mesmo sobre o pretexto de acompanhar leituras sociais, em regra sobre direitos fundamentais, o Supremo acaba se aproximando mais de países de *Common Law*, se afastando de seu próprio sistema jurídico. Em tese, o ordenamento jurídico e as instituições que o compõe deveriam se atear ao dispositivo normativo como fora concebido pelo Constituinte Originário em 1988, que é um representante legítimo da vontade popular.

Assim, tais problemáticas somadas trazem como resultado um cenário delicado no tocante a hermenêutica constitucional e à dinâmica pendular<sup>10</sup> entre o Poder Legislativo e o Judiciário, qual seja, entre o STF e os representantes eleitos. É necessário, portanto, uma análise de casos em que as controvérsias apresentadas acarretam potenciais excessos interpretativos, dando como exemplo eventos de possível usurpação de competência.

## **2.2 Interferência legítima: sistema de freios e contrapesos (*check and balances*)**

Como apontado no capítulo anterior, é preciso considerar que quando a teoria de tripartição de poderes foi originalmente elaborada por Montesquieu, sua intenção era, essencialmente, evitar que houvesse uma concentração de poderes nas mãos de uma só figura ou órgão, reforçando que o Legislativo, Executivo e Judiciário deveriam atuar em equilíbrio e harmonia, de forma que se regulassem.

Ainda que Montesquieu não tenha colocado nestes termos, criou um esboço do que seria o sistema de freios e contrapesos, pois apenas partindo de um balanceamento na dinâmica entre os poderes do Estado, seria possível conceber um equilíbrio com interferências legítimas<sup>11</sup>. Apesar do reconhecimento acerca da denominação do termo não seja completamente pacificada, sua autoria é atribuída ao Barão Bolingbroke que, na Inglaterra, durante o século XVIII, desenvolveu

---

<sup>10</sup> Termo que será desenvolvido no capítulo seguinte.

<sup>11</sup> Interferências que estão de acordo com as previsões conferidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como por exemplo, as que justificam intervenção federal, no art. 34, VII da CRFB/88.

e aprimorou a teoria de separação de poderes, que ao longo dos anos sofreu mudanças até chegar no que se conhece atualmente como técnica de *checks and balances*.

Vale ressaltar que Montesquieu afirma a tese de regulação do poder pelo poder, onde somente o próprio poder seria capaz se frear, à medida que estes são essencialmente legítimos para tanto, desde que não ultrapassem suas prerrogativas originárias. Nesse sentido, o autor francês tinha o objetivo de impedir a concentração de poderes nas mãos de apenas um indivíduo ou em um mesmo corpo de magistratura.

À título de exemplo, o autor elucida que no poder de julgar, caso a figura do juiz se confundisse com os outros, tudo estaria perdido, pois, “Se estivesse ao Poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse unido ao Poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.” (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

Nesta ótica, a preocupação de Montesquieu sobre a confusão do Judiciário sobre outros poderes se demonstra razoável, não apenas porque este almejava evitar um monopólio, mas para, na medida do possível, contornar a invasão de competências. Assim, considerando que a teoria de tripartição de poderes originalmente elaborada por Montesquieu foi utilizada como base na formação de Estados modernos, inclusive o Brasil, vê-se que estes receios foram parcialmente concretizados.

Após as mudanças sofridas ao STF à luz da Constituição de 1988, conclui-se que a operação deste órgão remete ao alerta originalmente previsto por Montesquieu, pois confronta, em última *ratio*, a soberania popular, o que acaba colocando o compromisso do STF à Constituição de 1988 acima dos representantes eleitos, que defendem a “vontade do povo”.

No que tange a falta de delimitação e conseqüente confusão entre os poderes do Estado, esta questão também se fazia presente por outro autor do século XVIII, Jean Jacques Rousseau, que em sua obra “Do Contrato Social” defende a importância da participação popular por meio de representantes eleitos, expondo:

No instante em que o povo está legitimamente junto em corpo soberano, toda jurisdição do governo cessa, suspende-se o Poder Executivo, e a pessoa do último cidadão é tão sagrada e inviolável como a do primeiro magistrado, porque onde se acha o representado cessa de existir o representante (2011, p. 84).

Desta feita, é possível concluir que ambos os autores iluministas<sup>12</sup> já receavam que estas questões poderiam se apresentar na formação e consolidação de Estados modernos. Importa destacar que apesar de se perceber uma preocupação de doutrinas clássicas sobre uma possível usurpação de competências por meio do Judiciário, os pais fundadores dos Estados Unidos da América apostam em um sentido oposto. Na obra “The Federalist”, Hamilton, Jay e Madison (1787) entendem que a supremacia do Poder Judiciário deveria estar constitucionalmente garantida, tendo em vista que seriam os juízes da Suprema Corte que iriam decidir sobre controvérsias que chegassem até eles.

Inclusive, uma das discussões sobre formas de confusão entre poderes e sobre possíveis invasões de competência no Brasil tem origem nesta forte participação de magistrados estadunidense. Como mencionado neste capítulo, uma crescente tendência denominada ativismo judicial, que trata justamente na participação significativa de juízes em pautas de importância nacional.

Para demonstrar a evolução desta corrente nos Estados Unidos da América, Barroso (2009) faz um levantamento histórico sobre a mudança de entendimento acerca da segregação racial ao longo dos anos. Em 1857, a Suprema Corte era firme em sua natureza conservadora, tanto que o posicionamento sobre a segregação racial encontrou amparo jurídico em casos como em *Dred Scott v. Sandford*. Todavia, na década de 1950 houve uma mudança de entendimento na Corte, e por meio de posturas mais progressistas, em foi possível conceber decisões que mudaram o paradigma de tratamento em matéria racial no país, em que estas promoveram garantias de direitos fundamentais civis mais amplos, como em *Brown v. Board of Education* em 1954 (BARROSO, 2009, p. 07).

---

<sup>12</sup> O movimento iluminista ocorreu durante o século XVIII, e foi uma corrente seguida por filósofos e intelectuais da época que buscavam prover mudanças sociais, políticas e econômicas, com o fortalecimento e disseminação do conhecimento através da razão, em detrimento de dogmas religiosos.

Sob esta ótica, Barroso (2009, p. 04) entende que, no Brasil, as causas que levaram à uma participação mais ativa do Judiciário no bojo das demandas de resolução de conflitos, especialmente, naqueles de maior repercussão política e social, se dá por conta de uma “judicialização”. O autor explica que o termo adveio de uma forte redemocratização que ocorreu no país em 1988, somada à uma constitucionalização abrangente, considerando que a carta constitucional é analítica e adentra em suas matérias e, ainda, por conta da amplitude e abrangência que foi conferida ao controle judicial de constitucionalidade brasileiro.

Tais fatores em conjunto acabam por criar esta tendência que, segundo o autor, formam um contexto social e político onde a judicialização e o ativismo judicial caminham juntos, apesar de terem origem distintas. Neste ponto, discorre que a primeira seria uma consequência das circunstâncias geradas pela própria Constituição de 1988, enquanto o segundo seria um exercício ativo das vontades dos magistrados, por meio de interpretação e consequente mutação constitucional<sup>13</sup> que altera o sentido do texto normativo.

Neste tema, convém ressaltar que como o ativismo judicial teve sua origem no direito estadunidense, um país cujo sistema jurídico advém da *Common Law* (BARROSO, 2009, p. 06), sua segurança jurídica advém de uma jurisprudência pacificada sobre determinada matéria. Teoricamente, estas mudanças acompanhariam às mudanças da sociedade, podendo atender demandas que ainda não chegaram ao Legislativo.

O contraponto do ativismo judicial seria, segundo Barroso (2009, p. 07 e 2017 p.13), a autocontenção judicial que, em um movimento oposto, buscaria promover um exercício de contenção do Judiciário em ações que interferem na iniciativa de outros poderes. Neste critério, o aplicador do direito teria mais cautela em matérias de iniciativa do Legislativo e se atentaria com afinco à definição exposta no dispositivo legal.

---

<sup>13</sup> Fenômeno que altera o sentido do texto constitucional através de uma via interpretativa, sem alterar sua redação. Assim, é uma alteração informal da Constituição, tendo em vista que a alteração de seu conteúdo não segue o devido protocolo legislativo.

No que tange a diferença entre as duas correntes, é necessário, primeiramente, apontar que o ativismo judicial seria um exercício ativo, enquanto a autocontenção partiria de uma inércia, isto é, de uma posição neutra. Barroso (2009, p. 07) ainda aponta que, na verdade, o principal ponto que diferencia as correntes se pauta no fato de que o ativismo possui o *animus* de aproveitar todo potencial oferecido pela Constituição de 1988, ao passo que a autocontenção pratica uma interpretação restrita da Constituição, em prol da iniciativa de instâncias políticas.

O desdobramento que se mostra pertinente para a discussão é sobre como o crescente ativismo judicial<sup>14</sup> no Brasil termina por aumentar o protagonismo do Judiciário, especialmente dos Ministros da Corte superior de direito. Em seu artigo, Barroso (2009, p. 02) defende que “a possibilidade de assistir onze pessoas bem preparadas e bem intencionadas decidindo questões nacionais é uma boa imagem. A visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia”.

Ainda que tal posicionamento defendido por Barroso tenha sido retirado de um artigo elaborado em 2009, cabe mencionar seu trabalho mais atual, “Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas”, de 2017. Neste, mesmo ainda promovendo uma defesa ativa do ativismo judicial, adota um tom mais ponderado sobre cortes constitucionais, as quais devem “funcionar como uma etapa da interlocução mais ampla com o legislador e com a esfera pública, sem suprimir ou oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade” (BARROSO, 2017, p. 49).

Mesmo assim, ainda é necessário considerar que, apesar de o Supremo Tribunal Federal ser, de fato, a mais alta Corte do Judiciário - por consequência, a mais bem preparada para tratar matérias que porventura venham a afrontar à Constituição, tendo suas sentenças efeitos *erga omnes* - os Ministros que a compõe ainda são agentes dotados de opiniões políticas e questões éticas. Ainda que providos de notório saber jurídico e reputação ilibada, são seres políticos em essência, suscetíveis ao exercício de ativismo e às suas próprias valorações morais.

---

<sup>14</sup> Sobre o tema, entre outros, consultar Barroso (2018), Diógenes e Espíndola (2019) e Lacombe (2017).

Desta forma, o crescimento desta tendência acaba alimentando uma hiperjudicialização<sup>15</sup> de pautas sensíveis à dinâmica nacional, promovendo uma migração de tópicos políticos que deveriam integrar proposituras normativas para o Judiciário. Sobre este ponto, importa discorrer o posicionamento de alguns autores contemporâneos sobre a matéria, já que estes apontam como estas problemáticas, que já haviam sido previstas no passado por autores iluministas, ocorreram em sociedades modernas no mundo e, especialmente, no Brasil a partir da Constituição de 1988.

Dentre eles, destaca-se preliminarmente o artigo “Do Juiz herói ao Tribunal democrático”, de Beatriz Nunes Diógenes e Diane Espíndola, o qual argumenta que a hipótese de ampla participação do STF deve ser tratada com atenção. No trabalho mencionado, as autoras adotam a ideia de que “a atuação do Poder Judiciário não deve ser marcada pelo decisionismo disfarçado de ordem de valores, nem tampouco deve atuar como legislador moral e nem permitir a ausência de vinculação ao padrão normativo” (DIÓGENES; ESPÍNDOLA, 2019, p. 01).

Neste aspecto, importa discorrer sobre o fenômeno da judicialização da política<sup>16</sup>, que se encontra mais calcada em instrumentos processuais. Em primeiro ponto, este difere do ativismo judicial por ser um fenômeno espontâneo, não tendo como premissa a movimentação voluntária por parte dos magistrados.

Desta feita, cientista político canadense Ran Hirschl, em seu artigo “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo”, conceitua a judicialização, precipuamente, como a migração de representantes eleitos, o Poder Legislativo, para o Judiciário. O cientista ainda afirma que tal recurso tem sido utilizado por tribunais superiores de regimes democráticos para suprir controvérsias judiciais que tocam temas políticos, direitos fundamentais e dilemas morais (HIRSCHL, 2009, p. 02).

Assim, Hirschl (2009, p. 03) também esclarece que a judicialização abrange três sub processos que se correlacionam, sendo o primeiro encontrado na disseminação de discursos

---

<sup>15</sup> Em seu conceito quantitativo, exprime a ideia de significativo aumento de demandas judiciais, com número elevado de processos pelo país; qualitativamente, ocorre pelo crescimento de ações que chegam ao crivo do Supremo Tribunal Federal.

<sup>16</sup> Segundo Ran Hirschl é a “transferência de poder de instituições representativas para tribunais”.

jurídicos, o segundo na elaboração de políticas públicas e, por fim, na por meio da política pura. No primeiro sentido, explica que aspectos do cotidiano e problemas habituais que antes seriam resolvidos de maneira informal, agora são verdadeiros litígios levados para o Judiciário para resolução de conflito. Segundo o autor, isto ocorre por conta do discurso legal implementado socialmente, através da popularização de jargões jurídicos, combinado com a expansão do estado de bem-estar social moderno.

Além disso, alega que em sociedades mais primitivas, onde havia um menor contingente populacional, havia uma divisão de trabalho menos nítida, com vínculos sociais mais fortes. Todavia, por conta da modernização social, esta relação se inverteu, com um consequente enfraquecimento das relações formais, que se correlacionam menos, mas operam em uma divisão de tarefas bem delimitada. Este enfraquecimento das relações sociais criou a necessidade da figura do advogado, que trabalha em negociações contratuais complexas entre indivíduos da sociedade moderna<sup>17</sup>.

Em segundo ponto, Hirschl (2009, p. 05) aceita que a implantação de políticas públicas está diretamente atrelada à expansão de competência dos tribunais, já que estas se firmam através de decisões sobre direitos constitucionais e, principalmente, sobre o limite de atuação entre órgãos do Estado. Além disso, estas decisões reforçam a proteção constitucional de direitos individuais, que estão constantemente sujeitos à força governamental, de maneira que fazem uma demarcação mais limitada e precisa entre os poderes.

O autor ainda afirma que, apesar da força da positivação do texto constitucional para garantia dos direitos fundamentais, esta seria insuficiente, na medida em que se mostra essencial que haja em conjunto um aparato institucional de suporte. Este apoio se daria por meio de “advogados, faculdades de direito, agências governamentais executivas e serviços de assistência jurídica que promovam esses direitos” (HIRSCHL, 2009, p. 06).

---

<sup>17</sup> Esta linha argumentativa adotada por Hirschl tem influência do sociólogo francês Emile Durkheim (1964), que já fazia ressalvas sobre a evolução das relações pessoais e profissionais.



Por fim, Hirschl (2009, p. 08) define a terceira classe de judicialização da política, também denominada como política pura, como aquela em que traz o envolvimento de magistrados na megapolítica, interferindo em questões polêmicas que atingem o corpo social em larga escala. Sob esta ótica, o autor dá como exemplo a presença do Judiciário no processo eleitoral, na supervisão de prerrogativas do Poder Executivo, e em controvérsias sobre formação e consolidação da sociedade, pautas que são apoiadas, muitas vezes, por agentes eleitos.

A judicialização de pautas essencialmente políticas vai além das competências instituídas pela Constituição vigente. Ainda neste ponto, o autor discutido defende que estas discussões deviam ser, a princípio, contempladas ou colocadas sob o crivo da própria população através de seus representantes, que foram colocados no Poder Legislativo por meio do voto (HIRSCHL, 2009, p. 09). Entretanto, importa destacar que o Hirschl (2009, p. 28) segue o entendimento de que esta transferência de Poder do Legislativo para o Judiciário não seria possível sem um suporte de agentes políticos influentes, que acabam corroborando com este posicionamento de migração de competências.

Assim, ao longo de sua tese, Hirschl faz ressalvas sobre a interferência do Poder Judiciário em diferentes áreas de organização Estatal que não estão diretamente ligadas com sua competência natural de julgar, já ressaltando que sua participação em pautas essencialmente políticas vai em desencontro com representantes democraticamente eleitos pelo povo. Desta feita, esta migração de poderes será demonstrada no capítulo que se segue, através de uma análise de dados quantitativos e as repercussões políticas e sociais que estes acarretam.

Entretanto, antes de adentrar neste mérito, faz-se necessário comentar a linha argumentativa adotada por outra autora contemporânea. Em seu artigo “Judiciário como Superego da Sociedade – Sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã”, a professora alemã Ingeborg Maus vai além do papel originalmente atribuído ao Judiciário, e discorre como sua relação dentro da dinâmica social pode criar uma dependência de uma figura legalmente forte para interpretação final de dispositivos legais. Nesse sentido, a professora expõe:

O fato de o domínio da lei ter sido confundido com a soberania do povo (conceito ainda mais restringido por meio de limitações ao direito de votar e ser votado) transformou a

ideia de domínio em auto legislação. A vinculação estrita à legislação do aparelho judicial do Estado (e do Executivo), ressaltada através do inquestionável primado do Legislativo sobre os demais poderes do Estado no modelo clássico de separação de poderes, tinha o sentido exclusivo de submeter este aparato à vontade legislativa do povo (2016, p. 06).

Apesar de partir de uma análise do governo alemão, percebe-se que há uma preocupação acerca da sobreposição do Poder Judiciário sobre o Legislativo. Assim, por serem detentores finais do poder de interpretação, é necessário que as cortes se atenham à letra da lei em sua máxima expressão (MAUS, 2016, p.05). Percebe-se que ao logo de sua tese a professora demonstra uma preocupação dos tribunais não estarem restritos àqueles que detém a interpretação normativa final, mas também, terminem se tornando guardiões da moral pública (MAUS, 2016, p.07).

Logo, o avanço de cortes jurídicas como ditadores da moralidade concentra poderes ainda maiores ao Judiciário, que ao inserir seus valores morais na jurisprudência fortifica sua própria legitimidade e se imune de eventuais críticas populares e doutrinárias. Ainda, por dotarem de interpretação legítima da Constituição em sede de controle concentrado, poderiam até mesmo se colocar à frente dela, rompendo com os parâmetros constitucionalmente estabelecidos (MAUS, 2016, p. 09).

Neste sentido, cortes constitucionais poderiam se utilizar da redação constitucional e de sua competência originária para ir além de seu alcance originalmente estabelecido, possibilitando a usurpação de competência de outros poderes. Além disso, submete a atuação do Legislativo e Executivo a seu próprio crivo, já que os atos destes demais poderes devem estar de acordo com a Constituição vigente, interpretada, em última instância, pelo Judiciário (MAUS, 2016, p. 09).

Desta feita, as análises feitas por Ingeborg Maus sobre a dinâmica de cortes constitucionais, que exercessem controle de constitucionalidade, na Alemanha trazem contribuições necessárias para a problemática ora trabalhada. Partindo da projeção feita sobre o alcance do Poder Judiciário, é possível tomar como posicionamento para vedar este crescimento de competência excessivo, um balanço mais equilibrado entre poderes, especialmente, do Legislativo, que tem como premissa de atuação representar a vontade do povo, seguindo o protocolo constitucional elaborado para propor projetos de lei.

Em verdade, o rito processual a ser seguido para propositura de lei federal é um ato político, de forma deve ser discutida, estudada e aperfeiçoada, o que naturalmente demanda um período prolongado de debate entre as Casas legislativas. Nesse sentido, também é necessário considerar que uma mudança de perfil do Congresso Nacional - que hoje apresenta um perfil resistente em proposições de projeto de lei com pautas mais progressistas - está essencialmente atrelado à época eleitoral, subornada ao período quadriênio, tendo em vista que somente pós Senadores e Deputados Federais serem empossados e passarem a exercer suas funções dentro do Poder Legislativo, irão propor projetos de lei que versem sobre direitos sociais.

Desta forma, ainda que o julgamento de ADPFs também demande longo período para discussão e apreciação da matéria entre os Ministros do Supremo, esta ação do controle concentrado de constitucionalidade acaba driblando o protocolo estabelecido constitucionalmente. Assim, para que os membros que compõe o Congresso Nacional sustentem e apoiem a promulgação de projetos de lei de caráter progressivo, é necessário obedecer às regras estipuladas pela CRFB/88, que estipula tal mudança pela via eleitoral democrática.

Não seria possível mensurar em um trabalho monográfico a perda social advinda da falta de iniciativa do Congresso Nacional em pautas coletivas que versam sobre direitos individuais, tendo em vista que seu quadro atual muitas vezes se mostra inerte nestas matérias. Entretanto, a Constituição da República de 1988 estabeleceu um protocolo a ser seguido em proposições normativas, de forma que esta transferência de atribuições do Poder Legislativo para o Judiciário termina por burlar este processo, originalmente atribuído ao Congresso Nacional.

Ao se utilizar de ações do controle concentrado, especialmente ADPFs, o STF pratica uma usurpação de competências por meio de um contorcionismo interpretativo<sup>18</sup>. Este exercício ativo e consciente termina por afrontar não somente o texto constitucional, mas o Estado democrático de direito, já que ofende o art. 2 da CRFB/88, que separa os poderes da União entre Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

---

<sup>18</sup> Conceito definido anteriormente, no item 2.2 do segundo capítulo.

Assim, de uma forma ou de outra, é possível concluir que, apesar de adotarem posicionamentos distintos, todos os conceitos e ressalvas abordadas pela doutrina clássicas e contemporâneas neste capítulo possuem certa cautela ao tratarem sobre a migração de poderes do Legislativo para o Judiciário. Além disto, ao tentarem definir a terminologia de preceito fundamental, apontam o caráter político que seu significado abarca.

De fato, a falta de delimitação deste conceito chave exemplifica a problemática central ora trabalhada, qual seja, a migração de poderes democraticamente eleitos para o Supremo Tribunal Federal, pois corrobora para que certas pautas, originalmente do escopo do Poder Legislativo da União, possam ser objeto de reforma por meio do exercício do controle concentrado de constitucionalidade, em sede de ADPF. Desta feita, o próximo capítulo procura demonstrar, através de dados quantitativos, como o Supremo Tribunal Federal se utiliza da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para driblar a atividade típica de legislar atribuída ao Congresso Nacional.

### **CAPÍTULO 3: O AUMENTO DAS ADPFS E O ESTÍMULO À ATUAÇÃO DO STF PARA ALÉM DE SUA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA**

#### **3.1 Aplicação prática a partir de Hirschl**

Tendo como base a leitura de Hirschl (2009) acerca da judicialização, que divide a atuação do Poder Judiciário para além de suas competências originárias em três sub processos, torna-se possível desenvolver uma análise sobre como o conceito do cientista político canadense se desenvolveu dentro do papel do Supremo Tribunal Federal e como este obteve um consequente protagonismo político social. Aliás, considerando o aumento da tendência do ativismo judicial, mostra-se oportuno demonstrar como este órgão vem se utilizando cada vez mais de arguições de descumprimento de preceito fundamental para exercer este papel ativo em temáticas nacionalmente significativas.

Faz-se necessário apontar que o Barroso (2017, p. 10) argumenta que esta judicialização se torna possível tendo em mente dois fatores decisivos. O primeiro deles ocorre a partir da forma que foi estipulado o desenho institucional do Estado democrático brasileiro, onde a abertura para maior atuação do Poder Judiciário, em específico, de cortes constitucionais, se torna concebível partindo das previsões dadas pela Constituição da República de 1988, que é generosa em sua abrangência de temas.

Em segundo ponto, esta configuração analítica da redação constitucional, além de ser suscetível a interpretações em diferentes matérias, também faz uma defesa explícita da importância de atuação de cortes constitucionais para garantir o Estado democrático e promover o acesso à justiça, posicionamento imprescindível de uma Constituição cidadã.

Entretanto, estas condições originadas a partir da Constituição de 1988, em específico sua abrangência, criaram, de forma involuntária, a dinâmica de atuação entre os poderes, de forma que a falta de delimitação legal precisa de determinados conceitos, ora discutidos no presente trabalho, faz com que não exista um critério objetivo para aferir se existe de fato uma interferência do Judiciário em outros poderes da República. Assim, resta à doutrina apontar eventuais excessos.

Todavia, caso este limite de atuação porventura venha a ser ultrapassado, estas decisões estarão sujeitas a críticas, mas não a revisões, já que o Supremo é o órgão superior da justiça.

Paralelamente à judicialização, também é imperativo considerar o papel do ativismo judicial, tendência analisada no capítulo anterior. Como mencionado, Barroso (2017) se apoia em parte da reflexão abordada por Hirschl ao realizar uma leitura atual sobre os papéis de cortes constitucionais no Estado democrático de direito, de forma a embasar o fenômeno da judicialização e o ativismo judicial.

Ao comentar sobre suas diferenças, explica que enquanto o primeiro é uma consequência da forma como o desenho institucional foi produzido, enquanto o segundo envolve uma atitude proativa de interpretação do texto constitucional (2017, p. 12). Assim, ainda defende o posicionamento ativista, com um esforço voltado à demonstração de que este não teria, necessariamente, uma carga ideológica ou partidarizada, instaurada em “situações de retração do Poder Legislativo” que ocorrem “pela necessidade de certos avanços sociais que não se consigam fazer por via da política majoritária” (BARROSO, 2017, p. 13).

Logo, uma das conclusões levantadas pelo Ministro (BARROSO, 2017, p. 13) seria que o ativismo produz um comportamento do Judiciário que pode ser visto por óticas opostas, de forma que teria uma conotação positiva quando se propõe a temáticas de proteção de direitos individuais em grupo socialmente minoritários e vulneráveis, e uma implicação negativa quando utilizada por um magistrado com um propósito de auto valoração moral ou político. Ademais, considera que este exercício ativista, que expande a interpretação do texto constitucional, parte de uma inércia do Legislativo que impede o avanço de demandas sociais que não teriam expressão política suficiente para se firmar no contexto eleitoral majoritário.

Entretanto, acerca do papel da judicialização e do ativismo enquanto fatores de promoção de direitos fundamentais em grupos de minoria social, é preciso acrescentar uma ressalva, inclusive, levantada por Barroso (2017). Ainda que estes processos facilitem o debate social pela via jurídica, deve-se se considerar, em primeiro ponto, que o acesso à justiça não é plural e diversificado, ainda que existam institutos e órgão de função essencial que auxiliam esta

finalidade. Tal fato ocorre por conta dos ritos processuais e custos financeiros que estes processos podem acarretar, e que, nas palavras de Barroso “oferece risco de politização indevida da justiça” (2017, p. 15), tendo em vista que é um campo restrito aos que possuem os meios de chegar até lá.

Neste contexto, o Ministro também se utiliza das fundamentações dos Federalistas estadunidenses para defesa do poder de supremas cortes contra a vontade dos representantes eleitos, colocando as altas cúpulas do Poder Judiciário “o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias”<sup>19</sup> (BARROSO, 2017, p. 28). Assim, Barroso (2017) conclui que o papel das cortes seria, justamente, de aplicar essa atuação “contramajoritária” em defesa do Estado democrático de direitos e suas normas fundamentais.

Este paralelo entre 2009 e 2017 demonstra semelhanças opinativas do Ministro Barroso nestas temáticas, ao ponto que reforça a problemática de possíveis interferências do STF fora de sua competência originária. Além disto, destaca-se que a Suprema Corte é reconhecida enquanto agente do “contramajoritarismo”, que invalida poderes democraticamente eleitos em virtude de demandas sociais que sofrem por conta da inércia política (BARROSO, 2018 p. 48). Logo, tal análise expõe o crescente risco de hiperjudicialização de pautas significativas que chegam ao Judiciário, atendendo a parcela populacional que possui os meios necessário para acessar o STF.

Assim, a partir desta colocação, ressalta-se o risco de migração de pautas políticas originalmente advindas do Legislativo para as cortes, apontado Hirschl (2009, p. 08) na política pura, terceira classe de judicialização demonstrada em sua tese. Ao fazer ressalvas sobre a interferência do Poder Judiciário em diferentes áreas de organização Estatal que não estão diretamente ligadas com sua competência natural de julgar, Hirschl ressalta que a participação de cortes judiciais em pautas essencialmente políticas vai em desencontro com representantes democraticamente eleitos pelo povo.

Nesta ótica, a presença considerável de magistrados na megapolítica, interferindo em questões polêmicas que atingem o corpo social em larga escala, prevista pelo cientista político

---

<sup>19</sup> Barroso se utiliza desta expressão tendo como base a obra “On Liberty” de John Stuart Mill, 1874, p. 13: “A tirania da maioria é agora geralmente incluída entre os males contra os quais a sociedade precisa ser protegida (...)”.

canadense se torna palpável quando inserida no contexto jurídico brasileiro em sede de controle concentrando de constitucionalidade, ora discutido neste trabalho monográfico.

Desta forma, a fim de demonstrar a utilização de ações do concentrado, especificamente, de arguições de descumprimento de preceito fundamental, como uma forma de interferência do Supremo Tribunal Federal em outros poderes da República, foram utilizados dados estatísticos retirados do sítio eletrônico do STF. Estes, além de estabelecem uma base de dados, a partir dos resultados demonstrados, se torna possível aferir seus desdobramentos políticos e sociais, como exposto a seguir.

### **3.2 Levantamento de dados coletados e análise de resultados**

Em prol desta tese, para demonstrar a hipótese levantada neste trabalho, em janeiro de 2022 foram levantados dados quantitativos retirados do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de analisar quantitativamente as ADPFs julgadas pelo STF desde a promulgação da Lei nº 9.882, de dezembro de 1999. Para tanto, em janeiro de 2022 foi realizada uma pesquisa exploratória no acervo de dados do sítio eletrônico do STF<sup>20</sup>.

Inicialmente foi acessado a aba de estatísticas e, em seguida, foi aplicado o filtro de grupo de classe, com o objetivo de recortar ações do controle concentrado. Logo após, averiguou-se individualmente, ano a ano, de 2000 até 2021, o número de ADPFs que chegaram para julgamento do Supremo, bem como o ramo do direito tratado.

O levantamento deste estudo tem como propósito expor de forma empírica e fática a correlação que o crescente número de ADPFs colabora para aumentar o desgaste dentro da dinâmica de separação de poderes em seu exercício contínuo de freios e contrapesos, dificultado a dinâmica pendular existente entre o Poder Judiciário e o Legislativo. Ainda, o aumento desta ação específica do controle concentrado corrobora para migração de pautas nacionalmente relevantes para o STF, que termina por alcançar matérias além de sua competência originária.

---

<sup>20</sup> Dados coletados no sítio eletrônico: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=e554950b-d244-487b-991d-abcc693bfa7c&sheet=9123f27b-bbe6-4896-82ea-8407a5ff7d3d&theme=simplicity&select=clearall>



Assim sendo, os critérios utilizados visam delimitar a área de pesquisa, considerando apenas ações do controle concentrado como grupo de classe. Ainda, importa destacar que, com o propósito de delimitar a frequência apenas de ADPFs ao longo dos anos, desde sua publicação em 1999 até 2021, foram desconsideradas as outras ações do controle concretado, qual sejam, ADIs e ADCs.

Neste sentido, os resultados apurados expõem, inicialmente:

| <b>Quantitativo de Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental pelo Ramo do Direito (1999 – 2021)</b> |                                    |
|---|------------------------------------|
| <b>Ano de Autuação</b>  | <b>Quantitativo total de ADPFs</b> |
| 1999  |                                    |
| 2000  | 1                                  |
| 2001  |                                    |
| 2002  | 1                                  |
| 2003  |                                    |
| 2004  | 2                                  |
| 2005  | 1                                  |
| 2006  | 1                                  |
| 2007  | 2                                  |
| 2008  | 2                                  |
| 2009  | 4                                  |
| 2010  | 2                                  |
| 2011  | 2                                  |
| 2012  | 1                                  |
| 2013  | 5                                  |
| 2014  | 6                                  |
| 2015  | 10                                 |
| 2016  | 14                                 |
| 2017  | 19                                 |
| 2018  | 15                                 |
| 2019  | 32                                 |
| 2020  | 66                                 |
| 2021  | 118                                |
| Total   | 304                                |

*Fonte: formulada para esta pesquisa a partir dos dados extraídos do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.*

Para fins informativos, destaca-se os anos em que não se encontram valor numérico algum, significam que, naquele ano, não houve julgamento de nenhuma ADPF. Ademais, de todos os casos levantados, importa acrescentar à discussão as matérias que lograram maior destaque, com

a intensão de verificar os temas que receberam maior atenção do Supremo, e acabaram sendo mais utilizados como objeto para provocação do Judiciário. Em primeiro lugar, das 304 (trezentos e quatro) ADPFs, 217 (duzentos e dezessete) tratavam de “direito administrativo e outras matérias de direito público” e, em segundo lugar, 20 (vinte) versavam sobre “questões de alta complexidade, grande impacto e repercussão”.

Ainda nesta lógica, ressalta-se que as outras 14 (quatorze) matérias elencadas no referido sítio eletrônico compõe, somadas, 88 (oitenta e oito) ADPFs do número total considerado<sup>21</sup>. Deste modo, é possível concluir então que as demais matérias possuem um quantitativo inexpressivo quando comparadas aos valores finais das categorias de maior destaque.

Sobre este ponto, pode-se concluir que matérias de direito administrativo e direito público compõe 216 (duzentos e dezesseis) ações, dominando mais da metade das pautas do Supremo desde a promulgação da Lei nº 9.882/99 - precisamente 71% - seguida por matérias mais complexas que envolvem 6,5%, equivalendo a 20 (vinte) ações, dos processos analisados. Ainda, é necessário mencionar que os ramos do direito menos discutidos desde o vigor da referida Lei são “Direito Assistencial<sup>22</sup>”, “Direito Penal” e “Direito Previdenciário”, onde cada uma destas matérias foi discutida apenas uma vez.

Importa destacar que, ao que de acordo com o quadro supra, até o ano de 2010 eram levadas ao Supremo, em média, até duas ADPFs por ano. Entretanto, nos anos que se seguem, o número destas ações do controle concentrado cresceu exponencialmente, chegando ao número significativo de 118 (cento e dezoito) ações em 2021. De certo, em virtude da pandemia do Coronavírus (comumente reconhecida como COVID 19)<sup>23</sup>, uma parte significativa do quantitativo destes litígios no período de 2020 e 2021 tratavam, direta ou indiretamente, desta temática, devendo este argumento servir como atenuante em relação ao valor total apurado em 2021.

---

<sup>21</sup> Destaca-se que as dezesseis matérias restantes e sua contagem a partir de 2000 encontram-se no apêndice.

<sup>22</sup> Nomenclatura utilizada no sítio eletrônico do STF, retirada da aba “Ramo do Direito”.

<sup>23</sup> Emergência de saúde pública originada na China, que tomou proporções com consequências de escala internacional alarmantes, obtendo a caracterização de pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em março de 2020.

Apesar deste fato, é possível constatar que de 2010 até 2019, a utilização de ADPFs avançou progressivamente, aumentando cada vez mais ao passar dos anos. Desta forma, para além das matérias tratadas, ainda que a amostra ora explorada trate de uma amostragem exploratória, é possível averiguar que o quantitativo destas ações tuteladas pelo Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da lei que dispõe sobre seu julgamento e processo é expressivo.

A começar pelo reflexo provocado pelos dados estatísticos coletados, cabe a reflexão da problemática imediata advinda destes valores elevados, qual seja, que a ADPF tem sido utilizada de maneira excessiva, quando comparada à sua década inicial, isto é, até 2010. Lembrando que, teoricamente, esta ação possui como condição primária ser uma ação de caráter residual frente às outras ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Desta feita, considerando os dados aqui levantados, *a priori*, não foi possível identificar argumento razoável que justifique um número tão elevado de ações por ano desde 2015 - ainda que seja concebível que explicação se encontre fora do objeto ora analisado – juntamente com o fato de que seriam aplicadas às ações não regidas por ADIs e ADCs.

Outro levantamento explorado que beneficia a discussão versa sobre os Estados da Federação que originaram as ADPFs ora trabalhadas. Segundo o levantamento integral de ADPFs calculadas, apurou-se que desde a publicação da Lei nº 9.882/99 até 2021, dos 27 (vinte e sete) Estados da Federação, apenas 17 (dezesete) propuseram estas ações.

Partindo desta observação, tem-se em mente que não seria esperado uma média para proposições de ADPFs entre os Estados, entretanto, seria esperado algum grau de paridade, ou, pelo menos, que não houvesse um protagonismo desproporcional.

Logo, das 304 (trezentos e quatro) ações aqui averiguadas, 256 (duzentos e cinquenta e seis) foram propostas no Distrito Federal, o que corresponde à 84,2% do quantitativo total. Neste aspecto, em segundo lugar, o Estado da República de maior atuação foi o Estado de São Paulo, que propôs 08 (oito) ADPFs. Por fim, dividindo o terceiro lugar, encontra-se o Estado do Rio de

Janeiro, empatado com o Estado de Minas Gerais, em que ambos moveram 06 (seis) ações, todas apreciadas entre o ano 2000 até 2021.

Nesta ótica, também se mostra relevante comentar sobre o destaque de promoções de ADPFs pelo Distrito Federal, visto que a capital da República Federativa do Brasil sedia a concentração política do país. Além disto, tendo em mente às considerações feitas por Hirschl e Barroso no segundo capítulo, a utilização crescente de arguições de descumprimento de preceito fundamental se correlaciona com o ativismo judicial, tendência crescente do Judiciário brasileiro<sup>24</sup>, e com a judicialização de pautas políticas, à medida que se torna um meio de ratificar a migração de poderes eleitos para cortes constitucionais.

Como mencionado no subitem 2.1.2 do capítulo anterior, ao ser constituída como uma ação residual, que parte da falta de cabimento das demais ações do controle concentrado de constitucionalidade, somado à falta de delimitação legal terminológica do conceito “preceito fundamental”, criam-se condições ideais para possíveis casos de usurpação de competência, cerne da problemática trabalhada.

Em suma, a falta de especificidades legais em ações de controle concentrado, especificamente em sede de ADPF, amplia o espectro de sua abrangência, o que acaba facilitando o uso desta ferramenta conferida pela Constituição de 1988. Ainda, a falta de critérios objetivos, que poderiam ser satisfeitos pela via legal ou por uma pacificação doutrinária, que tivessem como objetivo impedir eventual excesso, também corrobora para sua utilização elevada.

Assim, este quantitativo significativo de ADPFs (1999 até 2021) atua como um indicador do aumento da interferência do Poder Judiciário na competência de outros poderes da República, o que corrobora com a linha argumentativa seguida.

A partir disto, tendo em vista as problemáticas levantadas no segundo capítulo e utilizando a tabela aqui formulada, é possível concluir que as informações apuradas confirmam parcialmente a hipótese inicial do presente trabalho. Considerando que as previsões legais que compõe a ADPF

---

<sup>24</sup> Como constatado em Barroso (2017).

se mostram incoerentes com seu uso excessivo pelo Poder Judiciário nos últimos anos, a projeção de desbalanceamento do modelo de tripartição de poderes e do sistema de freios e contrapesos obteve frutos na realidade brasileira moderna. Ainda, não somente atrelada à visão da doutrina clássicas, mas aos prognósticos levantados por autores contemporâneos, também discutidos no segunda capítulo desta pesquisa. Diógenes, Espídola e Maus acabam indo além de uma análise singela, inclusive, a professora alemã chega a colocar em sua tese o Poder Judiciário como “Superego da Sociedade”<sup>25</sup>.

As análises de competências destes dois poderes da República - elucidados no primeiro capítulo - somados às amostras dos dados coletados, consolidam uma formação basilar para a apuração de resultados. Assim, o elevado quantitativo das ações analisadas de 1999 até 2021, terminam por convalidar a hipótese levantada, qual seja, de que o Supremo Tribunal Federal utiliza de uma ação do controle concentrado, de caráter residual e não delimitada legalmente, para estender sua área de competência. A partir disto, criam-se condições propícias para interferência do Poder Judiciário na competência de outros poderes da República através de ADPFs.

Assim, a hiperjudicialização de pautas políticas em combinadas com o ativismo judicial, exercido por meio de interpretações extensivas de Ministros do Supremo, os quais acabam interferindo no Poder Legislativo, torna-se acessível. Todavia, este levantamento quantitativo total de ADPFs utilizadas - em conjunto com as ramos do direito e estados de origem que estas tratam - atuam apenas como um indicativo da hipótese ora levantada. Logo, mostra-se de suma importância analisar casos concretos, explorando de forma mais criteriosa como esta interferência ocorreria na prática.

Para tanto, foram escolhidos dois casos para esta apuração. Cumpre destacar que ambos os selecionados ocorrerem na primeira década da entrada em vigor da Lei nº 9.882/99, de forma que os dois obtiveram repercussão geral significativa, ao tratarem de matérias políticas de escala nacional. Além disso, destaca-se que à época que ocorreram, estes foram uma das poucas ADPFs discutidas em seu respectivo ano, isto é, 2011 e 2012.

---

<sup>25</sup> Retirado do artigo da professora Ingeborg Maus, 2016, p. 01.

Em primeiro lugar, foi analisado a ADPF que tratou do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Este caso demonstra um exemplo do movimento que circunda o cerne da problemática ora trabalhada, qual seja, da judicialização do Supremo em pautas essencialmente legislativas, onde este praticou um exercício ativo de contorcionismo interpretativo ao reconhecer princípios constitucionais não necessariamente implícitos, indo ainda na contramão da redação constitucional, pontualmente sobre o art. 226 §3º da CRFB/88, como será discutido no capítulo que se segue.

Ainda, outro caso selecionado versa sobre o status jurídico do anencéfalo, abordado em sede da ADPF nº 54, na qual se explora a violação do termo “preceito fundamental” e seus desdobramentos legais, bem como a repercussão geral que envolveu o tema.

Sobre as ADPF avaliadas, é necessário destacar que não seria possível na presente dissertação monográfica adentrar-se em todos os votos dos Ministros, nem na discussão complexa que envolve cada matéria. Afinal, é preciso ter em mente que as duas ADPFs aqui analisadas ocorrerem em 2011 e 2012, respectivamente, de forma que já foram produzidos diferentes teses e artigos que adentram de forma crítica em cada tema. Assim sendo, o foco ora trabalhado mira no posicionamento dos referidos Ministros, especificamente, como estes se colocam de forma reconhecida na condição de legisladores positivos.

### **3.3 Casos de possível invasão do STF na competência institucional de outros poderes**

O capítulo que se segue procura demonstrar a hipótese de desbalanceamento dentro do modelo de tripartição de poderes, onde haveria uma invasão de competência do Poder Legislativo pelo Judiciário. Neste sentido, tem-se a análise de dois casos distintos: a união homoafetiva, discutida em sede de ADI nº 4.277-DF e ADPF nº 132-RJ, em que foi posto fim a inconstitucionalidade decorrentes de discriminação contra casais homossexuais, em primeiro lugar; além deste, também foi analisada a ADPF nº 54, que discute o status jurídico do anencéfalo, em que se averigua a fundamentação legal exposta nos votos dos Ministros.

Os casos apresentados foram escolhidos com o fim de proporcionar um recorte de temáticas sobre as possíveis interferências do Supremo Tribunal Federal, que se utilizaria de um contorcionismo de hermenêutica para legislar sobre pautas políticas que sofrem da inércia do Congresso Nacional. Entretanto, é necessário que seja ressaltado similaridades pertinentes, entre elas, principalmente, que todos os casos concretos analisados são de repercussão geral, sendo alvo de grande controvérsia por operadores do direito e foram julgados pelo Supremo em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Como mencionado anteriormente, a falta de conceituação do termo “preceito fundamental”, é um fator significativo para o desfecho do resultado que se segue. Combinado ao cenário da Constituição da República de 1988 ser classificada como analítica quanto ao seu conteúdo, seus 250 artigos vão além dos direitos fundamentais. Esta riqueza em conteúdo torna acessível a adaptação de um conceito genérico, que não foi previamente definido pelo constituinte originário, nem por seu dispositivo normativo.

Considerando, inclusive, o crescente protagonismo do Judiciário, somado à um gradual aparecimento de defensores do ativismo judicial, que se utilizam da inércia do Legislativo perante assuntos de importância significativa na sociedade contemporânea, criam-se um terreno propício para usurpação de competências por parte de cortes constitucionais. De fato, esta conjuntura procura analisar se o Supremo estaria se utilizando de ADPFs para aplicar seu contorcionismo interpretativo sobre estas pautas, de forma a interferir na competência típica de Legislar do Congresso Nacional.

Apesar de versarem sobre temáticas importantes, as ADPFs discutidas a seguir procuram averiguar se os Ministros do Supremo estariam se utilizando de uma interpretação abrangente, escapando de seu alcance judicial, ou se estão atuando dentro de sua competência originária. Nesta análise, busca-se aferir não apenas se foram utilizadas ADPFs como instrumento de decisão, mas se a fundamentação dos votos desta ação do controle concentrado se resguarda na violação de um preceito fundamental específico do texto constitucional, não violando a competência do Poder Legislativo.

### 3.3.1 União homoafetiva – ADPF nº 132-RJ e da ADI nº 4.277-DF

Em maio de 2011, os Ministros do Supremo Tribunal Federal julgaram procedentes, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ em conjunto ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277-DF. A seção teve como Relator o Ministro Ayres Britto, e a votação que decidiu pela possibilidade de união estável entre casais homoafetivos foi unânime.

A ADPF, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, tratava de descumprimento de preceito fundamental resguardado pelo Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei 220/1975), em que o art. 19 e os incisos I a X do art. 33 não concediam à casais homossexuais as mesmas prerrogativas que os casais heterossexuais.

Neste ponto, o art. 19 versava sobre o tempo de licença que o Servidor poderia retirar para acompanhar cônjuge eleito ou por motivo de doença em pessoa da família, ao passo que os incisos do art. 33 elencavam todas os direitos de previdência e assistência que o Poder Executivo disciplinará ao funcionário e à sua família, elucidando, inclusive, no parágrafo único do art. 33, que: “A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas” (BRASIL, 1975).

Desta forma, foram reconhecidas violações à preceitos fundamentais da igualdade, da segurança jurídica (ambos situados no caput do art. 5), da liberdade (art. 5, inciso II) e da dignidade da pessoa humana (art. 1, inciso IV), todos devidamente resguardados pela Constituição de 1988. A respeito da legitimidade do Governador do Estado no Rio de Janeiro, foi demonstrada a pertinência temática do objeto, tendo em vista o cargo exercido pelo autor e a pauta de discussão. Ainda, ressalta que o autor representa toda sociedade fluminense, de forma que abarca “a parcela daquelas pessoas que se relacionam sexualmente fora da dicotomia homem/mulher, especialmente no âmbito dos servidores públicos do Estado” (BRASIL, 2011).

Além disso, é de suma importância destacar que o Decreto-Lei discutido foi elaborado em 1975, sendo anterior à Constituição de 1988. Desta feita, considerando o estabelecido pelo art. 1,



I da Lei nº 9.882, não restaria outra alternativa para afeição deste dispositivo senão a ADPF. Paralelamente, mostra-se necessário falar sobre a ADI nº 4.277-DF, julgada em conjunto com a ADPF nº 132-RJ. Esta foi originalmente proposta pela Procuradoria-Geral da República, que buscava o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo enquanto unidade familiar, bem como a extensão de seus direitos e deveres, estando obrigados a seguir os mesmos protocolos de reconhecimento da união estável entre casais heterossexuais exigidos pela Constituição da República de 1988.

Em suma, a ADPF em questão tratava de dispositivo normativo anterior à CRFB/88, por isso foi o Supremo foi provocado por meio desta ação do controle concentrado. Enquanto isso, a ADI tratava sobre a declaração de inconstitucionalidade de dispositivo infraconstitucional, qual seja, o art. 1.723 do Código Civil, que dispõe: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002).

Todavia, o cerne da questão gira em torno do fato de que o referido art. Do Código Civil tem seu texto deveras similar com o art. 226, §3º da Constituição da República de 1988, que expõe: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988).

Neste sentido, o questionamento que se mostra pertinente é que o constituinte originário, ao se utilizar de uma redação delimitada e específica, não estaria exercendo uma omissão proposital, excluindo casais homossexuais da proteção constitucional? E, ainda, o que se mostra de mais pertinente para a presente pesquisa, o Supremo poderia ir em contramão ao texto constitucional tão explícito?

Desta feita, foram examinados os votos dos Ministros do Supremo, com o objetivo de analisar as fundamentações que levaram ao acolhimento de ambas as ações. De certo, tendo em vista o caráter restritivo e discriminatório de ambos os dispositivos, somado à evidente violação de princípios constitucionais fundamentais como a dignidade da pessoa humana, da liberdade e

igualdade, viu-se a necessidade de uma mudança normativa por parte do Judiciário, no sentido de acompanhar demandas sociais e mitigar as problemáticas sofridas por casais homossexuais, que enfrentavam a falta de reconhecimento de seus direitos.

Para tanto, os Ministros terminaram por divergir sobre a forma para alcançar este entendimento, dialogando se a união homoafetiva seria uma nova categoria de entidade familiar ou se esta se enquadrava na união estável. O primeiro grupo era composto pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Gilmar Mendes, enquanto no segundo se encontravam o Ministro Relator Carlos Ayres Britto, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Um dos principais argumentos levantados durante a fundamentação dos votos foi de que o art. 226, §3º do texto constitucional não proíbe expressamente a união homoafetiva. Assim, considera-se que o que não é proibido é permitido<sup>26</sup>, podendo a redação da Constituição de 1988 ser interpretada no sentido de incluir as uniões entre casais do mesmo sexo.

Sobre este ponto, um dos votos que merece destaque é do Ministro Gilmar Mendes, que fundamenta sua decisão, na qual este também invoca o princípio de aplicação analógica do regime da união estável entre homem e mulher com casais homoafetivos. A aplicação deste princípio tem em vista o reconhecimento da ausência de um modelo institucional que protege casais do mesmo sexo, e considera que ambos os dispositivos – tanto o art. 1.723 do Código Civil quanto o art. 226, §3º da CRFB/88 – apesar de não proibem esta união, acabam sendo invocados para impossibilitar seu reconhecimento.

Desta forma, o argumento central destas ações seria de que estes dispositivos legais são usados como pretexto para fundamentar decisões no sentido de proibir o reconhecimento da união homoafetiva. Sobre o voto do Ministro, cumpre destacar:

[...] essa norma legal tem servido para fundamentar decisões no sentido negativo à pretensão formulada em juízo, com o objetivo de se reconhecer a formalização da união entre pessoas do mesmo sexo. Assim, o entendimento que autoriza a interpretação

---

<sup>26</sup> Princípio da legalidade, art. 5º, II da CRFB/88.

conforme à Constituição no caso é que o dispositivo impugnado está sendo aplicado de forma generalizada para a proibição do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Tanto é que, no pedido do Governador do Estado do Rio de Janeiro, formulou-se a impugnação das próprias decisões judiciais que assim teriam decidido<sup>27</sup> (BRASIL, 2011).

Entretanto, há no voto do Ministro Gilmar Mendes um reconhecimento explícito de posicionamento ativo por parte do Supremo, cerne da hipótese ora trabalhada. Neste aspecto, expõe:

Eu comemoro e comungo também desse entendimento. É sabido que sou um crítico muito ferrenho daquele argumento de que, quando em vez, lançamos mão: de que não podemos fazer isto ou aquilo porque estamos nos comportando como legislador positivo ou coisa que o valha.

Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel ativo, ainda que provisoriamente, pois se espera que o legislador autêntico venha a atuar. Mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo (BRASIL, 2011)<sup>28</sup>.

Desta forma, no caso em análise demonstra que apesar de se reconhecer o comportamento do Supremo enquanto “legislador positivo”, esta problemática foi superada pelos votos dos Ministros. Assim, a pacificação deste posicionamento, também verificada no caso analisado em seguida, é um forte indicativo da hipótese inicial, tal qual, de que o Supremo se utiliza de um exercício ativo de contorcionismo interpretativo, ainda que incompatível com a redação da Constituição de 1988, que havia feito uma delimitação explícita sobre a união estável entre homem e mulher.

Neste aspecto, o julgamento da ADI nº 4.277 em conjunto com a ADPF nº 132 corroboram para suposição ora trabalhada, isto é, a interferência do Judiciário na competência originária típica do Legislativo.

Ainda que o mérito tratado pela pauta discutida seja de maior relevância jurídica e política, caso houvesse um enfrentamento mais eficiente da questão, uma das formas de solução para esta lide por seu “legislador autêntico<sup>29</sup>”, seria por meio de uma Proposta de Emenda Constitucional pelo Congresso Nacional, onde alguns desdobramentos do tema teriam ocorrido de forma distinta.

---

<sup>27</sup> STF, ADI nº 4.277, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, DJ: 05.05.2011, p. 766.

<sup>28</sup> STF, ADI nº 4.277, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, DJ: 05.05.2011, p. 767.

<sup>29</sup> Termo utilizado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto da ADI nº 4.277, mencionado anteriormente neste capítulo.

Na verdade, tratando do mérito desta questão, ressalta-se que o casamento entre pessoas do mesmo sexo também terminou por ser decidido pelo Poder Judiciário, e somente foi reconhecida pelo STJ no julgamento do Resp. 1183378/RS, e pela resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça.

Entretanto, diante deste cenário, apenas parte da pergunta de pesquisa se mostra adequada, tendo em vista que, apesar desta ter sido julgada em conjunto com a ADPF nº 132, a ação do controle concentrado em destaque neste caso é a ADI nº 4.277. Assim, conclui-se que o caso discutido vai em contramão com à hipótese inicial de que o Supremo se utiliza de ADPFs para realizar esta interpretação extensiva.

Assim, o presente trabalho passa ao segundo caso pesquisado, que discute os fundamentos levantados durante o julgamento do status jurídico do anencéfalo, discutido em sede de ADPF, qual seja, nº 54. Nesta, foram discutidas linhas argumentativas que se fundamentaram na violação de “preceito fundamental”, outro ponto chave desenvolvido no presente trabalho monográfico.

### **3.3.2 Status jurídico do anencéfalo – ADPF nº 54**

Em abril de 2012, os Ministros do Supremo Tribunal Federal julgaram procedente por maioria a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação, segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada pelos art. 124<sup>30</sup>, 126<sup>31</sup> e 128, incisos I e II<sup>32</sup>, do Código Penal (CP). A seção em questão tratou da anencefalia, da inviabilidade do feto e da antecipação terapêutica do parto, sendo presidida pelo Ministro Cezar Peluso, tendo o Ministro Marco Aurélio como Relator.

A ação foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), tratando inicialmente no posicionamento de tribunais inferiores que negavam a antecipação do

---

<sup>30</sup> “Art. 124: Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”, Código Penal.

<sup>31</sup> “Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante”, Código Penal.

<sup>32</sup> “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro: II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”, Código Penal.

parto de anencéfalos, tendo em vista que tal ato seria considerado prática abortiva, ilegal e tipificada pelo Código Penal. Na exordial foram indicadas as violações aos preceitos da dignidade da pessoa humana<sup>33</sup>, princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade<sup>34</sup> e direito à saúde<sup>35</sup>. Ainda, teve como ato do Poder Público causador da lesão os arts. 124, 126, *caput*, e 128, incisos I e II, do código penal – Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Assim, o uso da ADPF foi fundamentado alegando que o caso em questão preenchia três pressupostos concernentes à Arguição, sendo (I) ameaça à violação de preceito fundamental; (II) ato do Poder Público capaz de provocar lesão e, por fim, (III) ausência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (BRASIL, 2012).

Sendo assim, a nota prévia da inicial da ADPF aqui discutida sustenta a violação de preceito fundamental em decisões proferidas que negam a antecipação de parto de fetos anencéfalos, fazendo com que o cerne desta ação gire em torno de seu status jurídico. Argumenta, ainda, que a antecipação do parto – entendida como “terapêutica<sup>36</sup>” – não poderia ser equiparada a um aborto, tendo em vista que, de qualquer forma, o feto não sobreviveria logo após o parto, pois não poderia exercer nenhuma das funções superiores do cérebro. Desta forma, o parto adiantado ocorreria em prol da saúde da mãe.

Desta forma, o núcleo da questão trabalhada nesta ADPF foi o reconhecimento do direito à vida do feto com anencefalia e se este seria dotado de personalidade jurídica. Entretanto, apesar de votarem a favor da descriminalização da conduta os Ministros divergiram sobre a premissa se o ato discutido seria, de fato, prática abortiva.

Nesse sentido, expõe-se o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, em que apesar de seguir o voto pela procedência de declaração da inconstitucionalidade da interpretação, entendeu que a questão se tratava de aborto em sua forma consumada. Todavia, ato não foi considerado típico à medida que se encaixava na hipótese de exceção prevista no Código Penal, qual seja, que

---

<sup>33</sup> Art. 1, IV da CRFB/88.

<sup>34</sup> Art. 5, II da CRFB/88.

<sup>35</sup> Art. 6, *caput*, c/c art 196 da CRFB/88.

<sup>36</sup> No caso, seria a interrupção da gravidez de feto anencéfalo quando não há outro meio de salvar a vida da gestante.

a conduta praticada pelos profissionais de medicina não é caracterizada enquanto crime quando há risco à saúde da mãe, conforme exposto no art. 124, I, CP.

Assim, a votação pela descriminalização foi apoiada pelo Ministro relator Marco Aurélio, e pelos Ministros Celso de Mello, Ayres Britto, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e, ainda que com ressalvas, pelo Ministro Gilmar Mendes. Em contrapartida, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso votaram contra a ação em pauta. Por fim, o Ministro Dias Toffoli se declarou impedido de participar do julgamento, tendo em vista que participou na elaboração do parecer da Advocacia-Geral da União (AGU) à época em que era advogado-geral.

Desta feita, no que concerne o julgamento do mérito da questão, o entendimento majoritário votou por interpretar que este caso não poderia ser enquadrado no crime de aborto, tendo em vista que o bem jurídico tutelado por este crime é a vida. Assim, neste caso não há que se falar em procedimento abortivo já que o feto sem cérebro sequer pode ser considerado vivo, isto é, se trataria de crime impossível.

Nota-se que o caso analisado não faria, a princípio, o uso de um exercício de contorcionismo interpretativo em sede de ADPF, à medida que faz uma leitura fiel à Constituição, que não delimita quando se inicia a vida humana. Porém, para o tema central deste trabalho monográfico, mostra-se imperativo ressaltar uma das justificativas apontadas pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que expõe em seu voto uma crítica ao posicionamento do próprio Supremo na pauta discutida. Neste, expõe:

Permito-me insistir nesse aspecto: caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto eugênico, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> STF, ADPF nº 54-DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ: 12.04.2012, p. 241.

Desta forma, o Ministro corrobora que no presente caso o Supremo vai em desencontro com a vontade do Poder Legislativo, representante da vontade popular. Ainda neste sentido, o Ministro Luiz Fux também ratifica este ponto, onde em seu voto elucida que “a supremacia judicial só se instala quando o legislativo abre esse espaço de reflexão, porquanto politicamente não assume suas responsabilidades como representantes do povo”<sup>38</sup> (BRASIL, 2012).

Neste sentido, os votos aqui demonstrados expõem que há o reconhecimento, por parte do Ministro Fux e Lewandosky, de que o Poder Legislativo se mostrou inerte na questão apresentada, fato que validou a atuação do Supremo na questão. Entretanto, esta colocação não somente atesta a hipótese de que há interferência do Supremo na atividade típica de legislar originalmente atribuída ao Congresso Nacional, mas que este é um posicionamento admitido na Corte.

---

<sup>38</sup> STF, ADPF nº 54-DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ: 12.04.2012, p. 156.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico buscou compreender se haveria de fato uma interferência do Supremo Tribunal Federal na competência típica de legislar do Congresso Nacional, por meio de ações de controle concentrado, especificamente, em sede de ADPFs. Para tanto, inicialmente mostrou-se imperativo demonstrar como a dinâmica de separação de poderes foi inicialmente elaborada por Montesquieu, se desenvolvendo até o sistema de freios e contrapesos.

Com base nesta conjuntura, discorreu-se sobre como a dinâmica de tripartição de poderes se firmou na realidade brasileira, a partir da composição e competências do Supremo, principal representante do Poder Judiciário, e do Congresso Nacional, poder democraticamente eleito, ambos à luz da Constituição de 1988. Somente considerando as delimitações e atribuições de cada um destes nesta República, seria possível apurar possíveis casos de interferências de um para com o outro.

Neste sentido, o presente trabalho adentrou nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, discorrendo de maneira criteriosa sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, e as lacunas legais que esta acaba incorrendo pela falta de delimitação da própria carta constitucional de 1988 e da Lei nº 9.882/99.

Assim, passa-se à análise crítica advinda de autores iluministas clássicos, onde estes já receavam que uma confusão entre poderes poderia se apresentar durante a consolidação de Estados modernos. Neste sentido, ao passo que Montesquieu teme a concentração de poderes nas mãos de um indivíduo ou um órgão da magistratura, nas qual poderia evoluir para um governo autoritário, Rousseau defende a importância da participação popular por meio de representantes eleitos.

Entretanto, na contramão destas visões, os pais fundadores estadunidense, na obra “The Federalist”, entendem que, na verdade, a supremacia do Poder Judiciário deveria estar constitucionalmente garantida, tendo em vista que seriam os juízes da Suprema Corte que iriam versar sobre eventuais controvérsias que fossem necessárias.



No entanto, a crítica majoritária é consolidada com suporte de autores contemporâneos, que fazem uma apreciação concisa de sociedades atuais complexas. Dentre eles, confronta-se em primeiro ponto o artigo de Beatriz Nunes Diógenes e Diane Espíndola, o qual argumenta que o Judiciário não deveria se pautar em um “decisionismo disfarçado de ordem de valores”, e não deveria atuar como legislador moral, de forma que seria inconcebível sua convivência com a inércia do Legislativo.

Outro crítico necessário de destaque foi Ran Hirschl, cuja colaboração acadêmica demonstrou a judicialização, que, em seu conceito essencial, seria a migração de representantes eleitos, o Poder Legislativo, para o Judiciário. Além de sua leitura da judicialização e como esta ocorre, o cientista político também reforça a importância da ampla participação popular em pautas nacionalmente decisivas. Ainda neste sentido, a contribuição científica da professora Ingeborg Maus vai além do papel originalmente atribuído ao Judiciário, e toca na problemática advinda da dependência de uma figura legalmente forte para interpretação final de dispositivos legais, e como este fato colaboraria para tornar juízes guardiões da moral pública.

Além da judicialização, foi necessário abordar o ativismo judicial enquanto tendência no contexto jurídico brasileiro, onde estes dois fenômenos caminham juntos, apesar de terem origem distintas. Ademais, a primeira mostra-se como uma consequência das circunstâncias geradas pela própria Constituição de 1988, enquanto o segundo seria um exercício ativo das vontades dos magistrados, que se utilizam de um contorcionismo interpretativo para alcançar matérias para além de sua competência originária. Estas duas questões foram de suma importância para se compreender a conjuntura legal que vem se construindo no cenário político brasileiro recente.

No entanto, para verificar a hipótese ventilada, foi necessário um estudo exploratório no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Esta pesquisa expõe de forma empírica e fática a correlação entre o crescente número de ADPFs com o aumentar do desgaste entre os poderes da República em seu exercício contínuo de freios e contrapesos, dificultado a dinâmica pendular existente entre o Poder Judiciário e o Legislativo.

Entretanto, este estudo atua como um indicativo da abertura desta interferência do Supremo no Legislativo, de forma que foi necessária uma análise de casos concretos para compreender como este sobrestamento de competências ocorre na prática.

Em suma, ao adentrar o estudo sobre o julgamento da união homoafetiva, discutida em sede de ADI nº 4.277-DF e ADPF nº 132-RJ, e da discussão sobre o status jurídico do anencéfalo, por meio da ADPF nº 54, em conjunto com a apuração estatística de dados coletados, foi possível encontrar evidências concretas da interferência do Judiciário.

Diante de todo exposto, foi possível concluir que a hipótese inicial ora trabalhada nesta pesquisa se mostrou parcialmente correta, ao ponto que foi possível encontrar interferências do Supremo Tribunal Federal na atividade típica de legislar originalmente atribuída ao Congresso Nacional. Neste sentido, um dos argumentos que corroborou para este resultado foi o posicionamento de “legislador positivo” explicitamente adotada por Ministros do Supremo, o qual exerce esta performance quando diante de uma inércia legislativa.

Ademais, a reflexão dos dados apurados que indicam um uso significativo e exponencial de ADPFs sugerem que esta interferência advinda do Judiciário é crescente. Desta feita, mostra-se necessário uma delimitação legal específica e concreta, que promova um exercício mais eficiente do sistema de freios e contrapesos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito UERJ, V. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em 7 de fev. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista Eletrônica da Faculdade de Direito Administrativo – FGV. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em 1 de fev. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle De Constitucionalidade No Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência – Saraivajur, 7ª Edição, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. 2009. Disponível em: <[https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)> Acesso em 7 de fev. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Papeis-das-supremas-cortes.pdf>> Acesso em 7 de fev. 2022.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. - Saraivajur, 14ª Edição.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional no 20, de 15 de dezembro de dezembro de 1988. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 6 dez. 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 7 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm) >. Acesso em 7 fev. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, DJ 05.05.2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em 7 de fev. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 01-RJ. Ministro Néri da Silveira. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 7 nov. 2003. Disponível em: <[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADPF\\_1\\_RJ\\_1279122551122.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1642717947&Signature=MZBX%2FJH%2FAbvZvMDv171g17JqthI%3D](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADPF_1_RJ_1279122551122.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1642717947&Signature=MZBX%2FJH%2FAbvZvMDv171g17JqthI%3D)> Acesso em 7 de fev 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132-RJ. Ministro Ayres Britto. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, DJ 13 out. 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 7 de fev. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54-DF. Ministro Marco Aurélio. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 12 abr. 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em 7 de fev. 2022.

CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Editora Almedina, 7ª Edição, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de 67 Oliveira - Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CONSTANT, Benjamin. Principes de politique [Document électronique], 1806, Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select\\_action=&co\\_autor=545](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=545)> Acesso em 7 de fev. 2022.

DIÓGENES, Beatriz Nunes; ESPÍNDOLA, Diane. Do Juiz Herói ao Tribunal Democrático. Periódico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/24369>> Acesso em 7 de fev. 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. Editora JusPodivm, 12ª Edição, 2020.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. The Federalist, 1788. Disponível em: <[https://files.libertyfund.org/files/788/0084\\_LFeBk.pdf](https://files.libertyfund.org/files/788/0084_LFeBk.pdf)> Acesso em 7 de fev. 2022.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito Administrativo – FGV, 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>> Acesso em 1 de fev. 2022.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Editora Martins Fontes, 6ª Edição, 1988.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre Governo Civil. Editora Vozes, 3ª Edição, 2001.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade – Sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Tradução do original em língua alemã de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque, 2016. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/309113051\\_Judiciario\\_como\\_Superego\\_da\\_Sociedad\\_e\\_Traducao\\_do\\_alemao\\_por\\_Martonio\\_M\\_B\\_Lima\\_e\\_Paulo\\_A\\_de\\_M\\_Albuquerque](https://www.researchgate.net/publication/309113051_Judiciario_como_Superego_da_Sociedad_e_Traducao_do_alemao_por_Martonio_M_B_Lima_e_Paulo_A_de_M_Albuquerque)> Acesso em 7 de fev. 2022.

MONTESQUIEU, Charles Louis. Do Espírito das leis. Editora Martins Fontes, 2ª Edição, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Editora Martin Claret, 3ª Edição, 2011.

## APÊNDICE

A seguir tem-se a Tabela 01 e 02, formuladas para esta pesquisa a partir dos dados extraídos do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal<sup>39</sup>. Ambas foram divididas em duas partes, tendo em vista que a primeira faz o levantamento de 16 (dezesesseis) matérias, enquanto a segunda apresenta 17 (dezesete), do total de 27 (vinte e sete) Estados da Federação.

A primeira, exposta a seguir, considera o quantitativo total de ADPFs julgadas pelo STF, desde a promulgação da Lei nº 9.882, de dezembro de 1999 até 2021, separadas de acordo com o ramo do direito tratado, como exposto a seguir:

TABELA 01, parte I:

| Quantidade de Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental pelo Ramo do Direito ( 1999 - 2021) |                           |   |   |                    |                     |                   |   |                   |
|---|---------------------------|---|---|--------------------|---------------------|-------------------|---|-------------------|
| Ano de Autuação   | Quantidade total de ADPFs | Direito administrativo e outras matérias de direito público | Questões de alta complexidade, grande impacto e repercussão | Direito tributário | Direito do trabalho | Direito ambiental | Direito eleitoral e processo eleitoral do STF | Direito eleitoral |
| 1999  |                           |   |   |                    |                     |                   |   |                   |
| 2000  |                           |   |   |                    |                     |                   |   |                   |
| 2001  |                           |   |   |                    |                     |                   |   |                   |
| 2002  | 1                         |   |   | 1                  |                     |                   |   |                   |
| 2003  |                           |   |   |                    |                     |                   |   |                   |
| 2004  | 2                         | 1   |   |                    | 1                   |                   |   |                   |
| 2005  | 1                         | 1   |   |                    |                     |                   |   |                   |
| 2006  | 1                         | 1   |   |                    |                     |                   |   |                   |
| 2007  | 2                         | 1   |   |                    |                     | 1                 |   |                   |
| 2008  | 2                         | 1   |   |                    | 1                   |                   |   |                   |
| 2009  | 4                         | 3   |   | 1                  |                     |                   |   |                   |
| 2010  | 2                         | 1   |   |                    |                     |                   | 1   |                   |
| 2011  | 2                         | 2   |   |                    |                     |                   |   |                   |
| 2012  | 1                         |   |   | 1                  |                     |                   |   |                   |
| 2013  | 5                         | 3   |   |                    | 1                   |                   |   |                   |
| 2014  | 6                         | 4   |   | 1                  | 1                   |                   |   |                   |
| 2015  | 10                        | 7   |   | 1                  |                     |                   |   |                   |
| 2016  | 14                        | 9   |   | 1                  | 2                   |                   |   |                   |
| 2017  | 19                        | 14  |   | 1                  | 2                   |                   |   |                   |
| 2018  | 15                        | 11  |   | 2                  | 1                   |                   | 1   |                   |
| 2019  | 32                        | 19  |   |                    | 1                   | 2                 |   | 1                 |
| 2020  | 66                        | 38  | 12  | 1                  | 1                   | 8                 | 3   |                   |
| 2021  | 118                       | 100   | 8   | 2                  |                     | 2                 |   | 1                 |
| <b>Total</b>  | <b>303</b>                | <b>216</b>  | <b>20</b>   | <b>12</b>          | <b>11</b>           | <b>13</b>         | <b>5</b>                                      | <b>2</b>          |

<sup>39</sup> Último acesso em janeiro de 2022. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=e554950b-d244-487b-991d-abcc693bfa7c&sheet=9123f27b-bbe6-4896-82ea-8407a5ff7d3d&theme=simplicity&select=clearall>



TABELA 02, parte I:

| Quantidade de Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental por Estado de Origem (1999 – 2021) |                           |                  |                |           |            |          |          |              |
|--|---------------------------|------------------|----------------|-----------|------------|----------|----------|--------------|
| Ano  | Quantidade total de ADPFs | Distrito Federal | Rio de Janeiro | São Paulo | Pernambuco | Piauí    | Rondônia | Minas Gerais |
| 1999   |                           |                  |                |           |            |          |          |              |
| 2000   |                           |                  |                |           |            |          |          |              |
| 2001   |                           |                  |                |           |            |          |          |              |
| 2002   | 1                         |                  |                |           | 1          |          |          |              |
| 2003   |                           |                  |                |           |            |          |          |              |
| 2004   | 2                         | 1                |                |           |            | 1        |          |              |
| 2005   | 1                         | 1                |                |           |            |          |          |              |
| 2006   | 1                         | 1                |                |           |            |          |          |              |
| 2007   | 2                         | 1                |                | 1         |            |          |          |              |
| 2008   | 2                         | 2                |                |           |            |          |          |              |
| 2009   | 4                         | 4                |                |           |            |          |          |              |
| 2010   | 2                         | 2                |                |           |            |          |          |              |
| 2011   | 2                         | 2                |                |           |            |          |          |              |
| 2012   | 1                         | 1                |                |           |            |          |          |              |
| 2013   | 5                         | 2                | 1              | 1         |            |          | 1        |              |
| 2014   | 6                         | 6                |                |           |            |          |          |              |
| 2015   | 10                        | 8                |                | 1         |            |          |          | 1            |
| 2016   | 14                        | 13               |                |           |            |          |          |              |
| 2017   | 19                        | 15               |                |           |            |          |          |              |
| 2018   | 15                        | 15               |                |           |            |          |          |              |
| 2019   | 32                        | 25               | 2              | 1         |            | 1        |          |              |
| 2020   | 66                        | 63               |                |           |            | 1        |          | 1            |
| 2021   | 118                       | 94               | 3              | 4         |            | 1        |          | 4            |
| <b>Total</b>   | <b>303</b>                | <b>256</b>       | <b>6</b>       | <b>8</b>  | <b>1</b>   | <b>4</b> | <b>1</b> | <b>6</b>     |

Sobre a tabela 02, parte II, importa destacar que desde a publicação da Lei nº 9.882/99 até 2021, dos 27 (vinte e sete) Estados da Federação, apenas 17 (dezessete) propuseram estas ações, em virtude deste, apenas estes serão demonstrados nas tabelas.



