



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

## ***Captura Críptica:*** **direito, política, atualidade**

---

Revista Discente do Curso de Pós-Graduação em Direito  
da Universidade Federal de Santa Catarina

*Captura Críptica: direito, política, atualidade.*  
Revista Discente do CPGD/UFSC  
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)  
Centro de Ciências Jurídicas (CCJ)  
Curso de Pós-Graduação em Direito (CPGD)  
Campus Universitário Trindade  
CEP: 88040-900. Caixa Postal n. 476.  
Florianópolis, Santa Catarina – Brasil.

# ***Expediente***

---

## **Conselho Científico**

Prof. Dr. Jesús Antonio de la Torre Rangel (Universidad de Aguascalientes - México)  
Prof. Dr. Edgar Ardila Amaya (Universidad Nacional de Colombia)  
Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer (UFSC)  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Jeanine Nicolazzi Phillippi (UFSC)  
Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel (UFPR)  
Prof. Dr. José Roberto Vieira (UFPR)  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Deisy de Freitas Lima Ventura (IRI-USP)  
Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho (UNISINOS)

## **Conselho Editorial**

*Ademar Pozzatti Júnior (CPGD-UFSC)*  
*Carla Andrade Maricato (CPGD-UFSC)*  
*Danilo dos Santos Almeida (CPGD-UFSC)*  
*Felipe Heringer Roxo da Motta (CPGD-UFSC)*  
*Francisco Pizzette Nunes (CPGD-UFSC)*  
*Leilane Serratine Grubba (CPGD-UFSC)*  
*Liliam Litsuko Huzioka (CPGD/UFSC)*  
*Luana Renostro Heinen (CPGD-UFSC)*  
*Lucas Machado Fagundes (CPGD-UFSC)*  
*Marcia Cristina Puydinger De Fázio (CPGD-UFSC)*  
*Matheus Almeida Caetano (CPGD-UFSC)*  
*Moisés Alves Soares (CPGD-UFSC)*  
*Renata Rodrigues Ramos (CPGD-UFSC)*  
*Ricardo Miranda da Rosa (CPGD-UFSC)*  
*Ricardo Prestes Pazello (CPGD-UFSC)*  
*Vinícius Fialho Reis (CPGD-UFSC)*  
*Vivian Caroline Koerbel Dombrowski (CPGD-UFSC)*

Captura Crítica: direito política, atualidade. Revista Discente do Curso de Pós-Graduação em Direito. – n.2., v.2. (jan/jun. 2010) – Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2010 –

Periodicidade Semestral

ISSN (Digital) 1984-6096

ISSN (Impresso) 2177-3432

1. Ciências Humanas – Periódicos. 2. Direito – Periódicos. Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Curso de Pós-Graduação em Direito.

---

## *Antropologia do Direito: contribuições metodológicas para a pesquisa jurídica*

---

*Ísis de Jesus Garcia\**

**Resumo:** Neste artigo pretendo demonstrar como realizei uma análise qualitativa de documentos judiciais. Especificamente, os acórdãos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que de alguma maneira discutiam a sua prática decisória. As reflexões aqui apresentadas possuem o propósito de levantar alguns elementos para um debate mais amplo a respeito da pesquisa jurídica, bem como a respeito das contribuições metodológicas da antropologia do direito para a pesquisa jurídica.

**Palavras-chave:** Antropologia do direito; Supremo Tribunal Federal; Análise qualitativa.

**Abstract:** This article intends to demonstrate how I performed a qualitative analysis of judicial documents. Specifically, the judgments of Supreme Federal Court, which somehow discuss its past decisions. The reflections presented here aim to raise some points for a wider debate about the legal research as well as about the methodological contributions of the anthropology of law to legal research.

**Keywords:** Anthropology of Law; the Supreme Court; Qualitative analysis.

---

\* Advogada. Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pelo Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD-UFSC).

*Numa ciência em que os objetos são também sujeitos, e cujo projeto de conhecimento implica a apreensão dos fenômenos estudados simultaneamente "de fora" e "de dentro", a experiência de pesquisa jamais se limita a procedimentos padronizados e automáticos de coleta de dados ou a médias estatísticas, devendo necessariamente incorporar a incidência subjetiva dos fatos observados*  
(Lévi-Strauss)

Neste artigo, pretendo demonstrar como realizei uma análise qualitativa de documentos judiciais. Especificamente, os acórdãos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que de alguma maneira discutiam a sua prática decisória.

Inicialmente, cataloguei 27 julgados publicados no *site* do STF, no período de janeiro de 1990 a janeiro de 2007. O recorte temático foi realizado através da busca no *site* com as palavras “*interpretação prox1 constitucional*”.

Advirto que meu objetivo não era avaliar se a decisão estava “correta”, “justa” ou “legalista”. O objetivo principal foi a reflexão acerca de como o STF interpreta a Constituição Federal.

Através dos documentos acima, busquei responder à seguinte questão:  
**Qual o entendimento do STF acerca da sua atuação decisória?**

Saliento que outras perspectivas poderiam ter sido apresentadas das que serão descritas. Por isso, só se pode dar aqui uma pré-orientação e só se pode redigir uma forma de apresentação do problema.

A partir dos dados gerados, pretendo problematizar e compreender as perspectivas do STF, com o intuito de analisar o que é interpretar a Constituição Federal e quais são as características do Direito brasileiro, através das decisões do Tribunal.

Inicialmente, aponto a metodologia de pesquisa utilizada e o porquê da sua escolha. O método de investigação vale primeiramente como descrição dos fatos, visto que busco um quadro de análise para compreender as decisões do STF. Logo após, pretendo responder a pergunta citada acima, descrevendo apenas três documentos.

## 1) Unir a teoria à empiria

Acredito que em toda a pesquisa deve-se evitar a mera descrição dos dados observados, para que não resulte em “[...] uma coleção de anedotas unidas por insinuações e um sentido de que, embora se toque em muita coisa, muito pouco é apreendido”.<sup>1</sup>

Por outro lado, também se deve evitar a simplória descrição teórica sobre o tema a ser examinado, a importação de doutrinas e seu acoplamento irrefletido diante dos dados empíricos.

O pesquisador, portanto, que visa a evitar ambos equívocos deverá, conforme Clifford Geertz, “construir seu patíbulo teórico, enquanto leva a termo sua análise.”<sup>2</sup> Mas esta tarefa não é das mais fáceis, já que uma questão acompanha o pesquisador, qual seja: como compreender a realidade social, através dos indivíduos, sem mergulhar num relativismo sem retorno e sem cair numa abstração teórica?

Embora pareça que, ao se optar por uma alternativa, a outra seja excluída, isso não é correto, pois a pesquisa deve ser pautada tanto pela base teórica, quanto pela análise dos dados empíricos. Dessa forma, ao elaborar uma “descrição densa”<sup>3</sup> dos documentos analisados, privilegiam-se suas singularidades e, ao mesmo tempo, verifica-se a integração entre eles.

À luz da antropologia interpretativa, portanto, busco compreender, analisar e descrever, através da leitura dos acórdãos<sup>4</sup>, qual o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito de sua prática decisória, bem como quais são as características do direito contemporâneo.

Ao partir dos pressupostos destes textos, vistos nas entrelinhas, tem-se um conjunto de instrumentos semânticos aptos à verificação de quais são os

---

<sup>1</sup> GEERTZ, Clifford. **Interpretação das Culturas**. Rio de Janeiro: LTC 1989, p. 136.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>4</sup> Talvez a melhor definição para um acórdão seja a de GEERTZ, Clifford. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa**. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 262: “a marca simbólica que dá autenticidade à retórica jurídica”.

significados informados por estes “saberes locais”<sup>5</sup>, ou seja, os sentidos de justiça dos magistrados.

Dessa forma, os documentos analisados serviram de auxílio para a compreensão da atuação do STF. Nesse sentido, os apontamentos de Geertz são relevantes:

[...] o homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu, assumo a cultura como sendo essas teias e a sua análise; portanto, não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa, à procura do significado. É justamente uma explicação que eu procuro [...].<sup>6</sup>

Em meio a tantas outras áreas do conhecimento, o direito também pode ser considerado uma forma particular de se imaginar o mundo, mas com a prerrogativa de se tratar de uma representação normativa, regulada numa determinada maneira de imaginar como devam ser as coisas (a lei) e como elas são (o fato), desenvolvendo um “sentido de justiça” que é sempre específico e “local”, dependendo da relação entre fato e lei nos diferentes contextos.<sup>7</sup>

O direito é um “conhecimento local” a ser verificado e compreendido – seja por doutrinadores do direito, sociólogos, antropólogos, filósofos e/ou leigos – a partir do modo como se relaciona com a vida social que ele constrói e, isso, em um determinado contexto – no presente trabalho, verificam-se as decisões do STF.

Salienta-se que, para compreender e descrever os votos dos Ministros do STF, adotei uma metodologia que pudesse abarcar toda a complexidade do processo interpretativo, na tentativa de oferecer um entendimento das práticas decisórias do Poder Judiciário brasileiro. Dessa forma, a utilização do método qualitativo busca compreender e descrever os acórdãos do Supremo.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 260.

<sup>6</sup> GEERTZ, Op. Cit, 1989, p.4.

<sup>7</sup> GEERTZ, Op. Cit., 2006, p. 260.

<sup>8</sup> É importante mencionar que os resultados qualitativos que serão apresentados neste trabalho, ainda que não proponham generalizações e conclusões extensas acerca do entendimento do Supremo sobre sua prática decisória, bem como em relação ao paradigma atual do direito brasileiro, indicam a forma com que são produzidos.

Segundo Paul Ricoeur, um texto é compreendido como qualquer discurso fixado pela escrita. Assim, estas decisões são analisadas como textos.<sup>9</sup> Portanto, os dados empíricos analisados neste trabalho são verificados como o próprio discurso dos juízes.<sup>10</sup>

A análise que se propõe focalizou determinadas características que emergiram dos documentos, em outras palavras, as reflexões que seguem foram feitas a partir dos dados empíricos. Nesse sentido, Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer enfatiza que:

[...] reaprendi uma lição básica - e difícil - de metodologia de pesquisa “anti-positivista”: focalizar um objeto e nele destacar o que interessa a um determinado recorte analítico é construir esse objeto. *Seus limites*, portanto, não são *seus*, mas os de quem o observa, competindo, portanto, ao observador, refletir sobre sua observação.<sup>11</sup>

Assim, lembrado novamente Geertz: “[...] o que chamamos de nossos dados são realmente nossa própria construção das construções de outras pessoas”<sup>12</sup>. Dessa forma, ao interpretar características de uma cultura, efetua-se uma interpretação da interpretação de outras interpretações, ou seja, o que o autor havia descrito como uma interpretação de segunda ou terceira mão.

<sup>9</sup> RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983, p.53.

<sup>10</sup> ALMEIDA, Danielle Silveira de. **"Vistos, relatados etc"**: Uma interpretação de decisões do Tribunal de Justiça expressas em acórdãos acerca da dissolução da sociedade conjugal, em Florianópolis/SC, na década de 90. 2002. 81 fl. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2002, p. 35.

<sup>11</sup> SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Controlando o poder de matar**: uma leitura antropológica do Tribunal do Júri - ritual lúdico e teatralizado. 2002. Tese (Doutorado em Antropologia) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, p.153.

<sup>12</sup> GEERTZ. Op. cit., 1989, p. 18. Embora as pesquisas etnográficas encenem uma estratégia de autoridade que não se discutirá neste trabalho. Ver, por exemplo, CLIFFORD, James. Sobre a autoridade etnográfica. In: CLIFFORD, James. **A experiência etnográfica**: antropologia e literatura no século XX. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1998.

## 2) A coleta dos acórdãos

Com a inquietação principal de ultrapassar a simples revisão bibliográfica e com o objetivo de ampliar o conhecimento da prática decisória do poder judiciário brasileiro, percebi a necessidade de refletir sobre os julgamentos do STF.

Após a familiarização com o *site* do Tribunal (<http://www.stf.gov.br>), selecionaram-se dois Ministros e as decisões que eles elegeram como as mais significativas de sua carreira. Com a leitura desses acórdãos, tentou-se verificar conceitos previamente selecionados, tais como: direito, norma, interpretação, responsabilidade, liberdade.<sup>13</sup>

No entanto, constatou-se que os magistrados, em sua grande maioria, não trabalhavam com definições conceituais e sim com os usos particulares das palavras. Dessa forma, a tarefa de descrever os conceitos acima, a partir do STF, seria difícil, bem como demandaria uma ampla pesquisa.

Logo após esta primeira dificuldade, utilizaram-se diversas ferramentas de busca no *site* do STF. Na seção “pesquisa de jurisprudência”, os acórdãos foram pesquisados a partir das seguintes expressões: “direito social”, “direito econômico” e “interpretação constitucional”, com a utilização do operador “*prox*”, ou seja, um instrumento de pesquisa que, ao ser colocado entre as expressões acima, possibilita que sejam delimitadas as distâncias entre as palavras.

Como resultado deste processo de busca e do recorte temporal, isto é, acórdãos publicados no período de janeiro de 1990 a janeiro de 2007, somaram-se 85 documentos.<sup>14</sup> Foi necessário optar por apenas um recorte temático, tendo em vista alguns fatores como, por exemplo, o número elevado de documentos e o fato de que não seriam devidamente analisados.

---

<sup>13</sup> Importante destacar que esta tarefa de recorte dos acórdãos foi realizada pelo grupo de estudo de filosofia do direito, sob a coordenação da Professora Jeanine Nicolazzi Philippi, na qual todos os alunos realizaram buscas nos acórdãos, sendo que cada integrante responsabilizou-se por verificar decisões de um Ministro específico.

<sup>14</sup> O universo temporal justifica-se por se tratar de período posterior à Constituição Federal de 1988 e, também, pela implementação do projeto neoliberal no Brasil.

Por fim, após muitas indagações, questionamentos e leituras dos julgados, decidi pela temática “interpretação constitucional”, visto que estes documentos, em princípio, pareciam os mais apropriados para responderem à pergunta acima.

Em momento posterior à catalogação e às leituras, como também de releituras incansáveis desses julgados, aproximando documentos que pareciam semelhantes, persistia, no entanto, uma dúvida: quais dados empíricos seriam fundamentais para a pesquisa?

A tarefa continuava árdua, pois na medida em que os julgados se tornavam mais familiares pareciam, também, indispensáveis para a composição do trabalho.

A impossibilidade de se analisar todas as situações que surgiam, visando a responder a pergunta: **qual o entendimento do STF acerca da sua atuação decisória?** levou à seleção dos documentos nos quais ocorre o controle concentrado do Supremo<sup>15</sup>, o que totalizou em 8 julgados.

<sup>15</sup> Segundo a Constituição Federal, em seu artigo 102, é da competência do Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. Bem como, entre as suas principais atribuições esta a função de processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, o mandado de injunção, a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da CF e o julgamento em recurso extraordinário das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da CF, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal e julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da CF. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. São Paulo: RT, 1999. Salienta-se que desde a Constituição de 1891 o STF possui competência para exercer o controle difuso. O controle concentrado de constitucionalidade somente surgiu em 1965, através da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro daquele ano. Além disso, de acordo com o regimento interno do Tribunal, capítulo II, intitulado “Da interpretação de lei”, tarefa que não possui previsão constitucional, cabe ao STF o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual para que este lhe fixe a interpretação. Após a publicação do acórdão no diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos. Conforme o “Art. 187. A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF2006.pdf>. Acesso em: 15 de março de 2007. O exame de constitucionalidade via controle concentrado é dado através: (i) da ação direta de inconstitucionalidade - ADI (por ação ou omissão); (ii) da ação declaratória de constitucionalidade - ADC, ambas regulamentadas pela Lei nº 9.868/1999; (iii) da representação interventiva e (iv) da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Trata-se, portanto, do controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, realizado por via de ação.

Com o objetivo de se traçar as principais características da prática decisória do STF, optou-se por trabalhar com os fragmentos catalogados de todos os acórdãos (27 documentos), ou seja, frases e parágrafos, completos ou não, que abordavam questões referentes à prática decisória do Supremo. Nesse momento do trabalho, foram interpretados os conceitos de primeira ordem – o ponto de vista do STF. Conforme esclarece Lucena,

[...] é importante apontar a informação coletada no campo de pesquisa como conceitos de primeira ordem, que são descrições e interpretações feitas pelos participantes, [...] e conceitos de segunda ordem, que são noções e interpretações feitas pelo pesquisador para explicar os padrões observados nos dados.<sup>16</sup>

Nessa perspectiva, os votos dos Ministros do STF são considerados conceitos de primeira ordem, enquanto que a compreensão realizada pode ser considerada como conceitos de segunda ordem. Saliento que não trabalhei com categorias fixas, optei por uma reflexão maleável.

Essa reflexão, portanto, não pode ser somente a perspectiva do pesquisador, bem como uma análise imposta pela doutrina. Ela considera, também, o ponto de vista dos participantes, ou seja, uma análise êmica.<sup>17</sup> Em outras palavras, procurei privilegiar a visão interna do observado, numa postura cultural, particular e analítica.

Ao seguir um método interpretativo e qualitativo, procurei, a partir da análise dos documentos selecionados, propor um quadro de análise que possibilite futuros questionamentos. A pretensão deste trabalho pode ser resumida nas seguintes palavras de Gilles Lipovetsky:

[...] se o conhecimento do que é não determina o que deveria ser, ele pelo menos pode colaborar para, sabendo do que se fala, superar certas polêmicas estéreis e já resolvida. Parece-me que, ao propor modelos interpretativos menos

<sup>16</sup> LUCENA, Maria Inêz Probest. **Razões e Realidades no modo como as professoras de inglês como língua estrangeira de escola pública avaliam seus alunos**. 2006. Tese (Doutorado em Letras) – Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade Federal do Rio Grande Sul, Porto Alegre, p.96.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 92.

estereotipados, menos maniqueístas, mais complexos, eu participo, a meu modo, e modestamente, dos debates que a *polis* democrática exige.<sup>18</sup>

Por fim, deve-se ter claro que nesta pesquisa privilegia-se a descrição dos dados empíricos, pois através deles é que podemos problematizar a questão realizada acima. Dessa forma, o que se pretende com os julgados é demonstrar que as decisões expressam a forma como a Constituição é interpretada pelo STF.

### 3) Um véu “pudico” oculta a decisão

Uma decisão judicial, em regra, encerra o que se pode chamar de juízo de subsunção, de uma norma geral ao fato. O julgador tem por função específica unir a norma jurídica abstrata e o caso concreto.

Muito embora pareça se tratar, a princípio, de um procedimento meramente mecânico, a compreensão de que a decisão resulta de um silogismo corresponde a uma simplificação da realidade, já que, ao decidir, o juiz pode formar seu convencimento "a priori". As decisões judiciais, portanto, não possuem a lei como barreira intransponível.

Os enunciados normativos são interpretados segundo o contexto histórico, cultural e social, bem como a partir da história de vida de cada agente envolvido. Por outro lado, não se pode esquecer que, de acordo com o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, todo o julgador deve motivar sua decisão. A obrigatoriedade da fundamentação é uma garantia processual.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> “Si la connaissance de ce qui est ne détermine pas ce qui doit être, cela au moins peut-il contribuer à dépasser certaines polémiques stériles et convenues en sachant de quoi l’on parle. Il me semble qu’en proposant des modèles interprétatifs moins stéréotypés, moins manichéens, plus complexes, je participe, à ma manière et modestement, aux débats qu’exige la cité démocratique” LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Les Temps hypermodernes**. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2004, p. 104-5.

<sup>19</sup> “Artigo 93 da Constituição Federal. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da magistratura, observados os seguintes princípios: [...] - IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as

Dessa forma, o direito é uma “maneira distinta de imaginar o real”, sendo que a dicotomia entre fato e lei, isto é, a subsunção, pode ser compreendida como uma estrada de mão dupla, na qual trafegam a língua do “se-assim” dos enunciados normativos, juntamente com a do “então-portanto”, do caso concreto, o que irá resultar em diferentes sensibilidades jurídicas.<sup>20</sup>

A partir do momento em que se coloca a barreira simbólica entre o jurídico e o não jurídico, a instituição jurisdicional irá analisar o fato já digerido, no sentido de que este será reinterpretado a partir de uma tradução do que já ocorreu. Estes fatos, segundo Geertz, são “construídos socialmente por todos os elementos jurídicos.”<sup>21</sup>

Assim, quando alguém ingressa com uma ação no Poder Judiciário, o seu representante irá fazer uma tradução do que ocorreu. Após, o fato sofre uma nova tradução, para ingressar no mundo jurídico, a partir da instituição judiciária que, por sua vez, irá analisá-lo segundo a sua visão, ou seja, segundo o local e o contexto histórico, quando a lei assim permitir. Nesse sentido, um sistema jurídico é viável quando possui a capacidade de:

[..] unir a estrutura “se-então” da existência, em sua visão local, com os eventos que compõe o “como-portanto” da experiência também segundo a percepção local, dando a impressão de que essas duas descrições são apenas versões diferentes da mesma coisa, uma mais profunda, a outra mais superficial.<sup>22</sup>

No entanto, é preciso ir além deste conhecimento local, dito de outra forma, é necessária uma reflexão que possa clarificar as nuances apreendidas nos julgados. Nesse sentido, a pretensão desta pesquisa é salientar a forma pela qual o STF “traduz a linguagem da imaginação para a linguagem da decisão”<sup>23</sup>, visando à compreensão da sua prática decisória.

---

decisões, sob pena de nulidade [...]” BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 22 ago.2007.

<sup>20</sup> GEERTZ, Op. Cit., 2006, p.261.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 258.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 261.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 260.

A análise qualitativa do controle concentrado do STF foi realizada com base em quatro critérios.

No primeiro – “Relatório” – expõem-se as principais características constitucionais do julgado; no segundo – “argumentação do Tribunal” –, descrevem-se os argumentos fundamentais utilizados para a decisão, bem como se identificam as questões que podem ser levantadas a partir das decisões; no terceiro critério - “entendimento a respeito da atuação decisória do STF” –, aponta-se a compreensão do Ministro acerca do papel do STF; no quarto e último – “compreensão das narrativas” –, problematizam-se as narrativas dos Ministros, apontadas no critério anterior, a fim de sinalizar qual o entendimento do STF quanto à sua prática decisória.

Em relação ao terceiro item, salienta-se que, hipoteticamente, ao serem manejados esses documentos, uma questão foi lançada aos Ministros: qual o seu entendimento a respeito da atuação decisória do Tribunal? Dessa forma, são apontados os fragmentos referentes à prática decisória do STF, apenas dos Ministros que de alguma maneira “responderam” a esta questão. Muito embora se busque o entendimento do STF a respeito da sua atuação decisória, são descritos os votos dos Ministros no desenvolvimento dos julgados, já que estas decisões não são formadas por um único parecer, mas por votos individuais.

#### **4) Análise qualitativa das decisões**

*4.1) Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2010. Julgamento:30/09/1999. Relator: Celso de Mello.*

##### *4.1.1) Relatório*

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com medida cautelar ajuizada na ação direta de inconstitucionalidade nº 2010, na qual se pediu a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.783 de 28/01/99,

que trata da contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos, ativos e inativos, e demais pensionistas dos três poderes do Estado.<sup>24</sup>

Os autores da ação alegam que a referida lei está em desacordo com os artigos da Constituição Federal: artigo 67 (princípio da irrepetibilidade de projetos rejeitados na mesma sessão legislativa); artigos 149 e 146, III (exigência de lei complementar na instituição e majoração da contribuição da seguridade social); artigo 150, IV (transgressão da norma que proíbe tributo com efeito confiscatório); artigo 195, § 5º (ofensa ao princípio do equilíbrio atuarial); artigo 37, XV e 194 IV (violação da cláusula de irredutibilidade de vencimentos e proventos); artigo 5º, *caput*, e 150 (inconstitucionalidade da estrutura progressiva das alíquotas pertinentes à contribuição de seguridade social); artigo 40, § 12, com o artigo 195, II (ilegitimidade constitucional da instituição da contribuição de seguridade social sobre aposentados e pensionistas) e artigo 5º, XXXVI (desrespeito ao direito adquirido).

A medida cautelar foi proposta visando à suspensão da eficácia da lei, ora impugnada.

O Ministro Relator decidiu pelo deferimento da medida cautelar. Os demais Ministros acompanharam o seu voto no deferimento da ação, para suspender a eficácia das expressões “e inativo, e dos pensionistas” e “do provento ou da pensão”. O Tribunal por maioria, com a exceção dos Ministros Nelson Jobim e Moreira Alves, também deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender a eficácia do artigo 2º e seu parágrafo único da Lei nº 9.783/99 e, por unanimidade, para suspender a eficácia do artigo 3º e seu parágrafo único da referida lei.

#### *4.1.2) Argumentação do Tribunal*

Nesta ação, uma das discussões principais diz respeito à irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos. Nesse sentido, o Supremo descreve

---

<sup>24</sup> Lei 9.783, artigo 1º. A contribuição social do servidor público civil, ativo e inativo, e dos pensionistas dos três poderes da União, para a manutenção do regime de previdência social de seus servidores, será de onze por cento, incidente sobre a totalidade da remuneração de contribuição, do provendo ou da pensão. [...]. BRASIL. **LEI 9.783 de 1999**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccil\\_03/Leis/L9783.htm](http://www.planalto.gov.br/ccil_03/Leis/L9783.htm). Acesso em 22 ago.2007.

que a Constituição Federal tem o condão de disciplinar o exercício do poder impositivo estatal, devendo este, portanto, subordinar-se aos limites impostos pela Carta.

A Constituição da República, ao disciplinar o exercício do poder impositivo do Estado, subordinou-o a limites **insuperáveis, em ordem a impedir** que fossem praticados, em detrimento do patrimônio privado e das atividades particulares e profissionais lícitas, **excessos** que culminassem por comprometer, de maneira arbitrária, o desempenho regular de direitos que o sistema constitucional **reconhece e protege**.<sup>25</sup>

Há o entendimento de que a garantia da irredutibilidade dos vencimentos não é absoluta. Embora o artigo 37, XV da CF<sup>26</sup>, descreva o contrário, para o Ministro Celso de Mello:

Em suma: a garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração devida aos servidores públicos em atividade **não se reveste de caráter absoluto**. Expõe-se, por isso mesmo, às derrogações instituídas pela própria Constituição da República, que prevê, relativamente ao subsídio e aos vencimentos [...] a incidência de tributos, legitimando-se, desse modo, quanto aos servidores públicos ativos, a exigibilidade das contribuições para seguridade social [...].<sup>27</sup>

Por outro lado, em relação aos aposentados há entendimento diverso. Nesse sentido, são os argumentos do Ministro Maurício Corrêa, para quem aos aposentados não deve incidir nova lei que venha a tirar-lhes substancial valor de seus proventos.<sup>28</sup> Corroborava com esse entendimento a interpretação do Ministro Carlos Velloso para quem: “a conclusão, pois, é que não há autorização

<sup>25</sup> MC-ADIN 2010, Celso de Mello, fls. 78, grifos do original.

<sup>26</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.” *In*: BRASIL. Brasil. **Constituição Federal**. Op. cit.

<sup>27</sup> MC – ADIN 2010, p. 67.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 106.

constitucional para a cobrança de contribuição de seguridade social dos servidores aposentados e dos pensionistas.”<sup>29</sup>

Nota-se que o entendimento majoritário deu-se no sentido de afastar o aumento da contribuição sobre os vencimentos dos servidores aposentados e dos pensionistas, em relação aos ativos a nova contribuição foi considerada constitucional.

No que diz respeito à possibilidade de diferenciação de alíquotas, para a incidência da contribuição previdenciária, o Ministro Néri da Silveira declara que se deve ter claro que a Constituição não faz referência à possibilidade de diferenciação. Dessa forma, não há dúvida de que as contribuições se fazem diferenciadas tendo em vista que a base da contribuição depende dos vencimentos do servidor, para o Ministro: “isso corresponde, exatamente, ao espírito da Constituição, já agora limitado ao âmbito dos servidores públicos, em que se prevê estar [...]”.<sup>30</sup>

O Ministro Moreira Alves, ao fazer menção à defasagem dos vencimentos dos servidores públicos, salienta que argumentos de ordem econômica não podem ser utilizados para julgamentos neste Tribunal.

Deixo de lado a questão de não haver, aproximadamente há cinco anos, reajuste de vencimentos, até porque argumentos de natureza meramente econômica não podem ser usados, por via de regra, para julgamento em ação direta de inconstitucionalidade.<sup>31</sup>

O Ministro Marco Aurélio sustenta que não há na CF justificativa para a majoração da citada contribuição. Para o Ministro, só há justificativas que tratam da política governamental do momento,

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 157.

[...] tendo em conta até mesmo compromissos internacionais, compromisso assumido com o FMI, e, aí, vejo o quanto a soberania é fluída, dependendo, portanto, de questões econômica e financeiras.<sup>32</sup>

Prossegue o magistrado descrevendo que para ele a CF deve ser interpretada segundo o seu sentido literal e técnico, visando à busca de seus objetivos.

[...] Não posso colocar em plano secundário o sentido vernacular e o sentido técnico das palavras contidas na Carta, sob pena, então, de abandonar a busca do real objetivo dos preceitos nela inseridos. [...].<sup>33</sup>

Por outro lado, para o Ministro Carlos Velloso há conceitos indeterminados, devendo – nestes casos – o magistrado definir-lhe a abrangência: “qual seria o conceito de 'tributo com efeito de confisco?’ O conceito é indeterminado, caso em que o juiz laborará em área que chamaríamos de 'área cinzenta’”.<sup>34</sup>

Inicialmente, percebe-se a utilização de uma argumentação em favor do sentido literal dos enunciados normativos da CF. No entanto, há ressalvas, visto que há enunciados normativos indeterminados, momento em que o magistrado é quem deverá fixar-lhe o conceito. Salienta-se, porém, que neste julgado não há a definição do que sejam os conceitos discutidos, nem a forma como deveria o magistrado fixar-lhes os conceitos.

#### 4.1.3) Entendimento a respeito da atuação decisória do STF

<b>Celso de Mello</b>	[...] Argumentos de necessidade, por mais respeitáveis que possam ser, não devem prevalecer, jamais, sobre o império da Constituição. Razões de Estado, por sua vez, não podem ser invocadas para legitimar o
-----------------------	---

<sup>32</sup> Ibidem, p. 144.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 145.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 163.

	<p>desrespeito e a afronta a princípios e a valores essenciais que informa o nosso sistema de direito constitucional positivo. [...].</p> <p>O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, teve o ensejo de repelir esse argumento de ordem política [...].</p> <p>Nada compensa a ruptura da ordem constitucional.</p> <p>A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, por isso mesmo, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito.</p> <p>O Supremo Tribunal Federal – que é o <b>guardião da Constituição</b>, por expressa delegação do Poder Constituinte, não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. Grifou-se</p> <p>O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.</p>
<p><b>Sepúlveda Pertence</b></p>	<p>[...] não quero comprometer-me com dogmas hermenêuticos tradicionais, qual o de que uma norma restritiva de poder se interpreta estritamente, quando isso possa servir de cobertura à fraude política à Constituição. <b>A Constituição, para mim é, sobretudo, regra do jogo político, que não pode ser contornada pelo abuso de dogmas</b></p>

	<p><b>hermenêuticos clássicos.</b></p> <p>[...] dou prevalência ao compromisso, particularmente deste Tribunal, com a efetividade da Constituição – e com a efetividade da Constituição contra a fraude que esvazie o seu conteúdo, a finalidade de suas normas, pelo uso de artifícios de qualquer sorte, por qualquer dos Poderes.</p>
<p><b>Marco Aurélio</b></p>	<p>[...] atuação indepedente, espontânea que se exige dos magistrados [...] precisamos evoluir, para tirar da Carta a maior eficácia possível. Qual o objetivo da norma, Excelência?</p>

#### 4.1.4) *Compreensão das narrativas*

A partir das narrativas acima, pode-se verificar um indício em afastar as influências políticas e econômicas das decisões dos Ministros. Dessa forma, o texto constitucional não pode ser interpretado para algum fim específico.

Para o STF o seu papel é o de Guardião da Constituição, devendo, pois, garantir a integridade do sistema político, proteger a estabilidade do ordenamento jurídico, bem como a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República; visto que o Poder Judiciário é um poder independente e tem consciência da sua alta responsabilidade.

Muito embora as narrativas acima descrevam um comprometimento com a Constituição Federal, note-se que o Supremo deferiu a medida cautelar para suspender a eficácia das expressões “e inativo e dos pensionistas” do artigo 1º da Lei nº 9.783/99, bem como o parágrafo único do artigo 2º e do artigo 3º. Ou seja, em relação aos demais servidores não foi deferido o pedido de suspensão de eficácia da referida lei.

Salienta-se que, em 13/06/2002 em questão de ordem nº 2010 a ação direta de inconstitucionalidade foi julgada parcialmente prejudicada, tendo em vista a perda superveniente de seu objeto, resultante da edição da Lei nº 9.998/2000, que em seu artigo 7º expressamente revogou o artigo 2º da Lei nº 9.983/99.

Verificou-se que o cerne da questão não era o referido artigo, e sim, a irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos ativos e inativos; no

entanto, o STF julgou a ação prejudicada por perda de objeto. Esse mesmo Tribunal que se diz extremamente vinculado à “efetividade da Constituição contra a fraude que esvazie o seu conteúdo, à finalidade de suas normas, pelo uso de artifícios de qualquer sorte, por qualquer dos Poderes.”<sup>35</sup>

Dessa forma, pode-se dizer que as descrições acima, que evidenciam o “grandioso” papel do Tribunal, comprometido com a eficácia da Constituição, expressam um exercício de retórica. Em outras palavras, as descrições em nenhum momento expõem a forma como a norma específica deveria ser interpretada.

Enfim, uma característica interessante desse julgado é o fato de que há o entendimento, em tese, do Tribunal, de que sua atuação decisória é caracterizada pela nobre função da garantia da integridade da ordem constitucional, bem como pelo afastamento de leituras, que possam esvaziar o sentido da CF. No entanto, após essas descrições que enaltecem a função desse Tribunal, a ação foi julgada prejudicada por uma questão meramente formal.

#### ***4.2) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797. Julgamento: 15/09/2005. Relator: Sepúlveda Pertence.***

##### *4.2.1) Relatório*

A ação foi proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, na qual requereram a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, que acrescentou o parágrafo primeiro e segundo ao artigo 84 do Código de Processo Penal.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> MC-ADI 2010, fls. 94.

<sup>36</sup> Artigo 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Supremo Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. § 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. § 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para proceder e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º. *In*: Brasil. **Decreto-lei n.º 2.848, de**

Segundo dispõe a referida lei, o foro especial por prerrogativa de função foi ampliado, a momento posterior à cessação da investidura na função. Em outras palavras, mesmo não estando mais na função o foro especial para os parlamentares ficara ampliado.

A autora invoca decisão do Supremo, na qual havia cancelado a Súmula 394,<sup>37</sup> para afastar o suposto privilégio concedido aos ex-parlamentares.

O Ministro Relator julgou procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, tendo sido acompanhado pelos demais Ministros, a exceção de Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie.

#### *4.2.2) Argumentação do Tribunal*

Nesse julgado, discute-se se poderia a lei ordinária contrariar a interpretação do STF. Percebe-se uma forte tensão entre o Poder Judiciário e o Legislativo. Apreende-se dos votos dos Ministros, que o Judiciário, em tese, está acima do legislador.

A Súmula 394 – na qual prorrogava a competência do Tribunal, ainda que o parlamentar não estivesse mais exercendo o cargo – foi publicada em 08/05/1964, sob a égide de outra Constituição. Ocorre que esta súmula manteve-se até 1999, ou seja, era aplicada ainda que a Constituição atual não prorrogasse expressamente a competência.

A mesma foi cancelada por decisão tomada pelo Supremo no Inquérito n. 687-QO, em 25/08/97, no qual os fundamentos a lei nova contraria. Há, portanto, uma divergência em relação à nova lei ordinária e a decisão do STF no citado inquérito.

Há contradições aparentes no posicionamento do Supremo, visto que neste julgado alega que as competências civis ou criminais dos tribunais são somente aquelas previstas expressamente na Constituição. Nesse sentido, o

---

**1940.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso: ago. 2007.

<sup>37</sup> Súmula 394: Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência por prerrogativa de função ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

Ministro Sepúlveda Pertence afirma: “o que se impugna, no caso, é a declaração por lei de competência originária não prevista na Constituição.”<sup>38</sup>

Salienta-se que a competência havia sido prorrogada pelo próprio Supremo, com a edição da Súmula 394. Dessa forma, houve uma mudança no entendimento do Tribunal acerca da prorrogação da competência por prerrogativa de função.

Para essa Corte, sua interpretação ocorre de forma “**direta e exclusiva da Constituição Federal**”, não podendo, portanto, o legislador impor uma interpretação diversa da Constituição.

Assim, a questão é de inconstitucionalidade formal, visto que a lei nova pretende interpretar a Constituição de forma contrária àquela realizada pelo STF, que nas suas próprias palavras trata-se do “**Guardião da Constituição**”.

Para o STF a lei ordinária não está autorizada a contrariar a sua interpretação. Já que, do contrário, a Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja,

**Admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador**, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia-, só constituiria a Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.<sup>39</sup>

A interpretação dada, pelo Supremo, à Constituição Federal “[...] **expressa a norma de decisão**”. Nesse sentido, o Ministro Eros Grau coloca a questão: “**seremos nós, os juízes em geral, os únicos intérpretes autênticos, no sentido de Kelsen, da Constituição?**”<sup>40</sup>

Para o Supremo há dois intérpretes autênticos da Constituição: os magistrados de uma forma geral e os seus Ministros, que realizam o controle

---

<sup>38</sup> ADI 2797, p. 40.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 37, grifou-se.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 48.

direto da constitucionalidade das demais normas. A interpretação do STF é realizada por intérpretes autênticos, assim, somente estas criam direito.

Vê-se para logo coexistirem, entre nós, no mínimo dois intérpretes autênticos da Constituição. Um, aquele que opera o seu controle difuso – os outros juízes e os juízes desta Corte. Outro, aquele que opera o controle direto da constitucionalidade, nós.<sup>41</sup>

Aqui, há uma expressa adesão a teoria positivista do direito, influência de Kelsen, visto que, para este autor, os magistrados são os intérpretes autênticos das normas constitucionais. Segundo esta concepção, quando o juiz interpreta produz uma norma. Esta tem a capacidade de vincular o ordenamento jurídico como os demais enunciados normativos.

Partindo do texto da norma [e dos fatos], o intérprete autêntico, no sentido de KELSEN, alcança a norma jurídica, para então caminhar até a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito. Concretizá-lo é produzir normas jurídicas **gerais nos quadros de solução de casos determinados**. A concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta [a norma jurídica], que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é **definida a norma de decisão**, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. Por isso sustento que interpretação e concretização se superpõem. [...] <sup>42</sup>

Conforme a compreensão do Supremo, o magistrado ao solucionar uma determinada lide estabelece um diálogo entre a norma jurídica e o fato, para então concretizar o direito através de uma norma de decisão. Dessa forma, interpretar a constituição é concretizá-la, já que **“inexiste interpretação do direito sem concretização.”**<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> Adi 2797, p. 47, grifei

<sup>43</sup> Ibidem.

4.2.3) *Entendimento a respeito da atuação decisória do STF*

<p><b>Sepúlveda Pertence</b></p>	<p>[...] as decisões do STF que diretamente aplicam a Constituição aos fatos [...]. A jurisdição constitucional na democracia – e a afirmação tem hoje a força do óbvio – é um poder contra-majoritário: incumbe-lhe impor à maioria política da conjuntura as regras constitucionais do jogo político e as limitações substanciais da Constituição ao conteúdo das decisões legislativas e administrativas.</p> <p>Quando, ao contrário, a lei ordinária (ou o ato de governo) é que pretendem inverter a leitura da Constituição pelo órgão da jurisdição constitucional, <b>não pode demitir-se este do seu poder-dever de opor o seu veto à usurpação do seu papel.</b></p> <p>[...] me parece um imperativo da sustentação do papel do Tribunal, “<b>guarda da Constituição</b>”.</p>
<p><b>Eros Grau</b></p>	<p>O intérprete produz a norma jurídica não por diletantismo, porém visando a sua aplicação a casos concretos.</p> <p>Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar [=compreender] os textos normativos, mas também compreendemos [=interpretamos] os fatos.</p> <p>A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão.</p> <p>Isso se dá no bojo do controle difuso de constitucionalidade. O juiz apura a constitucionalidade da norma e, em seguida, decide um determinado caso a partir da consideração da norma jurídica geral --- não apenas do texto, pois. Isso é interpretar/aplicar o direito.</p>
<p><b>Carlos Britto</b></p>	<p>[...] sabemos ser regra elementar de hermenêutica que quando há uma colisão, uma fricção empírica de valores constitucionais, o intérprete deve</p>

	optar por aquela saída que melhor prestigie os princípios de superior hierarquia constitucional
<b>Gilmar Mendes</b>	<p>É de se ressaltar que, se de um lado, a Constituição atribui a este Supremo Tribunal Federal a tarefa da guarda da integridade da ordem jurídico-constitucional, de outro, é assente que o seu texto está sujeito a uma <b>sociedade aberta de intérpretes</b> (HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional)</p> <p>Esta Corte, portanto, jamais pode olvidar <b>que a tarefa de interpretar a Constituição é inafastável da abertura procedimental</b>. Essa constatação [...], ao meu entender, é crucial para que o <b>papel institucional do Supremo Tribunal Federal esteja aberto</b> não somente às mudanças legislativas, mas sobretudo, ao modo pelo qual essa legislação <b>deve ser interpretada à luz de inovações ou alterações sociais, históricas e culturais</b>.</p>
<b>Carlos Veloso</b>	<p>O Supremo Tribunal Federal é o intérprete maior da Constituição.[...] O § 1º do art. 84 do CPP, na redação da Lei 10.628, de 2002, <b>afrontou o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, afrontando, portanto, a Constituição</b>. É que a revogação da Súmula 394, pelo Supremo, se fez mediante interpretação da Constituição pelo seu <b>guardião-maior</b>.</p>

#### 4.2.4) *Compreensão das narrativas*

Destaca-se que nesse julgado há referência às obras de Kelsen, autor considerado positivista, e em outras passagens há referência a Haberle, autor do paradigma neoconstitucional. Além disso, há momentos em que se descreve que a interpretação constitucional deve permitir a abertura procedimental, ou seja, o subsistema direito deve estar aberto às novas interpretações legislativas, bem como às mudanças sociais, históricas e culturais. Aqui, se extrai algumas características do direito reflexivo.

Em suma, não há como catalogar o julgado acima em algum paradigma do direito, de forma estanque. O que se percebe são características de mais de um modelo.

Outra característica, comum nesse acórdão, é o fato de que para os Ministros do STF a sua interpretação é que cria direito, ou seja, possui a capacidade de alterar o ordenamento jurídico. Tal descrição é compatível com o controle de constitucionalidade, já que ao Tribunal é conferida a função de declarar a constitucionalidade, ou inconstitucionalidade das normas.

No entanto, para o STF o legislador não está autorizado a editar leis que contrariem a sua interpretação. Assim, é colocado o entendimento de que o Supremo está acima dos demais poderes, na função de dizer qual o significado das normas constitucionais; bem como que suas interpretações são a própria Constituição.

#### ***4.3) Embargos Infringentes na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1289. Julgamento: 03/04/2002. Relator: Gilmar Mendes.***

##### *4.3.1) Relatório*

Embargos infringentes impetrados pelo Procurador Geral da República contra a decisão do STF na ação direta de inconstitucionalidade nº 1289, na qual se questionava os cargos vagos de juízes do Tribunal Regional do Trabalho, para a composição da lista quádrupla, segundo o artigo 94 e 115 da Constituição.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> “Artigo 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o Tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação. Artigo 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho serão compostos de juízes nomeados pelo Presidente da República, observada a proporcionalidade estabelecida no § 2 do artigo 111. Parágrafo único. Os magistrados dos Tribunais Regionais do Trabalho serão: I – omissis; II – advogados e membros do Ministério Público do Trabalho, obedecido o disposto no art. 94.” *In*: BRASIL. Brasil. **Constituição Federal.....**

Em decisão normativa, o Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho autorizou a complementação da lista com membros do Ministério Público (MP), que não preenchessem o requisito temporal. Decidiu o STF pela inconstitucionalidade da referida decisão, tendo em vista que a Constituição Federal não disciplina as hipóteses de não haver membro do MP com aquele requisito constitucional temporal, de dez anos de carreira, para compor a lista.

O Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Sydney Sanches e Moreira Alves, decidiu pelo deferimento dos embargos, declarando a constitucionalidade do ato impugnado.

#### 4.3.2) *Argumentação do Tribunal*

Inicialmente, o Ministro Gilmar Mendes tece alguns comentários a respeito do quinto constitucional – artigo 94 da CF – elegendendo-o à categoria de princípio. Visando a complementar sua argumentação, o Ministro cita a obra de Gustavo Zagrebelsky – autor neoconstitucionalista - para quem a Constituição, em sociedades caracterizadas por um acentuado grau de relativismo, não estabelece um projeto predeterminado de vida, mas coloca à disposição as condições de possibilidade.<sup>45</sup> Nesse sentido, Gilmar Mendes cita o referido autor.

[...]. No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: **a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente.**  
[...]. (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil.*, cit., p. 16). 46

Conclui o Ministro que, em matéria constitucional, a interpretação deve ser sempre a do **“pensamento do possível”**, ou seja, segundo Gilmar Mendes trata-se de: “[...] **expressão, consequência, pressuposto, limite para uma interpretação constitucional aberta.**”<sup>47</sup> Posteriormente, faz referência à obra de Häberle, e descreve o conceito do “pensamento do possível.”

<sup>45</sup> ADI-EI, 1289, p. 10.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 10. Grifou-se.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 12.

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro. É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 10).<sup>48</sup>

Para o Ministro, a Constituição não deve ser compreendida como um texto “acabado ou definitivo, mas sim como projeto” em contínuo desenvolvimento.<sup>49</sup> Além disso, argumenta que uma decisão pode ser contrária ao texto constitucional, visto que uma lei sempre é feita para um período de tempo, devendo, portanto, ser adaptada às circunstâncias factuais. Já que, como obra do homem ela está sujeita à “força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.”<sup>50</sup>

#### 4.3.3) Entendimento a respeito da atuação decisória do STF

<p><b>Gilmar Mendes</b></p>	<p>[...] parece legítimo admitir que a regra constitucional em questão contém uma lacuna: [...]. Não tendo a matéria sido regulada em disposição transitória, parece adequado que o próprio intérprete possa fazê-lo em consonância com o sistema constitucional [...].</p>
<p><b>Moreira Alves</b></p>	<p>[...] não sou daqueles que admitem que, por interpretação, possamos suprir lacuna, para o efeito de não se declarar a inconstitucionalidade. Aqui, não há lacuna, mas ocorre uma situação que deve ser resolvida por via de interpretação para se saber, dentre os princípios em choque, qual deles prevalece. Isso, aliás, é comum, em matéria de direitos e garantias fundamentais.</p>

<sup>48</sup> Ibidem, p. 13. Grifou-se

<sup>49</sup> Ibidem.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 16. Grifou-se.

<b>Marco Aurélio</b>	[...]. Considero-me um entusiasta da <b>interpretação ativista do texto</b> , objetivando preservar <b>a alma da própria Constituição Federal</b> .
----------------------	---

#### 4.3.4) *Compreensão das narrativas*

O Tribunal, ao alegar choque entre princípios, não descreve como ocorre essa suposta ponderação.

Ainda que não concordem a respeito dos instrumentos que deverão utilizar – choque de princípios ou supressão de lacuna –, os Ministros concordam que é a função do Tribunal dar o sentido aos enunciados normativos, através de atos interpretativos. Todavia, a forma como o Supremo dará o sentido às normas constitucionais não possui fundamentação.

## 5) **Considerações finais**

Nas descrições dos julgados acima pude perceber que os Ministros interpretam a Constituição Federal de forma aleatória, ou seja, em algumas passagens demonstram uma preocupação em aplicar a lei, por outro lado, em outras argumentações, colocam seus posicionamentos pessoais, e até mesmo divagam a respeito dos casos específicos.

Além disso, foi possível perceber que nas decisões do STF há características dos principais paradigmas do direito, como, por exemplo, o direito positivo, o neoconstitucionalismo, o direito reflexivo.

Assim, poderia arriscar dizer que as características do direito atualmente se somaram. Do positivismo jurídico herdaram-se os códigos, as constituições e os princípios; o neoconstitucionalismo e o direito reflexivo, por sua vez, influenciaram o surgimento de juízes que, a partir do direito constitucional e de um direito procedimental de urgência, passaram a interpretar as normas com uma ampla liberdade.

O modelo de direito verificado nos documentos analisados, a princípio, é inclassificável, visto que há um sincretismo paradigmático. Há um direito “nosso”, caracterizado pela fluidez, liquidez, ou seja, um direito que de alguma

forma transita entre uma corrente doutrinária e outra. Sua qualidade é não estar vinculado, restritivamente a nenhum paradigma.

Todas estas constatações só foram possíveis através das contribuições metodológicas advindas da antropologia. Entrecruzar o saber jurídico com o antropológico, nos permite olhar o direito sob outra perspectiva, e perceber nuances do poder judiciário que somente através de uma análise etnográfica é possível.

A pesquisa de campo nos proporciona vivenciar a concretização empírica do direito, afastando o que o mundo dos “códigos” prescreve, para mostrar o que de fato as pessoas vinculadas ao campo dizem e sentem a respeito do direito.

**Referências bibliográficas**

ALMEIDA, Danielle Silveira de. "**Vistos, relatados etc**": Uma interpretação de decisões do Tribunal de Justiça expressas em acórdãos acerca da dissolução da sociedade conjugal, em Florianópolis/SC, na década de 90. 2002. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. São Paulo: RT, 1999.

CLIFFORD, James. "Sobre a autoridade etnográfica". In: CLIFFORD, James. **A experiência etnográfica: antropologia e literatura no século XX**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1998.

GARCIA, Ísis de Jesus. **Uma torre de babel chamada Constituição Federal: reflexões a respeito do direito contemporâneo**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

GEERTZ, Clifford. **Interpretação das Culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

\_\_\_\_\_. **O saber local**. Novos ensaios em antropologia interpretativa. Petrópolis: Vozes, 2006.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Les Temps hypermodernes**. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2004.

LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. Barueri: Manole, 2005.

LUCENA, Maria Inêz Probest. **Razões e Realidades no modo como as professoras de inglês como língua estrangeira de escola pública avaliam seus alunos**. 2006. Tese (Doutorado em Letras) – Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Controlando o poder de matar: uma leitura antropológica do Tribunal do Júri – ritual lúdico e teatralizado**. 2002.

Tese (Doutorado em Antropologia) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da USP, São Paulo.