

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE**

**FABIANO SILVA RIBEIRO**

**USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO  
PODER LEGISLATIVO PELO JUDICIÁRIO**

**Aracaju  
2014**

**FABIANO SILVA RIBEIRO**

**USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO  
PODER LEGISLATIVO PELO JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada como pré-requisito para conclusão do curso de Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Orientador: Prof. Mestre Vitor Condorelli

**Aracaju  
2014**

FABIANO SILVA RIBEIRO

**USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO  
PODER LEGISLATIVO PELO JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada como requisito parcial à comissão julgadora do curso de Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador. Me. Vitor Condorelli dos Santos  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

---

Prof. Me. Marcelo de Macedo Schimmelpfeng  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

---

Prof. Matheus Brito Meira  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico este trabalho aos meus pais Jorge e Marilene pelos ensinamentos, amor e apoio em todos os momentos de minha vida. Tenho muito orgulho de ser filho de pessoas tão dedicadas.

## AGRADECIMENTOS

É com grande alegria e satisfação que passo a escrever meus agradecimentos, pois este momento simboliza o final de uma longa etapa de estudos, período pelo qual enfrentamos as dificuldades inerentes a dedicação que o curso de Direito exige, e o início de uma nova etapa em minha vida que seria impossível concretizar sem a ajuda de muitos. Tenho a certeza de que um amplo horizonte acaba de se abrir a minha frente, me mostrando uma infinidade de novas oportunidades. Sempre soube que não seria nada fácil trilhar este caminho inicial e que eu mesmo escolhi, mas quando temos por perto pessoas que amamos nada é difícil o bastante para não derrubarmos os obstáculos que surgem e continuarmos caminhando.

Acredito que sou uma pessoa abençoada por Deus, pois tenho ao alcance de minhas mãos tudo o que preciso para sempre alcançar meus objetivos. Assim, agradeço muito a **Deus** por ter me dado forças e ter permitido que em momento algum fraquejasse, andando sempre firme e para frente. Espero que continue me guiando no caminho certo da vida e que eu possa ser merecedor de novas oportunidades.

Não poderia deixar de agradecer a minha querida **avó Cotinha**, mulher com uma história de luta e honestidade, servindo de exemplo para qualquer outra pessoa. Também sou imensamente agradecido aos meus pais e irmãos, pois sempre estiveram por perto em todos os momentos de minha vida e me auxiliando em todos os sentidos, em especial ao meu pai **Jorge Ribeiro dos Santos** e minha mãe **Marilene Silva Ribeiro** que nunca pouparam esforços em cuidar dos filhos, mesmo diante das dificuldades pelo qual passaram. Isto é o que me motiva a sempre seguir em frente, não dando atenção aos momentos de dificuldades, pois estes momentos não são nada se comparado ao que meus pais tiveram de enfrentar para chegar até onde se encontram hoje.

Agradeço muito a minha esposa **Simone Ribeiro** por sua companhia, amor e alegria contagiante, sempre irradiando felicidade por onde passa. Pessoa que eu amo muito e que está comigo nesta batalha, sempre incentivando um ao outro e trocando boas energias. Tenho certeza de que unindo nossas forças iremos muito mais longe que imaginamos. Sou também muito grato aos meus sogros

**Raimundo Nonato** e **Maria Silvânia** pela paciência e amizade, sempre generosos, lutadores e que preparam os melhores pratos do mundo.

Com toda certeza não apenas eu como todos os alunos são gratos aos professores da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (Fanese) pela excelência do ensino e amizade, pessoas que estão nesta instituição porque gostam do que fazem e que, acima de tudo, lutam para não permitir que a Fanese não se torne mais uma faculdade onde a comercialização do ensino fala mais forte. Agradeço em especial ao professor **Vitor Condorelli** por ter aceitado me orientar neste trabalho final de conclusão de curso, bem como pelas aulas descontraídas e disposição de sempre ajudar aos alunos. Também fico muito feliz por ter feito grandes amigos durante este período de aprendizagem, pessoas que sempre estiveram dispostas a solucionar, quando possível, problemas que não eram seus em nome da amizade.

Agradeço a todos e espero que estejamos sempre juntos.

Agradeço todas as dificuldades que enfrentei; não fosse por elas, eu não teria saído do lugar. As facilidades nos impedem de caminhar. Mesmo as críticas nos auxiliam muito.

Chico Xavier

## RESUMO

Desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário vem ganhando bastante força frente aos demais Poderes da União, principalmente quando se trata do Congresso Nacional que, paulatinamente, vem perdendo seu poder de decisão no cenário político para os juízes togados da Suprema Corte. Consequência disto são os constantes embates e acusações que presenciamos nos meios de comunicação envolvendo estes dois órgãos, afirmando os parlamentares que os ministros estão subtraindo parte de sua competência por meio de decisões judiciais e editando normas, como ocorreu, a título exemplificativo, com a autorização de aborto de fetos anencéfalos e a união entre pessoas de mesmo sexo. Por outro lado, dizem os ministros da Suprema Corte que estão desempenhando suas funções com deferência e nos limites constitucionalmente determinados, não havendo comportamento anormal em suas atividades. Assim, o objetivo deste trabalho foi estudar estes recentes acontecimentos no cenário político e jurídico brasileiro e verificar se de fato estava havendo usurpação de competência por parte do órgão incumbido de proteger a Carta Maior. Para tanto, foi adotada a pesquisa bibliográfica como metodologia de pesquisa afim de se saber a opinião de autores de obras jurídicas, bem como foram analisados os casos concretos mais simbólicos que já passaram pelo Supremo Tribunal Federal que retratassem esta situação. Ao final do trabalho pode-se constatar que, em algumas decisões, o Supremo Tribunal Federal precisa agir com mais cautela, pois é tênue a linha que separa a política do direito. Também pode-se verificar que os reclames populares estão mudando de palco, havendo migração das exigências do Congresso Nacional para o Supremo Tribunal Federal, sendo motivada pela perda de credibilidade do parlamento, bem como sua incapacidade de levar até o final as discussões no plenário, muitas encontrando a decisão final no Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Congresso Nacional. Supremo Tribunal Federal. Usurpação. Competência.

## **ABSTRACT**

Since the entry into force of the 1988 Federal Constitution , the Judiciary is gaining enough strength compared to other government branches, especially when it comes to Congress that has gradually been losing its power of decision on the political scene for the Supreme Court robin judges . Consequence of this is the constant pounding and accusations that witnessed in the media involving these two ones, claiming parliamentary ministers are subtracting part of its jurisdiction through court decisions and editing standards, as occurred as examples, with the permission abortion of anencephalic fetuses and marriage between people of the same sex. On the other hand, the Supreme Court says justice is performing its duty respectfully and constitutionally, with no abnormal behavior in their activities. The objective of this work is study these recent events in the Brazilian political and legal setting and verify that indeed there was usurpation of powers by the task of protecting national Greater Charter. For this purpose, we adopted the methodology literature as related to hear from authors of legal works , as well as more concrete symbolic cases that have passed by the Supreme Court which reflect this situation were analyzed research. At the end of the work can be seen that, in some decisions, the Supreme Court needs to act cautiously, there is a fine line between the political rights. Also it can be seen that the popular complaining are changing stage, with migration of the requirements from the National Congress to the Supreme Court , motivated by the loss of credibility of Parliament as well as their inability to take up the final discussions in plenary many finding the final decision in the Supreme Court .

Key-words: National Congress. Federal Supreme Court. Usurpation. Competence.

## SUMÁRIO

<b>1 - INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 - DA SEPARAÇÃO DOS PODERES</b> .....	13
2.1 - Considerações Históricas .....	13
2.2 - A (In)delegabilidade de Funções Estatais .....	15
2.2.1 - Expansão do Poder Judiciário.....	18
2.2.2 - Leis Vagas, Imprecisas e Gerais .....	24
<b>3 - DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	29
3.1 - Competências Constitucionais .....	29
3.2 - O Supremo Tribunal Federal pode legislar?.....	30
<b>4 - ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	34
4.1 - Demarcação da Terra Indígena Serra Raposa do Sol .....	34
4.2 - Criação do Município de Luís Eduardo Magalhães .....	40
4.3 - Número de Vereadores do Município de Mira Estrela.....	46
4.4 - Emenda dos Precatórios .....	50
4.5 - Autorização da União Entre Pessoas do Mesmo Sexo.....	55
4.6 - Autorização do Aborto de Fetos Anencéfalos .....	60
<b>5 - CONCLUSÃO</b> .....	65
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	68

## 1. INTRODUÇÃO

Tornou-se comum vermos nos noticiários um grande embate com troca de acusações entre os Poderes Legislativo e Judiciário, mas especificamente entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal, em que aquele imputa a este a violação ao princípio da Separação de Poderes, subtraindo parte de suas funções legislativas, ou seja, o órgão de cúpula do Poder Judiciário está criando normas.

Desta forma, o presente trabalho tem a finalidade de estudar as recentes decisões da Suprema Corte, as quais vem sendo atribuída natureza legislativa.

Esta situação, cada vez mais comum, vem ocorrendo não apenas no Brasil como também em diversas partes do mundo. A diferença é que no Brasil isto vem ganhando outro sentido, pois está havendo sua banalização, já que muitas vezes nossos parlamentares são incapazes de chegar a uma solução no campo político, então, impulsionados a buscar na decisão dos ministros da Suprema Corte a palavra final. A título exemplificativo, citamos a divisão dos royalties do petróleo e a criação da CPI da Petrobras, ocasião em que a base governista tentava a todo custo fazer com que as investigações abordassem diversos assuntos, tais como o metrô de São Paulo e Porto de Suape (Pernambuco), assuntos incômodos para a oposição e que poderia tirar o foco do principal motivo da criação da CPI, que era justamente investigar assuntos correlatos a Petrobras.

O tema aqui tratado tem importância tanto no cenário político quanto jurídico brasileiro devido as novas funções estabelecidas pela Constituição Federal ao Poder Judiciário, bem como a considerável diminuição da força e credibilidade que o Congresso Nacional vem perdendo, mais especificamente quanto a criação de normas legislativas e os constantes casos de corrupção que se envolvem, sendo estes os principais motivos de haver a inversão de valores e uma maior provocação do Judiciário.

Neste contexto, será analisada a possível subtração de competência do Congresso Nacional pelo Supremo Tribunal Federal. Dizemos possível porque aos olhos de alguns estudiosos não existe subtração alguma estando a Suprema Corte apenas desempenhando suas atividades constitucionalmente estabelecidas, enquanto que para outros é nítida a invasão justamente daquele a quem compete a defesa da Carta Maior.

Desta forma, analisaremos a presença e crescente influência do Supremo Tribunal Federal no cenário político brasileiro por meio de suas decisões, seja por provocação da sociedade ou dos membros do próprio Congresso Nacional.

Inicialmente, serão abordados diversos assuntos conexos aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como serão analisados alguns julgados indicados tanto pela doutrina como por informativos periódicos, afim de se chegar a uma conclusão quanto a esta usurpação da principal função do Poder Legislativo pelo Judiciário, qual seja, a atividade de criar normas abstratas e com efeito *erga omnes*.

Para que fosse possível alcançar este objetivo, foram traçados algumas perguntas: Qual a atual composição do STF? Existe de fato a subtração de competência como afirma o Poder Legislativo ou o Judiciário está cumprindo o papel que lhe foi determinado pela Constituição? Se sim, quais as causas desta expansão do Judiciário? Quais casos podemos trazer a este estudo que demonstrem esta possível usurpação?

Ademais, para o desenvolvimento do presente trabalho foram realizadas pesquisas bibliográficas, fazendo o estudo de materiais publicados em livros, artigos de internet e informativos periódicos. A escolha por esta modalidade de metodologia basicamente se deve ao fato de se encontrar largamente o tema tratado nestes tipos de materiais, possibilitando ao examinador verificar o que pensam estudiosos da área jurídica sobre o assunto, bem como de se evitar que o estudo do tema tomasse caminho diverso do pretendido, qual seja, a possível violação do princípio da Separação de Poderes pelo Judiciário. E por final, para clarificar melhor o assunto o assunto, também foram analisados os casos concretos mais marcantes e seus reflexos no âmbito político e jurídico dos julgados do Supremo Tribunal Federal.

É com estas considerações introdutórias que iniciamos nossos estudos sobre este tema tão interessante e atual, na busca pelo conhecimento e com a finalidade de se entender o que está de fato ocorrendo no cenário político e jurídico brasileiro.

## 2. DA SEPARAÇÃO DE PODERES

### 2.1. Considerações Históricas

Da história da humanidade, dos fatos mais antigos aos mais recentes, é possível se concluir facilmente que quando um só órgão ou pessoa concentra em suas mãos a maior parte ou todos os poderes de direção de um Estado, acabará por tomar decisões arbitrárias, já que suas decisões sofrem pouca ou nenhuma limitação, subjugando os demais órgãos ao seu comando. Exemplos não nos faltam, podendo citar, para melhor ilustrar este pensamento, a concentração de todos os poderes nas mãos dos reis na Era Absolutista, onde eles mandavam e desmandavam quando bem entendessem, e o governo fascista de Getúlio Vargas, conhecido como Era Vargas, que extinguiu o Poder Legislativo e todos os partidos políticos. Da mesma forma pensava Montesquieu em uma de suas mais conhecidas obras “O Espírito das Leis”:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos príncipes ou dos nobres, ou do povo exercesse esses três poderes. O de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.<sup>1</sup>

Foi em uma época conturbada para a França e inflada pelo Iluminismo que Montesquieu formulou sua Teoria da Separação dos Poderes, pois, em momentos de liberdade de pensamento e críticas ao sistema de governo vigente, que ia de mal a pior, não seria mais possível conviver com o autoritarismo emanado das decisões dos reis absolutistas desta época. E foi este autoritarismo inaceitável que impulsionou a Revolução Francesa, derrubando definitivamente este tipo de governo e formulando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, servindo esta carta como parâmetro para criação das constituições de inúmeros países.

Assim, com seria possível se estabelecer um governo com poderes suficientes para gerir um Estado e ao mesmo tempo limitar este poder de maneira a

---

<sup>1</sup> MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

evitar um retrocesso ao absolutismo? Foi partindo deste ponto e com base nos trabalhos de Aristóteles (Política) e John Locke (Segundo Tratado do Governo Civil) que Montesquieu elaborou sua principal obra, já acima citada. Portanto, pregava Montesquieu o modelo de separação dos poderes como forma de se evitar sua concentração e, conseqüentemente, os governos absolutistas. Desta forma, determinados poderes teriam autonomia para desempenhar certas funções, mas que poderiam sofrer controle dos demais poderes. A isto se deu o nome de freios e contrapesos, mecanismo pelo qual ocorreria o controle do poder pelo próprio poder.

Foi diante deste dogma que boa parte das Constituições dos países ocidentais foram formuladas, trazendo consigo o princípio basilar da Separação de Poderes. Como não poderia ser diferente, diz expressamente que Legislativo, Executivo e Judiciário são os poderes que compõe a União, sendo autônomos e independentes entre si. Segundo José Afonso da Silva<sup>2</sup>, praticamente todas as Constituições promulgadas no Brasil seguiram este modelo de tripartição de poderes, sendo exceção apenas a Constituição do Império (1824) que adotou a separação quadripartida, ou seja, tínhamos, além dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, também o Poder Moderador que se sobrepunha aos demais poderes.

Interessante também abordar o conceito de poder. Para José Afonso da Silva, o “poder” é uma manifestação sócio-cultural<sup>3</sup> e aquele que decide integrar um grupo social, deverá ceder parte de sua liberdade e se subjugar a seus “poderes”, ou seja, seus membros estarão sujeitos a autoridade do grupo que terá legitimidade para exigir que seus integrantes façam ou deixem de fazer algo em prol do interesse comum. Portanto, foi trabalhando em grupo e sob determinadas regras que se descobriu que seria possível alcançar melhores resultados. Desta forma é que se deu a formação dos Estados como o conhecemos hoje, detentor do poder estatal e capaz de obrigar os grupos sociais a cumprir determinadas normas de conduta, impondo sua independência e supremacia sobre toda sociedade. Assim, entende-se que o Estado é um ente composto por todos esses diversos grupos sociais, sobre os quais exerce controle em decorrência da confiança por eles depositada, porquanto lhe confiam parcela de sua liberdade com a finalidade principal de estabelecimento da paz social.

---

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª ed. Editora Malheiros, 2010. p. 42

<sup>3</sup> Idem, *Ibidem*, p. 43

Decerto, a divisão de poderes ainda continua sendo uma grande fórmula para levar a ordem ao Estado, sendo considerado o verdadeiro símbolo da democracia, pois, desta maneira, torna ilegítima qualquer pretensão de concentração de poderes numa mesma pessoa, possibilitando que haja um controle mútuo entre os poderes, mas conservando suas independências.

## **2.2. A (In)delegabilidade de Funções Estatais**

É compreensível que a maior parte da população brasileira, a massa propriamente dita, saiba pouco ou nada de matérias ligadas a Ciência Jurídica. Em se tratando especificamente dos Poderes da União (Executivo, Legislativo e Judiciário), quando conhecem algo, sabem apenas que estes Poderes têm funções específicas (típicas). Não entendem que possuem autonomia entre si, podendo tomar suas decisões independentes da interferência dos demais, entre outras características. Ao menos assim deveria ser, pois é o que prega nossa Constituição Federal. Quando esta pessoa leiga decide por ampliar seus conhecimentos e cursar, por exemplo, a ciência do Direito, percebe que tais funções e poderes não se limitam apenas ao que a sociedade em geral conhece. Passa-se a estudar de forma mais aprofundada o Direito.

Como é sabido, não existe uma separação absoluta dos poderes, possuindo cada órgão da União a competência de uma função principal, exercida preponderantemente, e atividades secundárias, exercida em âmbito interno. Em sendo assim, o Legislativo tem como função precípua a elaboração de leis, editando normas conforme os interesses da sociedade, da Administração Pública ou mesmo de seu próprio interesse, mas internamente lhe é permitido exercer atividades administrativas e jurisdicionais. Ao Executivo compete o poder de gerir a coisa pública de acordo com o que determina a lei e a necessidade social, fornecendo saúde, educação, segurança, lazer, entre outros. Mas também poderá o Executivo editar normas de âmbito interno e julgar os processos administrativos instaurados. Já o Judiciário tem como principal função julgar e proferir sua decisão em um processo, dando o direito a um caso concreto quando for provocado a solucionar um conflito, mas nada impedindo que este mesmo poder edite suas normas e exerça internamente atividades administrativas.

Para José Afonso da Silva<sup>4</sup>, a expressão “Poderes” que é usada no art. 2º da Constituição Federal tem duplo sentido, se referindo tanto as “funções” legislativa, executiva e judiciária, como também aos “órgãos” competentes para desempenhar tais funções, assim dizendo:

O Congresso Nacional (órgão) exerce o Poder Legislativo (função legislativa). O Presidente da República (órgão) exerce o Poder Executivo (função executiva). No art. 92 se declara: "São órgãos do Poder judiciário: (...)" - significa: órgãos da função jurisdicional - os que se enumera nos incisos do dispositivo.

O autor ainda faz uma breve diferença entre os tipos de órgãos que compõe o Estado, havendo os órgãos supremos (manifesta a vontade do Estado) e órgãos dependentes ou administrativos. É àqueles a quem pertence o poder de direção e decisão do Estado, ou seja, o poder político e que se desdobra em três funções distintas que são a legislativa, executiva e judiciária<sup>5</sup>.

Assim, para José Afonso da Silva é inapropriado falar em divisão ou delegação de poderes, pois, segundo o autor, são características do poder político a indivisibilidade, unidade e indelegabilidade<sup>6</sup>. Já a delegação de função não é proibida pela Constituição, mas é uma exceção a regra geral. Quer-se dizer que a Constituição Federal proibiu a delegação de funções, apenas excetuando em algumas situações prevista nela própria como, por exemplo, a expedição de Medida Provisória pelo Presidente da República. Portanto, aquele que fosse investido em uma função estaria impedido de exercer a função de outro poder.

Ocorre que a forma rígida da estruturação das funções dos poderes pregado por Montesquieu não suportou aos tempos em que se exige cada vez mais do Estado a sua presença junto as novas necessidades da sociedade. E foi percebendo este anseio social que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estão buscando agir com mais independência, situação que tempos atrás seria condenada. A título de exemplo, já houve época, diante da veneração ao positivismo, de ser permitido ao Judiciário fazer o uso limitado de interpretação para não desvirtuar o texto legal, se restringindo praticamente a aplicação da norma ao fato concreto e nada mais. Afirma ainda José Afonso da Silva que:

Hoje o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova

---

<sup>4</sup> SILVA, op. cit., p. 42

<sup>5</sup> SILVA, op. cit., p.43

<sup>6</sup> Idem, ibidem, p.43

visão da teoria da separação de Poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos Legislativo e Executivo e destes com o Judiciário<sup>7</sup>.

Talvez tenha contribuído em parte para esta flexibilização o surgimento do Neoconstitucionalismo, também chamado Pós-positivismo, que, nas palavras de Luís Roberto Barroso<sup>8</sup>, foi um movimento crítico entre as décadas de 70 e 80 onde se contestou principalmente o distanciamento entre o Direito e a ética devido a um positivismo exacerbado que predominava a época, já não mais respondendo satisfatoriamente aos interesses sociais, ainda mais quando se falava do Poder Judiciário, constantemente solicitado a solucionar conflitos, se limitando apenas a um mero aplicador da lei. Disto decorre a transformação que este poder em especial vem sofrendo, tomando decisões não apenas no que diz o texto frio da lei, levando-se também em consideração o que é possível se extrair de sua essência ou mesmo quais eram as reais intenções do legislador ao criá-la através de interpretações e da hermenêutica jurídica. Luís Roberto Barroso<sup>9</sup>, falando sobre o Pós-positivismo, diz:

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva.

Quanto a Constituição Federal de 1988, partimos de um ordenamento jurídico conservador e positivista, onde se tinham os princípios apenas como mero instrumento de orientação ética e moral, mas sem muita expressão, para um sistema mais flexível e preparado para responder as necessidades sociais de justiça. Desta maneira, mescla-se na Constituição Federal a segurança jurídica das normas positivadas, estabelecendo objetivamente suas intenções, com a subjetividade dos princípios, tornando o ordenamento jurídico mais flexível e sempre atual.

---

<sup>7</sup> idem, ibidem, p.43

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro** (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf)>. Acesso em: 26 mar. 2014, 09:58

<sup>9</sup> Idem

### 2.2.1. Expansão do Poder Judiciário

Afirma Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos<sup>10</sup> que, o espaço de tempo entre a independência do Brasil e a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma série de desentendimentos entre as Constituições que se seguiram e seu próprio povo, pois o país foi dominado durante um longo período por uma elite patrimonialistas. Como agravante dessa situação ainda faltava vontade política para dar força ao texto das Constituições.

Com a modernização do ordenamento jurídico brasileiro, houve a elevação à *status* constitucional de muitos direitos como também seus instrumentos de defesa, tais como Mandado de Segurança, *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, entre outros. A partir de então, tornou-se muito mais palpável o acesso à justiça àqueles antes excluídos, havendo, por consequência, ampliação das atividades jurisdicionais e justificando o crescimento do Judiciário tal qual presenciamos hoje. Assim, houve o aumento significativo de demandas tanto em relação a prestação da justiça como no controle de constitucionalidade, razão pelo qual este Poder vem ganhando mais destaque.

Talvez, parte deste problema possa ser respondido pelo fenômeno da constitucionalização do direito. Não muito tempo atrás a Constituição Federal não era dotada de tanta força formal nem material tal qual vemos hoje, ou seja, a Constituição não tinha a supremacia normativa, sendo mais um aglomerado de declarações políticas que jurídicas, necessitando de leis infraconstitucionais para produzir seus efeitos. De acordo com Luís Roberto Barroso<sup>11</sup> em seu livro “O Novo Direito Constitucional Brasileiro”, somente em 1988 é que a Constituição passa a ocupar o lugar de destaque no sistema jurídico nacional, tornando-se a base de leitura para os demais códigos. Desta forma, toda interpretação de normas deve passar pela Constituição, incidindo tanto em questões públicas como privadas. O reflexo disto é que o Supremo Tribunal Federal passa a ser provocado a decidir muito mais demandas.

---

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Pré-história Constitucional Brasileira. In: BANAVIDES, Paulo (Dir.). **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**. v. 3. Belo Horizonte: Ed. Del Rey Editora Ltda, 2004. p. 168

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012. p. 32.

Ainda segundo Luís Roberto Barroso, com a nova Constituição surgiram novas formas de interpretação<sup>12</sup>, quebrando os padrões seguidos até então, que vieram para se somar a tradicional interpretação tão deficiente para solucionar casos mais complexos. Assim, houve a superação do formalismo, a adoção no meio jurídico de uma cultura pós-positivista e a centralização da Constituição e o destaque ao Direito Público. Como exemplo, cita o caso da união homoafetiva onde o STF decidiu haver uma nova modalidade de formação de família, criando, desta forma, uma nova espécie de família não expressa na Constituição Federal. No caso em questão, houve quem aplaudisse a decisão da Suprema Corte, como acompanhamos através da imprensa, mas no meio jurídico não foi bem recebido, visto que acabou dando novo sentido ao art. 226, §3º da Constituição Federal, agindo mais como legislador que interprete. Nesta situação, diz o autor, age como co-partícipe na criação do Direito:

A norma, muitas vezes, traz apenas um início de solução, inscrito em um conceito indeterminado ou em um princípio. Os fatos, por sua vez, passam a fazer parte da normatividade, na medida em que só é possível construir a solução constitucionalmente adequada a partir dos elementos do caso concreto. E o intérprete, que se encontra na contingência de construir adequadamente a solução, torna-se co-participante do processo de criação do Direito.<sup>13</sup>

Esta expansão do Judiciário sobre os demais poderes, em especial sobre o Legislativo, não é por acaso. Há não muito tempo era bastante comum vermos reivindicações sendo feitas perante Legislativo, pois são estes os representantes do povo, mas ao que tudo indica estas reivindicações foram transferidas para o Judiciário, se transformando este Poder em palco de disputas sobre os mais diversos temas, tais como, política, economia, sociedade, etc. Quer-se dizer que está havendo uma transferência do poder de decisão final para o judiciário. Luís Roberto Barroso chama este fenômeno de judicialização da política e das relações sociais<sup>14</sup>. Não se trata de acontecimentos isolado no Brasil, mas algo cada vez mais comum em varias partes do mundo, como afirma Luís Roberto Barroso:

Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de pensar e de praticar o direito no mundo romano-germânico. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que

---

<sup>12</sup> Idem, *Ibidem*, p. 36

<sup>13</sup> BARROSO, op. cit, p. 37

<sup>14</sup> Idem. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ: Saraiva, 2012. p. 366-369.

tradicionalmente seguiram o modelo inglês - a chamada democracia ao modelo Westminster -, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade.

No mesmo sentido, afirma o autor Daniel Giotti de Paula<sup>15</sup> que estamos assistindo é uma expansão do Poder Judiciário não apenas sobre o Legislativo, como também sobre o Poder Executivo, fenômeno que também ocorre em outros países democráticos. E, paralelamente a isto, ainda está ocorrendo a queda da credibilidade de nossos parlamentares, muitas vezes envolvidos em escândalos, motivo pelo qual a justiça está sendo provocada com mais intensidade. Como já declarado anteriormente, afirma Daniel que a clássica separação de poderes está sofrendo uma crise devido a um atrito entre a democracia e o constitucionalismo e continua:

A partir da teoria democrática, trata-se de reconhecer até que ponto estão legitimados os tribunais para decidir questões morais e políticas na sociedade, abandonando-se uma separação rígida entre os espaços do direito e da justiça, cada vez menos delimitados.

No dia 1º de outubro de 2008, em comemoração aos 20 anos da Constituição Federal, houve a conferência "20 anos da Constituição: Democracia, Poder Judiciário e Interpretação Constitucional", realizada na sede da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), em Brasília. O palestrante e ainda advogado Luís Roberto Barroso<sup>16</sup> fez uma breve análise dos três poderes na Constituição desde 1988. Segundo ele, dentre todos os Poderes da União, o Judiciário foi o que mais se beneficiou com a nova Constituição, tendo uma grande ascensão político-institucional, passando a ocupar lacunas deixadas pelos demais Poderes. Continuou dizendo que, enquanto o Executivo passa por uma identidade imperialista, o Legislativo sofre uma crise existencial, necessitando urgentemente de uma reforma política.

Existe alguma justificativa plausível para que membros de um órgão (STF) não eleitos pelo voto popular afastem ou alterem definitivamente as decisões de membros de outros órgãos (Legislativo e Executivo) eleitos pelo voto direto do povo? Aduz Luís Roberto Barroso que este comportamento pode ser explicado pela

---

<sup>15</sup> PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, André; PAULA, Daniel Giote de; NOVELLINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Ed. JusPudium. pag 274

<sup>16</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Poder Judiciário vive ascensão política e institucional**. Disponível em: <<http://www.amatra3.com.br/interna.aspx?id=2&idt=3&cont=2557&ic=1>>. Acesso em: 30 nov. 2013, 14:05

posição contramajoritária<sup>17</sup>. Diz esta teoria que enquanto os eleitos pelo voto popular governam para maioria (política majoritária), o judiciário funciona como uma contrabalança, resguardando o direito de todos, inclusive da minoria, que não pode ter seus direitos devassados pela maioria, pois vivemos em uma democracia. Ou seja, apesar de a democracia representar um governo legitimado pela maioria, devem ser também garantidos os direitos individuais. Assim, exemplificou Luís Roberto Barroso dizendo que “Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número”.

Essa procura crescente pelo judiciário pode ser explicada por três causas diferentes, conforme explica Luís Roberto Barroso<sup>18</sup>. Um deles é que o Poder Judiciário está mais fortalecido que nunca, sendo garantido aos juízes a proteção da qual precisam para julgar com imparcialidade e justiça. A outra é o que conseguimos perceber com os protestos ocorridos no Brasil e transmitidos mundo afora: a falta de credibilidade dos parlamentares. Nada mais natural que a sociedade transfira suas expectativas e anseios para o judiciário, pois como seria possível confiar em pessoas que estão constantemente envolvidas em escândalos? E finaliza o autor dizendo que a última causa seria aqueles assuntos que envolvem bastante controvérsia moral, permitindo que o Supremo Tribunal discuta e decida sobre o caso.

Ocorre que, em seus julgamentos, o Poder Judiciário, em algumas situações, está dando proporções a suas decisões que pode estar extrapolando o âmbito de sua competência constitucional, que deveriam, em regra, se limitar apenas as partes envolvidas, e atingindo assim, em alguns casos, toda a sociedade, ou seja, são decisões de caráter normativo e efeito *erga omnes*. A título de exemplo, podemos citar o julgamento da ADPF 54 onde o STF decidiu ser inconstitucional a interpretação que se caracteriza uma conduta tipificada no Código Penal a interrupção da gravidez de feto anencéfalo criando, desta forma, mais uma hipótese de excludente de ilicitude de aborto dentre as duas já existentes no art. 128 do Código Penal.

---

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012. p.42

<sup>18</sup> Idem. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ: Saraiva, 2012. p. 364-365.

Luís Roberto Barroso<sup>19</sup> ainda afirma que, especificamente no Brasil, esta judicialização é algo inevitável, pois, devido ao caráter analítico da Constituição Federal, e ainda há o exercício do controle de constitucionalidade, que inevitavelmente obriga o judiciário a se manifestar em vários casos.

Em um texto publicado no jornal Folha de São Paulo<sup>20</sup>, o jurista Ives Gandra da Silva Martins se mostrou bastante preocupado com a atual situação do Supremo Tribunal Federal, chegando a intitular seu artigo de “Os dois Supremos”. Segundo Ives Gandra Martins, os membros do STF podem ser divididos em dois tipos: os que legislam e que não legislam. Para ele, a composição antiga da Suprema Corte tomava suas decisões com cautela e, portanto, agindo como já se esperava do órgão que recebeu a incumbência de proteger a Carta Maior. Continua dizendo em seu artigo que os atuais, a partir das indicações dos governos Lula e Dilma, estão extrapolando a competência constitucionalmente estabelecida, e cita alguns exemplos:

Empossar candidato derrotado – e não eleito direta ou indiretamente – quando de cassação de governantes estaduais (artigo 81 da Constituição); a fidelidade partidária, que os constituintes colocaram como faculdade dos partidos (artigo 17, § 1º); o aviso prévio (artigo 7º, inciso XXII); a relação entre homossexuais (artigo 226, § 3º); e o aborto dos anencéfalos (artigo 128 do Código Penal).

Assim, afirma abertamente Ives Gandra, que estão os ministros do Pretório Excelso de hoje gerando normas, justificando alguns constitucionalistas que estamos vivendo uma era de neoconstitucionalismo. Demonstra o jurista muita preocupação, pois estas decisões podem acarretar em um conflito de grandes proporções entre os Poderes Legislativo e Judiciário, sendo o mais coerente que ambos os Poderes sentem à mesa e discutam a atual situação.

Mas ao que parece está havendo grande dificuldade de comunicação entre os dois Poderes. No ano de 2011, o Poder Legislativo lançou uma Proposta de Emenda Constitucional nº 33, de autoria do deputado Nazareno Fonteles (PT/PI). No dia 24 de abril de 2013 a proposta foi aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados (CCJ). De acordo com o projeto, as decisões de declaração de inconstitucionalidade de emendas à Constituição e os

---

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em: 14 março 2014

<sup>20</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os dois Supremos. **Jornal Folha de S. Paulo**, São Paulo, 25 abr. 2012, p. A3.

efeitos das súmulas vinculantes aprovadas pelo STF teriam de passar pela aprovação do Congresso Nacional, bem como alterava a quantidade mínima de membros para declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Assim, entre outras questões, nas decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade quanto as emendas constitucionais, deveriam passar pelo crivo do Congresso Nacional e, decidindo contrariamente a Suprema Corte, seriam então submetida a consulta popular. Esta alteração seria no art. 102, §2º da CF que atualmente diz:

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

§ 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal<sup>21</sup>

No mesmo dia e horas depois da aprovação da PEC 33, o ministro Gilmar Mendes deferiu liminar em Mandado de Segurança impetrado pelo senador Rodrigo Rollemberg suspendendo a tramitação do Projeto de Lei 4470/12 que tramitava no Congresso Nacional e determinava a restrição à criação de novos partidos políticos, tratando da migração partidária durante a legislatura, situação que agravou ainda mais a crise entre os dois poderes. Quando desta decisão do ministro Gilmar Mendes, passou-se a imagem de que se tratava de uma retaliação, já que a PEC 33 foi muito mal recebida pela Suprema Corte, forçando Gilmar Mendes a dizer em entrevista que se a PEC 33 fosse aprovada, seria melhor fechar o STF. Ficou evidente que a crise estava instaurada. Os presidentes da Câmara dos Deputados e Senado protestaram, alegando que não passa pelo crivo do STF analisar Projetos de Leis. De um lado, Renan Calheiros afirmava que havia uma crise entre os dois poderes e de outro o presidente do STF Joaquim Barbosa deixava claro sua insatisfação sobre a PEC 33, dizendo que com sua aprovação haveria uma grande fragilização da democracia. Chegou o senador Renan Calheiros a dizer:

O papel do Legislativo é zelar pela sua competência. Da mesma forma que nunca influenciemos em decisões do Judiciário, não

---

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

aceitamos que o Judiciário influa nas decisões Legislativas, de modo que consideramos isso uma invasão.<sup>22</sup>

Para fechar este tópico, interessante ler as palavras do agora ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso tratando do avanço do Judiciário sobre os demais Poderes da União:

A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade<sup>23</sup>.

Portanto, o que estamos presenciado, cada vez mais nos últimos anos, é que o Poder Judiciário está tomando um posicionamento mais ativo junto a sociedade, algo que não deixa de ser positivo, mas talvez este posicionamento esteja excedendo sua competência e subtraindo parte das funções do Poder Legislativo, ou seja, o Judiciário pode estar deixando seu papel de “legislador negativo” que é nada mais que declarar a inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, não aplica-la ao caso concreto e assumindo um função de “legislador positivo<sup>24</sup>”, inovando no ordenamento jurídico e interferindo, desta forma, nas atividades dos Órgãos legislativos.

### 2.2.2. Leis Vagas, Imprecisas ou omissas

Quando aqui se fala em lei, está se tratando de lei em sentido estrito, ou seja, aquela norma capaz de gerar direito e obrigações. Mas até que chegue a este ponto um longo caminho precisa ser percorrido, conhecido como Processo

---

<sup>22</sup> HAUBERT, Mariana. “Consideramos uma invasão”, diz Renan sobre STF. **Congresso em Foco**, São Paulo, 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/consideramos-uma-invasao-diz-renan-sobre-stf/>>. Acesso em: 15 mar. 2014, 09:00

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em: 14 março 2014

<sup>24</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição**, Direito Constitucional Positivo. 14ª ed. Belo Horizonte: ed. Del Rey Ltda, 2008. p. 469

Legislativo, podendo algumas fases deste processo variar conforme a espécie da lei que se almeja criar (ex.: Lei ordinária, Lei Complementar, Emenda Constitucional, etc). Em qualquer situação, conforme ensina Paulo Nader<sup>25</sup>, o primeiro passo para criação de uma lei é que ela seja proposta por aqueles que tem legitimidade e que estão elencados no art. 61 da CF, ou seja, que a criação da lei seja impulsionada por alguém que tenha capacidade para levar a proposta até uma das casas Legislativas, recebendo esta fase o nome de Iniciativa. Após isto, será a proposta levada para aprovação nas comissões parlamentares e, após isto, posta em discussão e votação no plenário das duas casa legislativa (casa iniciadora e revisora), dando oportunidade aos parlamentares de conhecer o texto da nova lei. Caso haja emenda, deverá ser reencaminhado a casa iniciadora que, se rejeitar, será o projeto de lei arquivado e caso aprove, será enviado ao Presidente da República para sanção (concordância com o projeto de lei), promulgação (declarar a existência da lei) e publicação (vigência da lei). Portanto, será encaminhado ao chefe do Poder Executivo que poderá vetar ou sancionar o projeto de lei e se houver concordância com a nova norma, deverá ela ser publicada para que dê conhecimento a toda população da existência de uma nova lei. Só a partir de então, caso não haja necessidade de cumprir *vacatio legis*, que a norma jurídica terá sua vigência.

As normas jurídicas ainda podem ser estudadas sob outro enfoque diferente. Para Paulo Nader<sup>26</sup> as classifica a partir de sua vigência, efetividade, eficácia e legitimidade. Para que uma norma possua vigência é necessário o cumprimento de requisitos técnico-formais, ou seja, que apresente validade formal. Assim, para a vigência da norma não basta que ela tenha cumprido a *vacatio legis*, é necessário também que tenham sido observados as demais exigências para sua criação. Só a partir de então que a norma terá vigência. Já a efetividade ocorrerá quando, após sua vigência, ela passar a ser observada e seguida tanto pela sociedade quanto por operadores do direito. Já quando se fala em eficácia se quer dizer da capacidade que a norma tem de realizar (efetivar) aquilo para o qual é foi produzida. Assim, se a norma posta no mundo jurídico não solucionar as questões sociais que é seu principal objeto, se tornará ineficaz, caindo por consequência em

---

<sup>25</sup> NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 30ª ed. Editora Forense, 2008. p. 149-151

<sup>26</sup> Idem, *ibidem*, p. 93-95

desuso. E por final, Paulo Nader ainda aponta o atributo da legitimidade. Segundo ele, é um atributo que gera bastante controvérsia, pois sua existência depende da corrente adotada. Assim, para um positivista a legitimidade seria algo dispensável, bastante apenas a análise das qualidades extrínsecas. Já para a corrente espiritualista, seria essencial se analisar de qual fonte proveio a norma, sendo legitimados nesta situação os representantes do povo (democracia indireta) ou o próprio povo (democracia direta).

Mesmo seguindo a risca todo o procedimento legislativo para criação da norma ou se alcançando todos os atributos supracitados da norma jurídica não se garante que ela será bem compreendida e observada por todos. Diversas podem ser as causas, tais como, a título de exemplo, a imprecisão do objeto regulado por ela, omissões do legislador em pontos relevantes ou ainda definições vagas que deixam muita margem para interpretação do operador do Direito.

Para exemplificar tal situação, podemos citar as palavras do Advogado Tributarista Ives Gandra da Silva Martins quando fala sobre o Código Tributário Nacional, afirmando que se trata de uma legislação complexa e mal elaborada dizendo que:

Se alguém disser que conhece perfeitamente a legislação tributária brasileira, podendo assegurar, com precisão, a interpretação do direito vigente, ou é um gênio ou um mentiroso. Nos meus 50 anos de exercício profissional, principalmente na área fiscal, não encontrei nenhum gênio, embora tenha convivido com muitos talentos<sup>27</sup>.

Para Advogado, atualmente o Brasil não tem a qualidade legislativa de outrora e isto se deve ao fato de que atualmente quem elabora as leis são pessoas que integram o Poder Público e tem uma percepção restrita do assunto, aos quais ele denominou de “regulamenteiros”, enquanto que antes eram doutrinadores os responsáveis pela criação das leis. Isto acaba influenciando enormemente na qualidade da lei e havendo, como consequência, um hiato entre o que entende o Estado, os especialistas e o contribuinte.

Podemos ainda citar o Código Penal Brasileiro. Em matéria publicada no site jurídico ConJur<sup>28</sup>, o jornalista especialista em assuntos jurídicos, entrevistando

---

<sup>27</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Legislação existente é confusa, complexa e mal elaborada**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-jul-23/legislacao\\_existente\\_confusa\\_complexa\\_mal\\_elaborada](http://www.conjur.com.br/2008-jul-23/legislacao_existente_confusa_complexa_mal_elaborada)>. Acesso em: 01 abr. 2014, 07:40

<sup>28</sup> HAIDAR, Rodrigo. **Atualmente, juízes têm ditado a política criminal**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-out-29/leis-vagas-politica-criminal-pais-ditada-judiciario>>. Acesso em: 03 abr. 2014, 09:20

advogados criminalistas, criticou a baixa capacidade de nossos legisladores em editar normas penais claras. Consequência disto é que o judiciário é provocado à resolver as omissões ou obscuridades da norma, deixando que o juiz interprete e aplique a norma da forma que entende ser a mais adequada. Assim, leis vagas e imprecisas podem gerar uma grande diversidade de decisões para casos semelhantes, causando insegurança jurídica.

A Constituição Federal de 1988, base de todo o ordenamento jurídico brasileiro, não escapa destes problemas. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar em diversos casos emblemáticos sobre diversos assuntos, sendo acusado em algumas situações quando exerce sua função de intérprete da Constituição de estar adentrando em campo de competência dos demais Poderes da União.

Como exemplo disto, podemos citar alguns exemplos. Nos primeiros meses do ano de 2013 presenciamos algo impensável no Brasil: a prisão de parlamentares. Foi por meio da imprensa que conseguimos acompanhar o julgamento da Ação Penal 470 (caso Mensalão) e o julgamento do então deputado federal Natan Donadon, ações que geraram grande fricção entre o Congresso Nacional e a Suprema Corte. O deputado federal Natan Donadon foi condenado a 13 anos de detenção pelos crimes peculato e formação de quadrilha. Na ocasião entendia o STF que, de acordo com o art. 15, inciso III da CF, deveria haver a perda automática de seu mandato, pois a ação criminal havia transitado em julgado. Diz o artigo supracitado que os condenados definitivamente em ações criminais tem seus direitos políticos suspensos enquanto perdurarem seus efeitos. Portanto, condenado o deputado definitivamente, perderia seu mandato de imediato, sendo uma consequência lógica da sentença.

No entanto, não entendia desta forma o Congresso Nacional. Alegava que, fundamentado no art. 55, §2º da CF, haveria sim a perda do mandato o deputado ou senador, mas que antes deveria ser votado e aprovado por maioria absoluta na respectiva casa legislativa a perda do mandato. Deputados Federais e Senadores entendiam que o Supremo Tribunal Federal não poderia interferir em assuntos internos das casas, qualquer que fosse a decisão, no máximo lhe seria permitido analisar quanto a legalidade, nunca seu mérito. Já para o STF, segundo interpretação dos ministros, não deveria prevalecer o art. 55, §2º da CF, pois sua aplicação seria para os casos de crimes menos graves em que cabe detenção em

regime aberto ou semi-aberto, não sendo o caso do deputado federal Donadon, condenado a um regime totalmente incompatível com a função que exercia. Tempos depois, após muita polêmica envolvendo os ministros e parlamentares, com o julgamento da Ação Penal nº 565 que envolvia o senador Ivo Cassol e com uma nova composição de seus ministros, o STF modificou seu posicionamento, passando a entender que caberia sim a casa legislativa decidir sobre a perda do mandato do deputado federal Donadon.

Assim, o deputado foi então julgado na Câmara dos Deputados para se decidir pela perda ou manutenção de seu mandato, sendo o Deputado Federal Donadon absolvido pela casa legislativa, havendo um caso *sui generis*, pois havia um deputado federal no exercício da função e ao mesmo tempo condenado ao regime fechado, situação vexatória para o Congresso Nacional e que só se reverteu meses depois pela realização de nova seção de votação devido a anulação da seção anterior pelo ministro Luís Roberto Barroso. Desta vez, após ter sido aprovado por unanimidade a PEC que tornou aberto todas as votações do Congresso Nacional, teve o mandato cassado.

Isto mostra o quanto é importante que os membros do Poder Legislativo trabalhem com qualidade, criando leis mais claras e objetivas de forma a evitar multiplicidade de interpretações da norma e ainda que seja possível se chegar mais próximo das necessidades da sociedade, fazendo jus da representação que faz ao povo, pois, ao que parece, quem está assumindo este papel é o Judiciário.

### 3. DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

#### 3.1. Competências Constitucionais

Segundo Luís Roberto, vigorava antes da II Guerra Mundial o Estado Legislativo de Direito<sup>29</sup>. Nesta época havia a centralização das leis no próprio parlamento, como também sua supremacia sobre os demais Poderes. A Constituição tinha pouco valor normativo, sendo mais considerado como carta política. Somente com o Estado Constitucional de Direito que a organização estatal passa a ser melhor definida, havendo a centralização do ordenamento jurídico na Constituição e passando a dar mais destaque ao Poder Judiciário.

Atualmente o Poder Judiciário vem representando o papel de coadjuvante principal no cenário político-jurídico brasileiro, decidindo de forma incisiva sobre diversos temas, tais como sociais, econômicos, tributários, eleitorais, entre outros. Mas tudo isto se deve a independência e autonomia institucional que este poder obteve a partir da Constituição Federal de 1988, como aduz o ministro Gilmar Ferreira Mendes<sup>30</sup>, sendo-lhe atribuídas novas competências.

O Poder Judiciário tem como órgão de cúpula o Supremo Tribunal Federal, sendo considerado o órgão do judiciário mais antigo. Foi criado em 1828 e chamado de Supremo Tribunal de Justiça<sup>31</sup>, então formado por 17 ministros. A partir da Constituição de 1891 passou a se chamar de Supremo Tribunal Federal, sendo assim seguido nas demais Cartas e formado por 15 ministros. Nas Constituições ente 1931 e 1946 o Supremo foi composto por 11 ministros. Já no Ato Institucional nº2, de 1965 e na Constituição de 1967 esse número foi aumentado para 16, somente sendo alterado e mantido em 11 nas Cartas seguintes.

Como já afirmado, o Supremo Tribunal Federal teve seu poder aumentado consideravelmente com a promulgação da Constituição de 1988, ainda mais em se tratando de controle de constitucionalidade e de omissão de inconstitucionalidade. Assim, tem sua competência elencada no art. 102 da CF<sup>32</sup>, sendo que a competência originária encontra-se no art. 102, I, "a" a "r", a

---

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. Post-scriptum - Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política do Brasil contemporâneo. In: \_\_\_\_\_. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ: Saraiva, 2012. p. 363.

<sup>30</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Poder Judiciário: garantias do Poder Judiciário. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Editora Saraiva, 2012. p. 1094

<sup>31</sup> Idem, p. 1101

<sup>32</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

competência recursal ordinária no art. 102, II, e a competência recursal extraordinária no art. 102, III. O ministro Gilmar Mendes ainda afirma que pode a Suprema Corte ampliar suas competências expressas quando for possível extrair das normas constitucionais competências implícitas, assim dizendo:

O sistema constitucional não repudia a ideia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para comaltar lacunas constitucionais evidentes. Parece que o argumento da competência estrita do STF não encontra respaldo na praxis jurisprudencial. Afigura-se, pois, incorreta e contrária à jurisprudência pacífica a afirmação, corrente em inúmeros manuais, segundo o qual a competência da Corte há de ser interpretada de forma restritiva<sup>33</sup>.

O Supremo Tribunal Federal acumula as funções de tribunal de última instância dos recursos e também de guardião da Constituição Federal, zelando pela sua correta observância e aplicação. Como já afirmado a pouco, atualmente é composto por onze ministros indicados pelo Presidente da República e sabatinado e aprovado pelo Senado Federal.

Compete ainda ao Supremo Tribunal Federal, além das inúmeras novidades trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, também chamada de Reforma do Judiciário, que inseriu o art. 104-A, caput, expedir súmulas vinculantes, desde que provocado ou de ofício sobre determinada matéria e aprovado por dois terços de seus membros, vinculando as decisões do judiciário e da administração direta e indireta de todos os entes federativos. O principal objetivo das súmulas vinculantes é evitar que haja diversidade de interpretações sobre a mesma norma em situações fáticas iguais, bem como evitar que chegue a Suprema Corte casos em que já se conhece o desfecho.

### **3.2. O Supremo Tribunal Federal pode legislar?**

Questão que de tempo em tempo levanta grande polêmica é quanto a possível subtração da principal função do Poder Legislativo, qual seja, a atividade de discutir e criar leis. Questão complexa e que, aparentemente, está longe de se encontrar uma resposta que satisfaça todas as partes, pois o órgão que comete esta possível usurpação diz não haver comportamento ilegal de sua parte. Este assunto voltou a tona depois de acontecimentos recentes, como o julgamento da Ação Penal 470 (caso Mensalão) e a posse do novo ministro Luís Roberto Barroso. Quanto a

---

<sup>33</sup> MENDES, op.cit., p. 1115

Ação Penal 470, houve grande desentendimento entre os Poderes Legislativo e Judiciário, pois, logo após o trânsito em julgado da ação para alguns parlamentares, entendia o STF que a perda do mandato seria uma consequência lógica da sentença, enquanto que o Legislativo entendia que lhe cabia tal decisão e que se o STF o fizesse estaria subtraindo sua competência.

Já o ministro Roberto Barroso, em sabatina obrigatória no Senado Federal para que tivesse seu nome aprovado como novo membro do STF, foi bastante questionado quanto ao posicionamento que a Suprema Corte vem tomando frente a diversos assuntos de interesse geral da população. Como era de se esperar, o ministro foi cauteloso em suas palavras se compararmos ao que pensava quando ainda professor. Disse que o Supremo deve ser deferente quanto as decisões políticas do Congresso Nacional, devendo o judiciário se pautar nestas escolhas, contudo, se houvesse omissão do Poder Legislativo em regular matérias importantes, deveria o Supremo Tribunal ser criativo, pois é preciso uma solução aos problemas levados a Corte. Citou então o caso da ação que julgou a liberação do aborto de fetos anencéfalos, dizendo que agiu corretamente o STF na decisão final, pois não havia nenhuma lei regulando a situação e que seria preciso dar uma solução ao caso, não podendo se falar em usurpação de competência, mas que nada impediria que o Congresso normatizasse tal caso futuramente. Segundo o ministro, isto se deve, em parte, ao fato de a Constituição Federal discorrer sobre diversos temas, dando legitimidade a Suprema Corte para discutir tais assuntos.

Maior parte das críticas direcionadas ao STF quanto a casos simbólicos como estes podem ser resumidas a algumas poucas. Uma delas se refere a ampliação do campo de incidência de uma lei, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, quando diz estar apenas interpretando a norma constitucional, está, em verdade, aumentando os objetos por ela regulamentados, acrescentando sentido não imaginado pelo legislador. Outra crítica que se faz é que, em respeito ao princípio da Separação de Poderes, não é permitido ao STF inovar no ordenamento jurídico com o simples argumento de que o Legislativo está sendo omissos. Correto. Não poderia um erro do Legislativo, que se omiti em regular matérias relevantes, justificar outro erro do Judiciário que, por este motivo, entende ser necessário que outro o faça, mesmo que para isto seja ele próprio, acumulando as funções legislativa e jurisdicional.

Segundo Maria Helena Diniz<sup>34</sup>, há muito tempo existe grande divergência quanto ao método de interpretação que deve ser utilizado pelo aplicador da lei ou interprete quando analisa o caso concreto. Deveria se limitar a intenção do legislador no momento da criação da norma ou a lei teria autonomia depois de sua criação? Segundo a autora, aqueles que seguem a Teoria Subjetiva entendem que deve prevalecer a vontade do “criador” da norma jurídica, pois este que teve contato com os fatos que sustentaram sua criação, como também se evitaria de haver diversas interpretações sobre a mesma norma. Já aqueles que seguem a Teoria Objetiva entendem que a ligação do legislador com a lei se rompe no exato momento de sua concepção, tendo uma vida autônoma a partir deste momento, corrente seguida pela autora e, analisando algumas decisões, também o STF. Sustentam que é impossível que o legislador possa imaginar todas as situações possíveis para se regular, devendo, por este motivo, a lei se adaptar aos fatos sociais que ocorrem no dia-a-dia. Quanto a esta teoria diz a autora que a norma:

(...) devido a seu valor atual acompanha as circunstâncias mutáveis da vida social presente a cujo serviço ela sempre se encontra. Se a norma existe a serviço da sociedade, está na sociedade e na vida social presente, que não é igual a vida social do passado, e se foi promulgada no passado, ela evolui, transfunde-se em elemento da vida social presente a fim de melhor servir às exigências sociais dentro da realidade atual.

Existe ainda aqueles que defendem abertamente a função legislativa dentro do judiciário. Assim é o autor Carlos Roberto Galvão<sup>35</sup>, em livro de sua autoria e intitulado “Eficácia dos direitos sociais e a nova Hermenêutica Constitucional”. Afirma ele que devemos derrubar o mito antigo da separação de poderes e permitir que o Judiciário aplique o direito conforme as necessidades que surgem. Entende o autor não ver problemas quando o Judiciário, caminhando dentro de suas competências constitucionais, acaba por proferir decisões com aspecto normativo. Continua o autor a dizer que é preciso, portanto, acabar com a grande veneração que existe ao Princípio da Separação de poderes e permitir que o Judiciário decida cada caso concreto, mesmo que para tanto tenha atuar como “legislador positivo”. Para Carlos Galvão, nestes casos, não ocorre a usurpação e

---

<sup>34</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 453-457

<sup>35</sup> BARROS, Carlos Roberto Galvão. **A Eficácia dos Direitos Sociais e a Nova Hermenêutica Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Biblioteca 24 horas, 2010, p. 158

sim o exercício das funções que lhe foram atribuídas. Assim podemos entender de seu texto:

O fundamento deste mito encontra-se na impossibilidade do Judiciário editar normas, mesmo se movendo no campo que lhe é reservado pela própria Constituição, pois isso seria usurpar as funções do Legislativo. Haveria, assim, segundo os seus adeptos, uma violação ao princípio da separação de poderes, porquanto ao Judiciário compete a tarefa exclusiva de julgar

Para esclarecer sua opinião, Carlos Galvão dá o exemplo do HC 76371/SP onde se pedia a extensão do benefício da progressão de regime de pena da Lei de Tortura para os crimes hediondos. Na ocasião, entendeu-se que se o Judiciário assim o fizesse, estaria subtraindo a competência do Legislativo.

É o que se infere, por exemplo, do HC 76371 / SP do Supremo Tribunal Federal, onde ficou consignado que não cabe ao Judiciário estender o benefício da progressão de regime previsto na Lei nº 9.455/97, que define os crimes de tortura, aos condenados pelos demais crimes hediondos previstos na Lei nº 8.072/90, cuja pena deve ser cumprida em regime integralmente fechado, posto que, assim agindo, estaria atuando como legislador positivo (e não negativo), usurpando a competência do Poder Legislativo, que fez sua opção política.

Carlos Galvão ainda faz grande crítica ao que ele entender ser “mito do legislador positivo”, pois da mesma forma que é permitido ao Judiciário eliminar do ordenamento jurídico um ato que é considerado inconstitucional, também deveria ser possível poder aplicar uma norma extraída do texto constitucional por meio de interpretação, aplicando ao caso concreto quando existir omissão do legislador, pois a omissão é tão nociva quanto ao ato inconstitucional.

Ora, é ilógico que o juiz possa anular um ato, uma ação, mas não possa suprir uma omissão. Em ambos os casos, há uma ilicitude, uma violação ao texto constitucional que deve ser suprida. Se a função de corrigir ou de reparar direitos violados é do Poder Judiciário, não parece razoável que, na hipótese de omissão, que constitui uma transgressão constitucional, ele não possa fazê-lo(...)

## 4. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Passa-se a partir de agora a analisar alguns casos concretos julgados e decididos pela Suprema Corte Brasileira. Alguns mais e outros menos complexos, mas todos relevantes e que marcam, a cada decisão, a história do órgão de cúpula, seja como um novo Poder como afirmam alguns, já que em certas situações se evidencia um acúmulo de atividades tanto suas como de outros Poderes da União, seja como um defensor da Carta Maior, zelando por sua fiel observância e cumprimento.

### 4.1. Demarcação da Terra Indígena Serra Raposa do Sol

Assunto que vale a pena ser tratado é quanto a Ação Popular<sup>36</sup> movida pelo senador Augusto Affonso Botelho Neto do estado de Roraima com o objetivo de impugnar a Portaria do Ministério da Justiça n.º 534/2005, homologada pelo então presidente da República Luís Inácio Lula da Silva que confirmou as terras indígena Raposa Serra do Sol a cerca de 19 mil índios, área de 1,7 milhão de hectares, como também determinou a saída dos não indígenas destas terras, agricultores atraídos pelos incentivos fiscais, em sua maior parte da região sul do país que cultivavam arroz.

Tema quase sempre envolto de polêmicas, as demarcações e garantias de territórios aos indígenas muitas vezes envolve os índios e não índios, gerando grandes conflitos entre aqueles que buscam expandir suas atividades econômicas e o aborígenes, sendo agravada ainda mais pela morosidade do Poder Legislativo em regulamentar estas áreas.

O julgamento teve início em 28 de agosto de 2008, com voto favorável do ministro relator Carlos Ayres Britto<sup>37</sup>, sendo logo em seguida interrompido por pedido de vista do ministro aposentado Menezes Direito. Quando do retorno ao Plenário,

---

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3.388/RR. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto. Publicado no DJe 24/09/2009. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/PET\\_3388\\_RR\\_1278965727084.pdf?Signature=l3D41ztMz%2Fvi5mE6EKF0D95wDwl%3D&Expires=1400628066&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZAÇAXCMBA&response-content-type=application/pdf](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/PET_3388_RR_1278965727084.pdf?Signature=l3D41ztMz%2Fvi5mE6EKF0D95wDwl%3D&Expires=1400628066&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZAÇAXCMBA&response-content-type=application/pdf)>. Acesso em: 23 de abril de 2014

<sup>37</sup> YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: Todo dia era dia de índio. **Revista Direito GV**. Nº. 11. São Paulo, p. 143-157.

segiu o voto do relator, mas trouxe o ministro 19 condicionantes<sup>38</sup> às demarcações das terras indígenas com a finalidade de conciliar os interesses indígenas, o meio ambiente e interesses nacionais. Os votos seguintes também foram todos favoráveis a demarcação das terras indígenas, divergindo apenas o ministro Marcos Aurélio. Assim, ficou reconhecido que o espaço de terra do Raposa Serra do Sol pertenceria a cinco povos indígenas.

Portanto, foi por estas condicionantes do voto do ministro Menezes Direito, que foi seguido pela maioria, que o Supremo Tribunal Federal foi duramente criticado, pois estava extrapolando sua atividade de julgador e adentrando em campo o Poder Legislativo. Nem todas as condicionantes, é verdade, podem ser taxadas de inovadoras, sendo apenas repetições de textos legais já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, mas algumas sim trazem algo de novo.

De acordo com as condicionantes, as terras demarcadas pertenceriam a União, tendo os índios apenas direito de usufruto (condicionante 1) e proibindo qualquer tipo de negócio jurídico que limite seu usufruto (condicionante 14), ampliação (condicionante 17) ou tributação (condicionante 16), sendo o direito sobre as terras inalienáveis e imprescritíveis (condicionante 18), podendo o governo federal explorar as riquezas destas terras, desde que autorizadas pelo Congresso Nacional (condicionante 2 e 3). Também definiu que o acesso das Forças Armadas e da Polícia Federal (condicionante 6) poderia ser a qualquer momento, sem necessidade de se consultar os índios ou mesmo a Funai e também que a União poderia criar redes de comunicação, estradas, vias de transporte e fornecimento de serviços públicos, mesmo com o exercício do usufruto (condicionante 7). Os índios não poderiam explorar nenhum recurso energético (condicionante 5), bem como cobrar nenhum tipo de tarifa ou valor sobre as terras (condicionante 4, 12 e 13), devendo o acesso de não índios ser antes consultado a Funai (condicionante 11) e sendo proibida que estes possam extrair das terras demarcadas algum proveito (condicionante 15). Ainda determinou-se a competência do Instituto Chico Mendes (condicionante 8, 9 e 10), órgão do Ministério do Meio Ambiente, para administrar a área demarcada. Por final, estabeleceu que os entes federativos teriam direito de participar de todo o processo de demarcação.

---

<sup>38</sup> **STF impõe 19 condições para demarcação de terras indígenas.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

Com estas condicionantes, quis os ministros do Supremo Tribunal Federal traçar parâmetros de como deveria a União agir para demarcar a terra Raposa Serra do Sol, como também regulamentar o comportamento dos índios que ali permaneceriam e mesmo de qualquer outra pessoa que por ali passasse ou exercessem atividades de pesquisas, motivo pelo qual diversos embargos foram interpostos, somando-se sete ao todo. Mesmo não sendo de sua competência, por ser uma atividade claramente legislativa e ainda envolver uma quantidade considerável de pessoas, deveria o STF, antes de tomar uma decisão deste porte, ouvir as pessoas por ela afetadas. Por este e outros motivos que foram impetrados diversos embargos, entre eles o da então Vice Procuradora-Geral da República Deborah Duprat, dizendo que:

Sem embargo, os princípios democrático e da separação de poderes impõem limites para esta atividade normativa do STF, que foram ostensivamente ultrapassados no caso. Na hipótese, sem nenhuma discussão prévia na sociedade, simplesmente foi proposta a edição de comandos gerais e abstratos, em tema extremamente complexo e de enorme relevância social e jurídica. Tal procedimento viola não apenas as regras legais concernentes aos limites objetivo e subjetivo da coisa julgada (CPC, arts. 469 e 472, art. 18 da Lei nº 4.717/65), como também fere de morte os princípios do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF) e da Separação de Poderes (art. 2º, CF), segundo os quais cabe ao legislador, devidamente legitimado pelo voto popular, a prerrogativa constitucional de expedir normas gerais e abstratas de conduta<sup>39</sup>.

Os embargos tiveram como relator o ministro Luís Roberto Barroso que, não concordando com o entendimento da ex-vice Procuradora da República, disse que as decisões da Suprema Corte não podem ser assim vista por ausência de caráter vinculativo para outros casos semelhantes, sendo esta decisão especificamente para este caso. Assim disse:

Essa circunstância, porém, não produz uma transformação da coisa julgada em ato normativo geral e abstrato, vinculante para outros eventuais processos que discutam matéria similar. No atual estado da arte, as decisões do Supremo Tribunal Federal não possuem, sempre e em todos os casos, caráter vinculante. Não se aplica, no Brasil, o modelo de *stare decisis* em vigor nos países do *common law*, no qual as razões de decidir adotadas pelos tribunais superiores vinculam os órgãos inferiores. Embora essa regra admita exceções,

---

<sup>39</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/destaques-do-site/embargos-de-declaracao-da-pet-3388-raposa-serra-do-sol>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

entre elas não se encontram as sentenças e acórdãos proferidos em sede de ação popular, ainda que emanados deste Tribunal.

Dessa forma a decisão proferida na Pet 3.388/RR não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas. Como destacou o Ministro Carlos Ayres Britto, “a presente ação tem por objeto tão-somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol”<sup>40</sup>

Mais uma vez ficou vencido o ministro Marco Aurélio que tinha dado provimento parcial aos embargos da Procuradoria-Geral da República com o fito de excluir as condicionantes do acórdão por entender que, com a demarcação de terras pelo Supremo Tribunal, houve a edição de normas abstratas e gerais. Assim, por final, ficou decidido que o espaço de terra de aproximadamente 1,7 milhão de hectares ficaria sob a posse de povos indígenas, nela não podendo viver os não indígenas e devendo os agricultores que ali habitavam ser imediatamente retirados, abrindo precedentes para outros casos semelhantes.

Na íntegra a ementa da Pet 3388/RR:

STF - PETIÇÃO : Pet 3388 RR

(Ref. às Petições 33070 e 34231) O Ministério Público Federal e a União ingressam nos autos desta ação popular com petições (nºs 33070 e 34231, respectivamente) versantes sobre a execução do que foi decidido por este Supremo Tribunal na sessão plenária de 19/03/2009.2. Sintetizo o que foi requerido. Fazendo-o, inicio pela peça subscrita pelo Procurador-Geral da República, em exercício, que pleiteia: a) 'seja requisitado ao Ministro da Justiça o deslocamento imediato dos membros da Polícia Federal e da Força Nacional de Segurança Pública para a área indígena Raposa Serra do Sol, em especial para as fazendas ainda ocupadas por terceiros, de forma a garantir o livre trânsito dos órgãos de fiscalização e a saída pacífica daqueles que assim o desejarem;'; b)'seja a Polícia Federal autorizada a requisitar imediatamente os equipamentos e máquinas necessários ao fiel cumprimento da decisão;'; c) 'seja determinado ao IBAMA que realize a avaliação de eventuais danos ambientais na área em questão, com as devidas autuações, se for o caso;'; d) 'seja determinado à União, por meio do órgão competente, que avalie a safra ainda não colhida'.3. Por seu turno, a União requer a implção da extrusão e a autorização para o ingresso, na área demarcada, dos seguintes órgãos públicos: a) 'IBAMA, para avaliar a ocorrência de eventuais danos ao meio ambiente'; b) FUNAI, INCRA, Agência Nacional de Águas ' ANA e FUNASA, 'para o cumprimento de suas funções legais'; c) 'de representantes do Ministério da Agricultura, para avaliar as plantações, bem como informar sobre o

---

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb. Dec. Pet 3.388/RR. Rel. Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/11/Decis%C3%A3o-Raposa-Serra-do-Sol.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

prazo necessário para a efetivação da colheita e sua respectiva operacionalização'; d) 'de representantes do Ministério Público do Trabalho, para apurar a existência de trabalho escravo'. Ingresso, esse, 'acompanhado e garantido pela Polícia Federal e pela Força Nacional de Segurança Pública, restando, para esse fim, assegurado o livre acesso a toda a área demarcada'. Requer, complementarmente, 'seja autorizada a requisição de quaisquer utensílios e bens necessários para a implementação da decisão, ainda que de caráter privado, na forma prevista no art. 5º,XXV, da Constituição Federal'. Fez juntar, ainda, detalhamento das ocupações restantes na área, em número de 58 (cinquenta e oito).4. Esse é o relatório, decido. Para fazê-lo, inicio por anotar que este nosso Supremo Tribunal proferiu decisão acerca da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388), da qual extraio o conteúdo alusivo à execução do julgado: Decisão: [...]julgou-a [a ação popular] o Tribunal parcialmente procedente [...]declarando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol [...]. Cassada a liminar concedida na Ação Cautelar nº 2.009-3/RR. Quanto à execução da decisão, o Tribunal determinou seu imediato cumprimento, independentemente da publicação, confiando sua supervisão ao eminente Relator, em entendimento com o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, especialmente com seu Presidente [...].' (Publicada no DJe nº 61, de 30/03/2009) 5. Firmada a competência deste Relator para a execução da decisão, independentemente da publicação desta, defiro em parte os pedidos do Ministério Público Federal e da União, o que faço com fundamento nos artigos 231 e 232 da Constituição Federal, no § 5º e cabeça do art. 461, no § 2º e cabeça do art. 461-A e no art. 633, todos do Código de Processo Civil, combinando-os com o art. 342 do RI/STF, e nos seguintes termos:a) determinar o ingresso do IBAMA e da Agência Nacional de Águas nas áreas denominadas de 'fazendas', a fim de que sejam promovidos levantamentos de caracterização do passivo ambiental para a detecção de eventual dano ambiental, a fixação de autoria, a identificação de materiais nocivos ao meio-ambiente em estoque nas referidas áreas (tais como defensivos agrícolas, aditivos químicos, etc.), bem como para que acompanhem o processo de desmobilização e de retirada de bens, de qualquer natureza, dos ocupantes ilegais, no sentido de prevenir impactos nocivos aos recursos naturais;b) determinar o ingresso do INCRA e do Ministério da Agricultura (incluída aí a CONAB) para que realizem levantamentos das áreas plantadas, em especial a de rizicultura, a estimativa da safra (quanto à quantidade e precificação) e o prazo e formas de operacionalização da colheita. Determinar, ainda, que sejam identificadas as plantações situadas em áreas embargadas (p. ex.: pelo IBAMA);c) determinar ao Ministério da Justiça, pelos seus órgãos de segurança, a prestação de todo o apoio necessário à implementação das medidas acima indicadas, além de garantir que os ocupantes ilegais deixem a região, com seus

bens, de forma pacífica e ordenada, admitindo-se, para isso, o ingresso em qualquer área da Terra indígena Raposa Serra do Sol;d) deferir, em caso de resistência ou quaisquer atitudes injustificadas, que impliquem a extrapolação do prazo razoável de saída voluntária dos ocupantes ilegais, já notoriamente fixado em 30 de abril de 2009, as requisições de bens necessários à implementação da desocupação e do uso da força, esta no limite do estritamente necessário. Neste caso, a operacionalização das requisições, com a devida especificação dos bens e de seus proprietários, é de ser previamente submetida ao Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ou autoridade que lhe faça as vezes por delegação. Havendo, no local, Juiz especialmente designado por este Relator ou pelo Presidente do TRF da 1ª Região, o uso da força deverá ser previamente autorizado pelo mesmo;e) autorizar a destinação de locais específicos na Terra Indígena, ou fora dela, para permitir o depósito e facilitar a guarda de insumos, coisas móveis e semoventes pertencentes aos ocupantes ilegais, bens esses que ficarão sob a responsabilidade do Poder Público até o fim do processo de desocupação;f) os citados lugares ficam destinados aos bens, de quaisquer natureza, a serem apreendidos no caso de descumprimento do prazo limite fixado em 30 de abril de 2009;6. Quanto à pretensão da União, de ingresso na área de representantes da FUNASA e do Ministério Público do Trabalho, à falta de demonstração de vínculo direto ou indireto com a execução da decisão, não conheço do pedido. Autorizo, no entanto, o ingresso do Ministério do Trabalho para os necessários levantamentos e cadastramento dos trabalhadores a soldo dos ocupantes ilegais.7. As situações de não-índios detentores de parentesco com integrantes das comunidades indígenas da TI Raposa Serra do Sol e que eventualmente constem da Relação de Processos de Ocupantes na Terra Indígena Raposa Serra do Sol (fls. 12.486/12.488) devem ser objeto de submissão individualizada ao Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.8. Fixo à FUNAI o prazo de 7 (sete) dias para submissão a este Relator de relatório parcial referente ao cumprimento da presente decisão e do estágio em que se encontrar a desocupação das terras, pelo que os entes acima listados deverão apresentar-lhe as devidas informações. Autorizo que a FUNAI, para o bom desempenho desta incumbência, ingresse nas áreas de ocupação ilegal para inventariar os bens que estão sendo retirados, os que permanecem, com as devidas especificações e o estado dos mesmos.9. Notifiquem-se, com a máxima urgência, inclusive por telex e/ou fac-símile, as autoridades máximas dos órgãos/entes referenciados nessa decisão, para que a façam cumprir. Dê-se ciência ao Procurador-Geral da República, ao Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e ao Governador do Estado de Roraima. Publique-se. Brasília, 03 de abril de 2009. Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator 1 1

(STF - Pet: 3388 RR , Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 03/04/2009, Data de Publicação: DJe-071 DIVULG 16/04/2009 PUBLIC 17/04/2009)

#### **4.2. Criação do Município de Luís Eduardo Magalhães**

No ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2240/BA, impetrada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) contra a Lei Estadual baiana 7.619/2000, que instituía o município de Luís Eduardo Magalhães, tendo como relator o ministro Eros Grau. Pretendia o PT com a ADI declarar a inconstitucionalidade da referida lei, já que a mesma foi editada na pendência de lei complementar federal de observância obrigatória referida no §4º do art. 18 da Constituição Federal, portanto eivada de vício formal, já que deixou de observar requisito essencial. Assim está expresso no artigo:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

[..]

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.<sup>41</sup>

Além do mais, o preceito da Constituição da Bahia que determinava os requisitos e o período para que houvesse o desmembramento do município de Barreiras tinha sido revogada com a promulgação da EC 15/96, não podendo mais a lei baiana se fundamentar neste preceito. Houve também outra violação a Constituição Federal que foi a não realização do plebiscito com a totalidade da população do município que houve o desmembramento, que neste caso seria a totalidade de Barreiras, sendo apenas realizado com a parcela que sofreria a emancipação, violando claramente o art. 18, §4º da CF e o princípio do regime democrático. E por final, também se buscava a inconstitucionalidade da norma pelo fato de o estudo de viabilidade exigido pela Constituição ter sido apenas divulgado

---

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

no dia seguinte ao do plebiscito, que foi realizado no dia 19 de março de 2000, quando a Constituição é clara neste sentido quando diz que a consulta prévia somente deverá ocorrer em data posterior ao Estudo de Viabilidade do Município. Portanto, o que se vê uma série de violações aos preceitos constitucionais. Alegou-se ainda que a criação do município tinha a finalidade de obtenção de votos, pois tinha sido criada em ano eleitoral.

A ação teve como relator o ministro Eros Grau que deixou claro que a criação do município fora contrária a Constituição, já que criada por uma lei em flagrante inconstitucionalidade. Mas exaltou a situação fática a qual se encontrava o município de Luís Eduardo Magalhães, situação esta que deveria se sobrepor a situação de direito. Queria dizer o ministro relator que, mesmo que o município de Luís Eduardo Magalhães tenha sido criado contrário a Constituição Federal, não seria a melhor decisão simplesmente declarar a inconstitucionalidade da lei que instituiu o município baiano e desconstitui-lo, pois já se tinham passados seis longos anos desde a instauração da ação e o julgamento de seu mérito, tendo ocorrido neste período acontecimentos de um verdadeiro ente federativo como qualquer outro, tais como promulgações de leis, eleições para vereadores e prefeitos, informou o número de veículos que possuía, o repasse da repartição de receita, o número de alunos matriculados na rede pública de ensino municipal e a quantidade de eleitores desde sua criação. Portanto, resumidamente, podemos dizer que o ministro Eros Grau entendeu que, mesmo diante do vício formal da norma baiana, o município havia passado a existir de fato, dizendo o ministro que:

Ocorre que o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia. Como tal existe. Há mais de seis anos. Por isso esta Corte não pode limitar-se à prática de um mero exercício de subsunção. Cumpre considerarmos prudentemente a circunstância de estarmos diante de uma situação de exceção e as consequências perniciosas que adviriam de eventual declaração de inconstitucionalidade da lei estadual.

O Município --- permito-me repeti-lo --- o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato. No seu território foram exercidos atos próprios ao ente federativo dotado de autonomia. No dia 19 de julho de 2.001, foi promulgada a sua lei orgânica. O Município legisla sobre assuntos de interesse local; até maio de 2.006, foram sancionadas mais de duzentas leis municipais. O Município elegeu seus Prefeito e Vice-Prefeito, bem assim seus Vereadores, em eleições realizadas pela Justiça Eleitoral.

Instituiu e arrecadou tributos de sua competência. Prestou e está a prestar serviços públicos de interesse local. Exerce poder de polícia. Em seu território --- isto é, no Município de Luís Eduardo Magalhães -- foram celebrados casamentos e registrados nascimentos e óbitos. O Município recebe recursos federais e estaduais e participa da arrecadação de tributos federais e estaduais. Segundo dados obtidos no sítio do IBGE [www.ibge.gov.br], no ano de 2.000 foram realizadas eleições no Município de Luís Eduardo Magalhães, organizadas pelo TRE-BA, de que participaram 9.412 eleitores. Em 2.004, eram 20.942 os eleitores do Município.

No ano de 2.001 o Município contava com 18.757 habitantes, que se movimentam numa frota de 2.921 veículos. A população estimada pelo IBGE em 2.005 é de 22.081 habitantes. A frota, por sua vez, saltou para 3.928 veículos em 2.004. Em 2.002 foram assentados 469 nascimentos no cartório de registros públicos. Em 2.003 foram 383 registros. Também em 2.002, o Município recebeu quotas do Fundo de Participação dos Municípios no valor de R\$ 4.011.364,34 e do FUNDEF da ordem de R\$2.128.461,58. No ano seguinte, R\$ 4.237.187,52 do FPM e, em 2.004, R\$ 4.305.244,00 provenientes do FUNDEF3. Em 2.003 contava com 8.174 alunos matriculados, 7.842 na rede municipal de ensino, composta por 14 escolas e 262 docentes.<sup>42</sup>

Buscou ainda fundamentar melhor seu voto fazendo referência ao julgamento do Mandado de Segurança nº 24.268, voto do ministro Gilmar Mendes quando se aplicou o princípio da segurança jurídica ao caso. Invocou também do Direito Administrativo o princípio da confiança, alegando que todos os atos administrativos praticados pelo município gozam da presunção de legitimidade e boa-fé, não mais podendo o poder público desconstituir o ato que o criou. Adentrando no campo da política externa, ainda falou sobre o ocorrido quando do reconhecimento pela ONU do governo comunista da China de 1949, citando pelo representante da ONU Carl Shmitt quando disse que seu reconhecimento jurídico internacional deveria apoiar-se na realidade fática, pois existia uma situação que não poderia ser ignorada por toda a comunidade internacional, portanto não podendo prevalecer o direito em detrimento do fato concreto, como também sendo impossível se anular um fato concreto por meio de uma decisão:

Não se anulam fatos. Um ente da federação assumiu existência [plano da existência] e dessa existência resultaram efeitos jurídicos

---

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2240/BA. Rel. Ministro Eros Grau. Publicado no DJe 02/08/2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi2240.pdf> >. Acesso em: 10 de abril de 2014

[plano da eficácia], tal como ocorre no casamento putativo e com as “sociedades em comum” [= sociedades de fato].<sup>43</sup>

Importante observar que até antes desta decisão, a Suprema Corte já tinha julgado outras ações de situação semelhante e declarado pela inconstitucionalidade das normas. Desta forma, mesmo em flagrante vício de inconstitucionalidade, decidiu o ministro Eros Grau pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade e aceitar que os fatos, neste caso concreto, devem prevalecer sobre o direito.

Para finalizar seu voto, pediu que fosse julgada improcedente a ADI, pois se trata de uma situação excepcional, de forma a convalidar uma lei inconstitucional, "perdoando" o vício formal da lei criadora do município de Luís Eduardo Magalhães.

Logo após, o ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos e, em Plenário, concordou totalmente com o ministro Eros Grau, apenas entendendo que o caso não poderia ser solucionado apenas com a decretação de improcedência do pedido. Para tanto, propôs a modulação temporal dos efeitos da decisão *pro futuro*, ou seja, para data futura, fixando prazo de 24 meses para que o Congresso Nacional editasse a lei complementar federal que regulamentasse a criação de municípios como também a criação de nova lei pelo Estado da Bahia, desta vez em acordo com a Constituição Federal. Assim, o relator ministro Eros Grau reajustou seu voto para acompanhar o ministro Gilmar Mendes, sendo voto vencido o ministro Marcos Aurélio que declarou a nulidade do ato questionado.

Portanto, apesar da inexistência da lei, o STF decidiu pela permanência não só do município baiano, como também de muitos outros que se encontravam em situação semelhante como se já existisse a lei federal que regulamenta a criação dos municípios, dando sobrevida aos municípios criados irregularmente por omissão do Congresso Nacional, situação que só foi superada com a edição da Emenda Constitucional 57/2008, convalidando todos estes municípios, desde que observados os demais requisitos para sua criação. Assim, é até aceitável, mas discutível, que o Poder Constituinte Derivado convalide leis estaduais que criam, fundam, desmembroem ou incorporem municípios, pois são seus membros investidos pelo povo, sejam estas decisões do Congresso Nacional juridicamente inválidas, cabendo sempre o controle de constitucionalidade. No campo jurídico foi bastante criticado, pois o que se percebe é uma grande contradição do Guardião da Constituição, já

---

<sup>43</sup> Idem

que os ministros reconheceram a inconstitucionalidade das leis, mas ao mesmo tempo a aceitam como válidas, mesmo que estabelecendo um prazo de vida, e ainda obrigando o Congresso Nacional a editar a referida lei federal, bem como proferindo uma decisão validando provisoriamente as irregularidades da criação do município. Estaria o Supremo Tribunal violando a própria Constituição ao entender que o lapso temporal percorrido da impetração da ADI até seu julgamento seria suficiente para sanar inconstitucionalidades da norma, sendo uma decisão equivocada

Decorrido o prazo determinado pelo STF, o Congresso Nacional ainda não tinha editado tal lei, preferindo aprovar a Emenda Constitucional nº 57, promulgada em 18 de dezembro de 2008, convalidando todos os municípios criados por leis estaduais até 31 de dezembro de 2006, desde que observados todos os requisitos constantes no do art. 18, com exceção da lei omissa. Quanto aos municípios criados em datas posteriores, a EC 57/08 nada dispôs.

Entretanto, foi aprovado nas duas casas legislativa um Projeto de Lei Complementar 416/08, que trata da criação de novos municípios, mas que até o momento se encontra vetado integralmente pela presidente Dilma Rousseff sob a alegação de despesas extras sem receita, onde se analisa a possível derrubada deste veto pelo Congresso Nacional.

Na íntegra a ementa da ADI 2240/BA:

STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI 2240  
BA  
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00,  
DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS  
EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI  
ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI  
COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO  
CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, §  
4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER  
LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO  
CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA.  
SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO  
NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ  
LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI  
COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO.  
1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato,  
há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do  
Município, decorrente da decisão política que importou na sua  
instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação

excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia.

(STF - ADI: 2240 BA , Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 09/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00279)

### 4.3. Número de Vereadores do Município de Mira Estrela

Mais outra situação interessante e envolvendo o Supremo Tribunal Federal se refere ao pequeno município de Mira Estrela, localizado no interior de São Paulo. O município se viu envolvido em um caso emblemático onde se disputou, no âmbito do Poder Judiciário, a quantidade exata de vereadores que deveriam ser eleitos, ajuizando o Ministério Público ação para declarar inconstitucional o preceito da Lei Orgânica do município que estabelecia o número de 11 vereadores para a cidade. Na redação original do inciso IV do art. 29 da Constituição Federal, alterada pela Emenda Constitucional nº 58 de 2009, o número de vereadores deveria seguir o critério de quantitativo populacional, existindo apenas três faixas a serem observadas. Assim estava expresso:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:

- a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;
- b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;
- c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes;<sup>44</sup>

Além do mais, observada a faixa na qual se encaixava, prevalecia nos Tribunais o entendimento de que os municípios teriam autonomia para determinar em Lei orgânica o número de vereadores, desde que observado o limite mínimo e máximo daquela faixa. Assim, a cidade de Mira Estrela, possuindo cerca de 2.600 habitantes na época do ajuizamento da ação, desta forma, se encaixando na primeira faixa (entre 9 e 21 vereadores para cidades com até um milhão de habitantes), estabeleceu onze vereadores, enquanto que municípios como Guarulhos, que possuía cerca de um milhão de habitantes, ou seja, aproximadamente 997.400 habitantes a mais possuía 21 vereadores, apenas 11 vereadores de diferença, limite máximo da primeira faixa.

O caso teve início no ano de 1999, quando o Ministério Público de São Paulo, como já afirmado, ajuizou ação objetivando reduzir o número de vereadores

---

<sup>44</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

de 11 para 9, declarando inconstitucional o dispositivo da Lei Orgânica. Por meio de recurso no Tribunal de Justiça de São Paulo, foi reformada a decisão, sobrevivendo desta decisão o Recurso Extraordinário nº 197.917, que teve como relator o ministro Maurício Corrêa. Ao iniciar seu voto, o ministro relator afirma que a Constituição Federal de 1988 foi expressa ao determinar a vinculação do número de habitantes com o de vereadores, mas que mesmo assim existe divergência quanto a fixação da quantidade de vereadores por município:

Desde então, muita discussão tem sido travada na doutrina e na jurisprudência em relação ao número exato de Vereadores a ser fixado pelos Municípios. Uma corrente entende que, observados os parâmetros mínimo e máximo estabelecidos para cada uma das faixas, tem a Câmara de Vereadores autonomia para fixar o seu número; a outra, sugere que a composição deve obedecer a valores aritméticos que legitimem a proporcionalidade constitucional.<sup>45</sup>

Desta forma, não havia uniformidade de entendimento, tanto na doutrina como na jurisprudência, havendo corrente contrária e a favor do estabelecimento de um critério mais rígido para determinar a quantidade de vereadores. Em seu voto, o ministro Maurício Corrêa deixou clara sua preferência por este critério, dizendo haver a necessidade de se realizar um cálculo aritmético levando-se em consideração a quantidade da população para se chegar com mais precisão ao número correto de vereadores, de forma a acabar com os escândalos que ocorriam em muitos municípios que possuíam pouquíssimos habitantes com uma quantidade de vereadores desproporcional.

Depois de muito refletir sobre a controvérsia, acabei por situar-me ao lado daqueles que buscam na proporcionalidade aritmética a mais lúdima resposta à exigência constitucional, até porque não havia ainda meditado sobre qual das correntes seguiria, quando de minha passagem pelo TSE.

Tal reflexão funda-se primacialmente no pressuposto de que a Constituição não contém palavras ou expressões vazias, sem nenhum sentido. Daí por que, ao determinar que o "número de Vereadores" deve ser "proporcional à população do Município", torna-se evidente que outra exegese não pode ser extraída do texto senão aquela que resulte nítida e expressivamente do seu próprio sentido.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 197917 SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Publicado no DJ 10/09/2003. Acesso em: 15 de abril de 2014

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 197917 SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Publicado no DJ 10/09/2003. Acesso em: 15 de abril de 2014

Assim, por oito votos a três, foi dado provimento parcial ao RE 197.197 ajuizado pelo Ministério Público de São Paulo contra o dispositivo da Lei Orgânica do município de Mira Estrela, sendo determinado que haveria um vereador para cada 47.619 habitantes, ficando a cidade de Mira Estrela com o mínimo constitucional de 9 vereadores, já que possuía cerca de 2.600 habitantes. Foram vencidos os ministros Sepúlveda Pertence, Marcos Aurélio e Celso de Mello<sup>47</sup>.

O ministro Gilmar Mendes ao proferir seu voto acompanhou parcialmente o relator, entendendo pela inconstitucionalidade da norma com ressalvas. Segundo o ministro, deveria haver a modulação da decisão para data futura, sob pena de trazer grandes prejuízos, pois a decisão acabaria refletindo em todo o sistema legislativo vigente:

É verdade que, tendo em vista a autonomia dos processos de controle incidental ou concreto e de controle abstrato, entre nós, mostra-se possível um distanciamento temporal entre as decisões proferidas nos dois sistemas (decisões anteriores, no sistema incidental, com eficácia *ex tunc* e decisão posterior, no sistema abstrato, com eficácia *ex nunc*). Esse fato poderá ensejar uma grande insegurança jurídica. Daí parecer razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta, ressaltando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos sub judice, até a data de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Essa ressalva assenta-se em razões de índole constitucional, especialmente no princípio da segurança jurídica. Ressalte-se aqui que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no processo de controle *in abstracto* nos diversos processos de controle concreto<sup>48</sup>.

A reação do Poder Legislativo foi rápida. Diante da regulamentação do número de vereadores e entendendo que esta decisão limita a autonomia política dos municípios, a Câmara dos Deputados apresentou a Proposta de Emenda Constitucional 333/2004, proposta do deputado Pompeo de Mattos (PDT/RS), também chamada de “PEC dos vereadores”, mas que foi arquivada devido a edição da Emenda Constitucional nº 58/2009, aprovada pelo Congresso Nacional em 2009. Assim, com a emenda, passa-se não mais a observar a proporcionalidade aritmética da decisão do RE 197.197 e sim o limite máximo. Também deixa de ter o inciso IV

---

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 197917 SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Publicado no DJ 10/09/2003. Acesso em: 15 de abr. de 2014

do art. 29 da Constituição Federal três faixas e passa a possuir vinte e quatro faixas populacionais, havendo o acréscimo de dois vereadores de uma faixa para outra. Fica evidente que a decisão do Supremo Tribunal Federal não foi bem recebida pelo Poder Legislativo, motivo pelo qual foi promulgada a EC nº 58, não deixando de ser positiva esta decisão, mesmo tendo caráter normativo, pois em muitas situações força o Congresso Nacional a regulamentar fatos importantes e que a população enxerga no judiciário uma solução mais rápida.

Na íntegra a emente da RE 197917/SP:

STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE 197917 SP  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de

habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.

(STF - RE: 197917 SP , Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 06/06/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368)

#### **4.4. Emenda dos Precatórios**

Na data de 10 de dezembro de 2009, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 62. Com esta emenda, alterou-se o art. 100 da Constituição Federal, bem como acrescentou o art. 97 no Ato de Disposições Constitucionais Transitória (ADCT). Tratava a EC da criação de um regime especial para precatórios dos Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelecendo parcelamento em até 15 anos para seu pagamento combinado com a criação de um fundo especial destinado a quitação destes precatórios, devendo o ente federativo reservar entre 1% e 2% de sua receita líquida para tanto. A emenda ainda alterou a forma de correção destes títulos em benefício da Fazenda Pública que teria como índice oficial a caderneta de poupança e ainda determinou que seriam realizados leilões para pagamentos prioritários dos credores que oferecessem maiores descontos, razão pelo qual ficou conhecida como “Emenda do Calote”.

Desta forma, por se entender que tal emenda feriam diversos princípios constitucionais, foram impetradas quatro Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (ADINs): Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (Anamages), Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) e Confederação Nacional da Indústria (CNI).

Foram consideradas improcedentes as ADINs movidas pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais e da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho por entender o Supremo pela ausência de legitimidade, prosseguindo apenas as ações propostas pela OAB e CNI, respectivamente ADI 4.357 e ADI 4.425.

Assim, até março de 2013, voto apos voto foram derrubando diversos pontos da emenda constitucional, sendo por final decretada parcialmente inconstitucional, considerando o art. 97 da ADCT totalmente inconstitucional e o art. 100 tendo parte de seus dispositivos inconstitucionais, acompanhando a maioria o voto do ministro relator Carlos Ayres Britto. Neste julgamento teve voto vencido os ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Teori Zavascki, que abriram divergência e defenderam a emenda constitucional, pois entendiam, entre outras coisa, que a partir desta emenda o Poder Público poderia pagar dívidas que antes eram quase impossíveis, bem como determinou prazo antes inexistente.

Em 24 de outubro de 2013, para não prejudicar sobremaneira os serviços públicos e a Administração, como também evitar onerosidades excessivas as contas publicas, pois esta decisão poderia acarretar sérios problemas ao poder público, já que se estimava em R\$ 94 bilhões o valor dos precatórios em atraso, anunciou o ministro Luiz Fux em seu voto no Plenário, observando uma questão de ordem levantada por representantes dos Estados e Municípios, a modulação temporal dos efeitos da decisão. Em seu voto, o principal ponto tratado foi que todas as dívidas provenientes de precatórios deveriam ser pagas em até 5 anos, ou seja, até o final do exercício financeiro de 2018. Passado o prazo de 2018, voltariam os pagamentos dos precatórios a obedecer o art. 100 da Constituição Federal e se aplicar o sequestro de bens públicos para o pagamento de precatórios quando não efetuados. Para o ministro, ainda deveriam ser decretadas nulas, após o trânsito em julgado das ADINs, os pagamentos de precatórios feitos por meio de acordos e leilões, mas sem efeito retroativo. Já quanto a correção monetária com base nos índices da caderneta de poupança e juros de mora deveriam ser decretadas nulas e com efeito retroativo. A seção foi suspensa por pedido de vista do ministro Luís Roberto Barroso.

Só em 19 de março de 2014 deu seu voto o ministro Luís Roberto Barroso, seguindo o ministro Luiz Fux quanto a prorrogação da Emenda

Constitucional 62, apenas discordando em alguns pontos. Ainda acrescentou quatro requisitos para o pagamento dos precatórios neste período de tempo. São eles:

- 1) a utilização compulsória, a partir de janeiro de 2015, de 70% do estoque da conta dos depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios;
- 2) a abertura da possibilidade de negociação com os credores, seguindo a ordem cronológica, com deságio máximo de 25% do valor do precatório;
- 3) a possibilidade de compensação dos precatórios vencidos com débitos registrados em dívida ativa;
- 4) o aumento, em 1%, da receita corrente líquida de estados e municípios, sendo 0,5% a partir de 2015 e 0,5% a partir de 2016. Pela EC 62, essa vinculação varia de 1% a 2% da receita de estados e municípios<sup>49</sup>.

Votou na sequência o ministro Teori Zavascki favorável ao prazo de pagamento dos precatórios em cinco anos e demais pontos do voto do ministro Luiz Fux, mas não concordando com os requisitos do voto do ministro Luís Roberto Barroso. Logo após seu voto o julgamento foi suspenso por pedido de vista do ministro Dias Toffoli, estando até o momento sem proferir seu voto.

A grande crítica quanto a este caso se refere se não estaria a Suprema Corte legislando quando estabelece um prazo de pagamento dos precatórios não discutido pelos parlamentares quando da proposta da emenda? Quanto a esta pergunta, responde o autor e Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul Lenio Luiz Streck<sup>50</sup>:

[...] pode o STF (e, no caso, o voto do ministro Fux) estabelecer o prazo de cinco anos para pagar todo o estoque atual? Assim fazendo, está legislando. Indubitavelmente. Parece-me muito simples a questão:

- a) ou o STF aceita o prazo de 15 anos da EC que termina tudo em 2024
- b) ou não há que se falar em prazo.

Segundo o autor, a única forma de não se aplicar uma norma discutida e votada pelas casas legislativas é através de jurisdição constitucional. Nesta situação, quando a norma estabelece um prazo, ou se aplica o que ela declara ou não se aplica prazo nenhum. Portanto, quis Lenio Luiz Streck dizer que não poderia

<sup>49</sup> Suspenso julgamento quanto ao alcance da decisão em ADIs sobre emenda dos precatórios.

**Notícias STF.** Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262868>>. Acesso em: 12 mar. 2014

<sup>50</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Emenda dos Precatórios: STF pode legislar? Não!**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-31/senso-incomum-emenda-precatorios-stf-legislar-nao2>>. Acesso em: 11 mar. 2014

a Suprema Corte modificar o texto da lei e alterar o prazo da Emenda Constitucional 62/2009, pois, neste caso, estaria ocupando o lugar de legislador.

Como os votos até o momento estão se encaminhando em um único sentido, qual seja, a modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional nº62/09, se deve ter cuidado por parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal para não acabar criando uma nova norma a partir de outra por meio de decisão judicial.

Na íntegra a ementa da ADI 4357/DF e na sequência a ADI 4425/DF:

STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI 4357  
DF

Trata-se de petição acostada aos autos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na qual se noticia a paralisação do pagamento de precatórios por alguns Tribunais de Justiça do País, determinada após o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 e 4.425, realizado em 14/03/2013, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Segundo narra a peça, “os recursos estão disponíveis, mas a Presidência de alguns Tribunais entendeu por paralisar os pagamentos/levantamentos de valores enquanto não modulados os efeitos da r. decisão”. Requer-se, em seguida, seja determinada “a continuidade dos pagamentos até que o e. Plenário module os efeitos da v. decisão, com a consequente expedição de ofícios a todos os Tribunais de Justiça”. Pede-se ainda sejam os entes devedores instados ao repasse e ao depósito dos recursos junto aos Tribunais locais, sob pena de incidência do regime sancionatório. É o relato suficiente. Decido. A decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional nº 62/09, assentando a invalidade de regras jurídicas que agravem a situação jurídica do credor do Poder Público além dos limites constitucionalmente aceitáveis. Sem embargo, até que a Suprema Corte se pronuncie sobre o preciso alcance da sua decisão, não se justifica que os Tribunais Locais retrocedam na proteção dos direitos já reconhecidos em juízo. Carece de fundamento, por isso, a paralisação de pagamentos noticiada no requerimento em apreço. Destarte, determino, ad cautelam, que os Tribunais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro. Expeça-se ofício aos Presidentes de todos os Tribunais de Justiça do País. Publique-se. Brasília, 11 de abril de 2013. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente

(STF - ADI: 4357 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 11/04/2013, Data de Publicação: DJe-069 DIVULG 15/04/2013 PUBLIC 16/04/2013)

STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI 4425 DF

Trata-se de petição acostada aos autos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na qual se noticia a paralisação do pagamento de precatórios por alguns Tribunais de Justiça do País, determinada após o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 e 4.425, realizado em 14/03/2013, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Segundo narra a peça, “os recursos estão disponíveis, mas a Presidência de alguns Tribunais entendeu por paralisar os pagamentos/levantamentos de valores enquanto não modulados os efeitos da r. decisão”. Requer-se, em seguida, seja determinada “a continuidade dos pagamentos até que o e. Plenário module os efeitos da v. decisão, com a consequente expedição de ofícios a todos os Tribunais de Justiça”. Pede-se ainda sejam os entes devedores instados ao repasse e ao depósito dos recursos junto aos Tribunais locais, sob pena de incidência do regime sancionatório. É o relato suficiente. Decido. A decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional nº 62/09, assentando a invalidade de regras jurídicas que agravem a situação jurídica do credor do Poder Público além dos limites constitucionalmente aceitáveis. Sem embargo, até que a Suprema Corte se pronuncie sobre o preciso alcance da sua decisão, não se justifica que os Tribunais Locais retrocedam na proteção dos direitos já reconhecidos em juízo. Carece de fundamento, por isso, a paralisação de pagamentos noticiada no requerimento em apreço. Destarte, determino, ad cautelam, que os Tribunais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro. Expeça-se ofício aos Presidentes de todos os Tribunais de Justiça do País. Publique-se. Brasília, 11 de abril de 2013. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente (STF - ADI: 4425 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 11/04/2013, Data de Publicação: DJe-069 DIVULG 15/04/2013 PUBLIC 16/04/2013)

#### 4.5. Autorização da União Entre Pessoas do Mesmo Sexo

Um dos casos mais emblemáticos e recentes da subtração de competência do Congresso Nacional pela Suprema Corte foi quanto a decisão da união homoafetiva. Na data de 05 de maio de 2011, os ilustres ministros do STF entenderam que os vínculos afetivos formados entre pessoas de mesmo sexo deveriam sim ser considerados como entidade familiar, de acordo com o art. 226 da Constituição Federal e, por consequência, lhes devem ser garantidos os mesmos tratamentos jurídicos concedidos as uniões estáveis convencionais. Assim se entendeu por unanimidade, por dez votos a zero, não participando o ministro Dias Toffoli por se considerar impedido por ter dado parecer favorável quando ainda era Advogado-Geral da União. Tal decisão foi proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, protocolada no Supremo como Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 178, proposta pela Procuradoria-Geral da República em julho de 2009. Pedia a ADI 4277 que, por meio de interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil, fosse reconhecida a união de pessoas do mesmo sexo, desde que tivesse essa relação caráter público, duradouros e com a finalidade de formação de família. Assim está expresso no art. 1.723 do Código Civil:

Art. 1.723. 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.<sup>51</sup>

Significa dizer que, a partir desta decisão, qualquer casal homossexual que apresente os requisitos exigidos pelo art. 1º da Lei 9.278, lei que rege as uniões estáveis, poderá requerer a união estável. Exige o citado artigo que a relação tenha caráter público, duradouro e contínua e com objetivo de formar uma família.

O Poder Judiciário foi provocado a se manifestar em meio a um grande conflito que já vinha ocorrendo entre grupos religiosos e movimentos a favor dos homossexuais, onde um queria impor suas vontades ao outro. Como no Congresso Nacional diversos projetos de leis que regulamentavam questões de interesse dos homossexuais e estavam paralisados há muito tempo, viram estes grupo o Supremo como uma alternativa mais rápida de dar uma solução ao caso. Mas foi acertada esta decisão do Supremo Tribunal Federal? Críticas não faltam.

---

<sup>51</sup> BRASIL. **Código civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 20 de abr. de 2014

A maior crítica que se faz ao STF se refere a uma interpretação forçada do conceito de família, chegando ao ponto de redefini-la sem alterar o texto constitucional, ou seja, reescreveu o conceito de família e casamento e impor a toda sociedade sem sua participação ou mesmo de seus representantes. Se indaga que, sempre são bem vindas qualquer decisão que tenha a finalidade de combater o preconceito e a homofobia, mas talvez não seja este o melhor caminho, pois assuntos como estes necessitam da participação de toda a sociedade, bem como de seus representantes que, neste caso, é o Congresso Nacional. Além do mais, quando o Congresso Nacional não legisla é porque não tem a intenção, salvo determinação constitucional expressa para que o faça, pois caso quisesse o teria feito e nenhum outro órgão pode simplesmente força-lo a fazer.

Entende a Suprema Corte que não houve inovação nenhuma no ordenamento jurídico, até mesmo porque não lhe cabe inovar, apenas revelar o direito que porventura se encontra implícito. Embora este seja um assunto que ainda possa ser discutido e modificado no Poder Legislativo, teria coragem Congresso Nacional de decidir de forma contrária que a decisão do Supremo? Ao que se percebe foi a Suprema Corte que deu a palavra final quanto a este assunto.

Como já dito anteriormente, enquanto o Congresso é o representante da maioria o STF representa a minoria, mas o que está de fato acontecendo é que, quanto a assuntos correlatos a homossexuais, paulatinamente, está sendo criada uma ditadura das minorias, ou seja, está havendo a imposição da vontade da minoria sobre a maioria, nem mesmo sendo aconselhável que se opine de forma contrária a minoria sob o risco de ser taxado e duramente criticado de intolerante e homofóbico. Mas quem estaria sendo de fato intolerante quanto a este assunto? Os que defendem a união estável entre pessoas do mesmo sexo ou seus opositores? Opiniões diversas sobre um mesmo assunto é muito comum no âmbito jurídico, comportamento que é visto com respeito entre os operadores do Direito, mas fora do âmbito jurídico se deve ter maior cuidado com estas opiniões.

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>52</sup>, a solução para este caso foi muito difícil por dois motivos. Uma em se saber se seria possível se estender a união estável as relações homossexuais, pois tanto a Constituição Federal como as legislações ordinária apenas tratam de homem e mulher, sendo omissos quanto a pessoas de

---

<sup>52</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012. p. 50.

mesmo sexo. O outro ponto de dificuldade do caso foi que, de um lado existia o segmento religioso, afirmando que tanto a união estável como o casamento somente ocorre entre homem e mulher, sendo condenado pela Bíblia se ocorresse entre pessoas de mesmo sexo, e de outro um segmento de pessoas que entendiam que homossexualidade é um fato normal dentro da sociedade e inerente a própria formação biológica da pessoa, e que discriminar uma pessoa por isto seria o mesmo que discriminar outro por sua cor, religião ou origem.

É evidente que o Supremo Tribunal Federal se antecipou ao Congresso Nacional e legislou neste caso, decidindo por toda a sociedade e se tornando, de fato, seu representante, tomando as vezes do Legislativo. Além do mais, não se conteve a Suprema Corte em estender os direitos àqueles que o pleiteavam, alterando um conceito tradicional e consolidado de família, interferindo não apenas no ordenamento jurídico, como também no comportamento de toda a sociedade. Embora sejam carregadas de boas intenções e com a finalidade de dar solução a casos que o Congresso se nega ou se omite em legislar, se deve ter muito cuidado com decisões deste porte, pois, pode carregar consigo a semente da truculência e autoritarismo, além da insegurança jurídica.

Na íntegra amenta da ADI 4277/DF:

STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI 4277  
DF

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA

PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de

preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se

necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

(STF - ADI: 4277 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341)

#### **4.6. Autorização do Aborto de Fetos Anencéfalos**

No mês de abril de 2012, o STF proferiu sua decisão final no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS), que tratava especificamente da possibilidade ou não de haver a interrupção da gestação de fetos anencéfalos. Mas, antes de entrar propriamente no assunto, é de grande importância esclarecer algumas questões.

A anencefalia é ocasionada por uma má formação, total ou parcial, do cérebro ou da calota craniada durante a gestação do feto, que acaba inviabilizando sua vida extrauterina. Diferente é o feto que se desenvolve no ventre da mãe com alguma malformação, mas que não o impeça de nascer vivo, apenas prejudicando sua qualidade de vida. Portanto, a anencefalia se trata de uma anomalia de natureza tão grave que a morte é um evento certo e irreversível pela ausência de um órgão vital a sobrevivência do ser humano. É com base nesta diferenciação que alguns magistrados fundamentavam a sentença para autorizar ou não o aborto de fetos antes do entendimento do STF, como podemos ver no julgamento do Processo nº 0006026-20.2007.8.17.0810, publicado no DJPE de 10 de novembro de 2011 na página 1006 onde se pedia a autorização da interrupção da gravidez pelo fato de o feto ser portador da Síndrome de Turner que ocasiona a perda parcial ou total de um cromossomo:

A anomalia diagnosticada é uma síndrome genética. Durante o período gestacional a criança desenvolve-se normalmente, apresentando, no entanto, má formação. Entende este Juízo que o feto afetado pela síndrome assinalada não pode ser privado do curto ou não lapso de tempo da vida que possui. E aqui, enfatizo que a medicina alberga tratamento específico, o que de pronto sinaliza possibilidade de vida extrauterina. Assim, a existência de anomalias

fetais, por si só, dentro de uma interpretação literal dos permissivos legais, não autoriza a interrupção da gravidez. Tal procedimento consistiria na prática da eugenia, que visa não somente evitar o nascimento de seres com taras hereditárias, mas também o de seres portadores de deformidades congênitas<sup>53</sup>.

Outro ponto a ser tratado é a partir de que momento podemos afirmar que existe vida e, conseqüentemente, sua proteção jurídica. No âmbito da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.510, impetrado pelo então Procurador Geral da República Cláudio Fonteles contra o artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), alegava ser inconstitucional o uso células-tronco embrionárias para pesquisas e terapias, pois entendia que a vida tinha início a partir da fecundação e, por este motivo, merecia a proteção do artigo 5º da Constituição Federal que garante o direito a inviolabilidade do direito a vida. O relator da matéria, ministro Carlos Ayres Britto, que decidiu pela improcedência total da ação, rebateu os argumentos do Procurador Geral afirmando que o artigo contestado não necessitava de nenhum reparo, pois não viola o direito a vida e a dignidade da pessoa humana. Para o ministro o zigoto, que se encontra na primeira fase de formação do feto, não merece a mesma proteção que o embrião humano, já que não possui cérebro. Disse o relator, conhecido por seus votos poéticos, que:

O sufixo grego “meta” a significar, aqui, u’a mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior<sup>54</sup>.

Neste mesmo sentido decidiu a maioria da Corte.

Foi se baseando neste entendimentos que o STF entendeu não haver vida viável a se proteger, pois o feto se encontra gravemente prejudicado devido a falta, total ou parcial, de cérebro. Em sendo assim, decidiu-se, por 8 votos a 2, ser fato atípico a interrupção da gravidez, não se caracterizando crime de aborto. Os ministros que foram favoráveis foram Ayres Britto, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Ficaram vencidos apenas os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

---

<sup>53</sup> FILHO, José Martins. **Lidando com crianças, conversando com os pais**. 2ª ed. Campinas: Editora Papyrus, 1995, p. 162

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510-0/DF. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Publicado no DJ 28/05/2010. Acesso em: 20 de mai. de 2014

O ministro Ricardo Lewandowski, ao proferir seu voto, disse que se o STF assim entendesse estaria usurpando a função legislativa do congresso Nacional, pois caberia a este, verdadeiro legitimado pelo voto popular, alterar o Código Penal, que excepcionou taxativamente apenas duas hipóteses de interrupção da gravidez: a ocasionada pelo estupro e a que trouxesse risco de vida a gestante. Assim disse o ministro:

Caso 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 de fetos anencéfalos.<sup>55</sup>

Na decisão ainda ficou determinado que a gestante poderia interromper a gravidez apenas se comprovando clinicamente que o feto sofria de má formação cerebral, independentemente de autorização judicial. Portanto, por não se tratar de crime, qualquer Inquérito Policial, Ação Penal e Execução Penal relacionada a aborto provocado por gestante com feto anencéfalo deveria ser interrompido.

A grande polêmica se deve ao fato de o STF inovar no ordenamento jurídico. Conforme está expresso no Código Penal Brasileiro, o aborto é punido com pena de prisão, havendo apenas duas hipóteses taxativas de exceção, quais sejam, quando a gravidez pode levar risco de vida a gestante (Art. 128, I do CP) ou quando a gravidez é resultante de estupro (Art. 128, II do CP). Portanto, com este entendimento permissivo do aborto em caso de anencefalia fica evidente que o STF criou nova hipótese excludentes de tipicidade. Assim está expresso nos incisos I e II do art. 128 do Código Penal:

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.<sup>56</sup>

Como na ciência jurídica não existe uma verdade absoluta, é possível, a depender do ponto de vista do interprete, não enxergar usurpação alguma nesta decisão. Assim, embora tenha a Suprema Corte recebido grande crítica, ainda existe

---

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF. Relator: Min. Marcos Aurélio. Publicado no DJ 31/08/2007. Acesso em: 12 mai. 2014.

<sup>56</sup> BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) >. Acesso em: 11 de abr. de 2014

aqueles que defendem seu posicionamento. Entendem alguns que o STF está analisando o caso pelo ponto de vista do aborto, já que não se trata de um ser com vida, pois é pacífico o entendimento no meio jurídico de que a morte se dá com a paralisação das funções cerebrais. Portanto, como poderia haver aborto de um ser que já se encontra desprovido de vida? Desta forma, em se tratando de um feto anencéfalo, não se estaria discutindo a autorização de aborto, ao menos no sentido jurídico. Em sendo assim, os que enxergam por este ângulo entendem não ter havido usurpação da competência do Congresso Nacional, pois não inovou no ordenamento jurídico. Mas é uma pequena parcela que pensa desta forma.

Independentemente do posicionamento defendido, o fato é que o Supremo descriminalizou a retirada antecipada de um feto do corpo de uma gestante que, conforme o Código Penal, é visto como aborto, já que seu rol, em tese, deveria ser taxativo. De algo ninguém discorda, que o meio mais adequado à enfrentar tal situação seria a via legislativa, respeitando-se o trâmite legal de criação da lei, fazendo o acréscimo deste entendimento no art. 128 do CP e não por uma decisão do Supremo Tribunal Federal

Na íntegra a ementa da ADPF 54/DF:

STF - ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL : ADPF 54 DF  
ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em argüição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal

relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia.

(STF - ADPF: 54 DF , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 27/04/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02287-01 PP-00021)

## 5. CONCLUSÃO

Pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 foi um grande sucesso dentro do Direito Brasileiro, pois, até o momento, vem nos trazendo uma crescente e contínua democratização, bem como progresso nos campos sociais e econômicos. Isto se deve, em parte, a efetividade e força que as normas constitucionais adquiriram, refletindo em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Este novo papel da Constituição Federal e as novas formas de interpretação de suas normas possibilitaram um fortalecimento vertiginoso dos tribunais, ampliando sobremaneira sua interferência nas mais diversas áreas.

Assim, o presente trabalho buscou ordenar sistematicamente a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da Carta Maior, que, decisão após decisão, vem traçando caminhos nunca antes imaginados e sendo, por este motivo, apontado como violador do princípio da Separação de Poderes, pois está, paulatinamente, tomando as vezes de legislador, como já demonstrado nos julgados supracitados.

Desta forma, já percebemos que, por mais que o legislador se esforce e tente regular todos os fatos relevantes que ocorrem na sociedade, ainda assim existirão lacunas que deverão ser enfrentadas, seja pelo próprio legislador, através de edição de novas leis que supram estes vazios normativos, seja pelo Poder Judiciário, por meio do livre convencimento do juiz em decidir o caso concreto ao qual foi provocado.

Por um ou outro meio, o que estamos presenciando na realidade é uma incapacidade do Poder Legislativo em acompanhar o desenrolar da modernização da sociedade, que cresce a passos largos quando comparamos a sociedade de poucas décadas atrás, se omitindo claramente em regular situações importantes de nosso dia-a-dia e as quais não se justificável mais deixar as pessoas que vivenciam tais fatos alheias a própria sorte, como verificávamos nos casos das relações homoafetivas.

Além do mais, há um grande despreparo de nossos parlamentares em conduzir discussões em plenário, onde mais prevalece os interesses pessoais e partidários aos da sociedade, levando-se tais casos para o Supremo Tribunal Federal. Somado a isto, ainda temos pessoas cada vez mais instruídas e conscientes de seus direitos e, por consequência, exigindo mais qualidade e

quantidade dos serviços prestados pelo próprio Estado. Também vemos frequentemente nossos políticos figurando os quadros policiais dos noticiários e envolvido em grandes escândalos onde praticamente todos os casos, se não todos, envolvem grande volumes de dinheiro, enquanto boa parte da sociedade vive precariamente e com baixos salários.

Por estes motivos e frente a crescente descredibilidade dos parlamentares e da complexidade da vida cotidiana, questões sociais antes reivindicadas aos representantes do povo hoje tem um novo palco de discussões, voltando-se as atenções para o Poder Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, sendo provocado a decidir questões altamente complexas e que, via de regra, deveriam ser discutidas dentro do cenário político e não no âmbito do Poder Judiciário, pois, além de estar no Poder Legislativo os verdadeiros legitimados do povo, assuntos complexos exigem discussões com a finalidade de se chegar mais próximo da real necessidade da sociedade, além de se tratar de assuntos claramente políticos e morais.

A dúvida é se estaria correta a Suprema Corte em decidir questões como estas. Até certo ponto sim. Não poderia o órgão de cúpula do Poder Judiciário se omitir em julgar estas questões quando provocado, devendo dar uma resposta ao caso concreto. Mas, em algumas situações, poderia estar extrapolando sua real função e subtraindo parte da atividade legislativa do Congresso Nacional. O que podemos concluir é que sim, pois em nada se diferencia uma decisão do STF que, por exemplo, autoriza o aborto de fetos anencéfalos de uma norma editada pelo Poder Legislativo. Não se trata de uma discussão jurídica e sim política. Neste situação especificamente, é uma decisão que deve levar em consideração a vontade da maioria, que neste caso é a sociedade representada por parlamentares e não a vontade de onze ministros.

Nitidamente, nossos parlamentares tem culpa destes acontecimentos, pois estão abrindo mão de suas prerrogativas em discutir assuntos que deveriam ser solucionados dentro da política e não do Direito, buscando o Poder Judiciário quando melhor lhes convêm e criando uma certa insegurança tanto política como jurídica, pois muitas vezes acusa o Judiciário de está usurpando suas funções quando ele próprio renuncia a responsabilidade política do poder de decisão. E isto vem sendo percebido pelo cidadão comum, passando a entender uma preponderância do jurídico sobre o político, do Poder Judiciário sobre o Legislativo,

havendo um conforto e confiança maior da sociedade e dos próprios políticos em buscar a decisão do juiz.

Por mais que o atual contexto de nossa história exija mais a presença do Estado em regular as situações fáticas cotidianas e este, por incapacidade ou desinteresse do Poder Legislativo, não consiga dar uma resposta satisfatória, não legitima o Supremo Tribunal Federal em "editar leis". Deveria sim agir a Suprema Corte agir com cautela em situações ou casos difíceis, devendo sim tomar a posição de legislador negativo tal como se espera quando atua no controle de constitucionalidade. O que se quer dizer é que deve o Supremo Tribunal Federal se limitar a proferir sua decisão e não impor, a partir da sentença, condições para o cumprimento da decisão que vinculem toda a sociedade, como conseguimos extrair dos casos concretos analisados neste trabalho, mesmo que as leis discutidas e publicadas pelo Congresso Nacional sejam imprecisas e vagas, pois, caso isto ocorra, cabe apenas ao Legislativo sanar tais imperfeições da lei, já que é esta sua função e não do Poder Judiciário que se assim agir acabará por se tornar um "super Poder" dentre os demais Poderes da União, podendo ferir de morte a atual evolução democrática a qual vive o Brasil.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Carlos Roberto Galvão. **A Eficácia dos Direitos Sociais e a Nova Hermenêutica Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Biblioteca 24 horas, 2010, p. 158

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ: Saraiva, 2012. p. 366-369.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Rio de Janeiro, RJ: Saraiva, 2012. p. 364-365.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Rio de Janeiro, RJ: Saraiva, 2012. p. 363.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)**. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf)>. Acesso em: 26 mar. 2014, 09:58

\_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**.

Disponível em:

<[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em: 14 março 2014

\_\_\_\_\_. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012. p. 32.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012. p. 36.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012. p. 37.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012. p.42

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012. p. 50.

BARROSO, Luis Roberto. **Poder Judiciário vive ascensão política e institucional**.

Disponível em:

<<http://www.amatra3.com.br/interna.aspx?id=2&idt=3&cont=2557&ic=1>>. Acesso em: 30 nov. 2013, 14:05

\_\_\_\_\_.; BARCELLOS, Ana Paula de. Pré-história Constitucional Brasileira. In: BANAVIDES, Paulo (Dir.). **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**. v. 3. Belo Horizonte: Ed. Del Rey Editora Ltda, 2004. p. 168

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 11 de abr. de 2014

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 20 de abr. de 2014

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/destaques-do-site/embargos-de-declaracao-da-pet-3388-raposa-serra-do-sol>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 2240/BA. Rel. Ministro Eros Grau. Publicado no DJe 02/08/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi2240.pdf>>. Acesso em: 10 de abril de 2014

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF. Relator: Min. Marcos Aurélio. Publicado no DJ 31/08/2007. Acesso em: 12 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Emb. Dec. Pet 3.388/RR. Rel. Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/11/Decis%C3%A3o-Raposa-Serra-do-Sol.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pet 3.388/RR. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto. Publicado no DJe 24/09/2009. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/PET\\_3388\\_RR\\_1278965727084.pdf?Signature=I3D41ztMz%2Fvi5mE6EKF0D95wDwl%3D&Expires=1400628066&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/PET_3388_RR_1278965727084.pdf?Signature=I3D41ztMz%2Fvi5mE6EKF0D95wDwl%3D&Expires=1400628066&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf)>. Acesso em: 23 de abril de 2014

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 197917 SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Publicado no DJ10/09/2003. Acesso em: 15 de abril de 2014

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 197917 SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Publicado no DJ10/09/2003. Acesso em: 15 de abr. de 2014

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. 14ª ed. Belo Horizonte: ed. Del Rey Ltda, 2008. p. 469

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 453-457

FILHO, José Martins. **Lidando com crianças, conversando com os pais**. 2ª ed. Campinas: Editora Papyrus, 1995, p. 162

Haidar, Rodrigo. **Atualmente, juízes têm ditado a política criminal**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2010-out-29/leis-vagas-politica-criminal-pais-ditada-judiciario>>. Acesso em: 03 abr. 2014, 09:20

HAUBERT, Mariana. “Consideramos uma invasão”, diz Renan sobre STF. **Congresso em Foco**, São Paulo, 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/consideramos-uma-invasao-diz-renan-sobre-stf/>>. Acesso em: 15 mar. 2014, 09:00

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os dois Supremos. **Jornal Folha de S. Paulo**, São Paulo, 25 abr.2012, p. A3.

\_\_\_\_\_. **Legislação existente é confusa, complexa e mal elaborada**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-jul-23/legislacao\\_existente\\_confusa\\_complexa\\_mal\\_elaborada](http://www.conjur.com.br/2008-jul-23/legislacao_existente_confusa_complexa_mal_elaborada)>. Acesso em: 01 abr. 2014, 07:40

MENDES, Gilmar Ferreira. Poder Judiciário: garantias do Poder Judiciário. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Editora Saraiva, 2012. p. 1094

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Editora Saraiva, 2012. p. 1101

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Editora Saraiva, 2012. p. 1094

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Editora Saraiva, 2012. p. 1115

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 30ª ed. Editora Forense, 2008. p. 93-95

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 30ª ed. Editora Forense, 2008. p. 149-151

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, André; PAULA, Daniel Giote de; NOVELLINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Ed. JusPudium. pag 274

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª ed. Editora Malheiros, 2010. p. 42

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 7ª ed. Editora Malheiros, 2010. p. 43

YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: Todo dia era dia de índio. **Revista Direito GV**. Nº. 11. São Paulo, p. 143-157.

**STF impõe 19 condições para demarcação de terras indígenas**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Emenda dos Precatórios: STF pode legislar? Não!**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-out-31/senso-incomum-emenda-precatorios-stf-legislar-nao2>>. Acesso em: 11 mar. 2014

**Suspensão julgamento quanto ao alcance da decisão em ADIs sobre emenda dos precatórios**. Notícias STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262868>>. Acesso em: 12 mar. 2014