

# Ativismo processual constitucional



## Renato Gugliano Herani

Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Titular do programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Constitucional da FADISP. Pesquisador bolsista do FUNADESP. Membro do Conselho Consultivo da Presidência do CNJ. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/SP. Advogado em São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Por um novo paradigma da postulação constitucional. 3. Legitimidade da autonomia processual constitucional. 3.1. Legitimidade histórica. 3.2. Legitimidade normativa. 3.3. Legitimidade técnico-jurídica. 4. Motivações de autocriação processual constitucional pelo STF. 4.1. Criação por interpretação (concretização). 4.2. Criação por integração analógica. 4.3. Criação por delegação legislativa. 4.4. Criação ex novo. 5. Conclusões. Referências.

## 1. Introdução.

**A** posição do Supremo Tribunal Federal – STF na estrutura política do Brasil o credencia a ser o supremo intérprete da Constituição. Interpreta com supremacia não só o direito material constitucional, mas também o processual constitucional. Se incontestado é a capacidade de as decisões do STF criarem direito constitucional material, num contexto de tímida legislação processual constitucional como é o caso do Brasil, com maior razão propiciam um campo ainda mais vasto para o ativismo processual constitucional. Esse tema ainda surpreende, não obstante a sua importância, por seu déficit investigativo na doutrina nacional, se comparado com o interesse há muito despertado em outros países.

A ideia de ativismo processual constitucional é aqui empregada no sentido de *parâmetro de atuação ativa* do STF na produção de normas processuais constitucionais. Peter Häberle detecta esse movimento no Tribunal Constitucional Federal alemão quando diz ser possível, a partir da jurisprudência, reelaborar o direito processual constitucional alemão.<sup>1</sup> Ponderações dessa ordem evidenciam a capacidade de a jurisprudência constitucional constituir-se forma especial de produção judicial do estatuto processual constitucional, cuja compreensão exige posturas interpretativas apropriadas e diferentes

1 HÄBERLE, Peter. El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, p. 15-44, 2004.

das tradicionalmente praticadas em sistemas jurídicos de matriz *civil law*.

A essas inferências deve-se especial atenção no Brasil, em razão do perfil legislativo favorável a que o STF concentre um poder de conformação do processo constitucional diverso daquele por ele mesmo exercido no manejo do processo ordinário. E denuncia uma postura um tanto ativista, aqui aludida em linha com outros estudos, pelo *princípio da autonomia processual constitucional*, que tomo como objeto central deste estudo, especialmente por seus efeitos no desempenho prático do processo constitucional.

Autonomia processual constitucional é o *poder de criação judicial do direito processual constitucional num âmbito de discricionariedade contingenciado ao juiz constitucional, diante da insuficiência ou inadequação do substrato textual legislativo de natureza processual constitucional, para enfrentar os albores da sua função de curador da Constituição*. Quando afirmo que o STF cria direito processual constitucional, tenho em mente a noção de “criação” em um sentido amplo, “como estabelecimento de normas jurídicas ou preceitos dotados de eficácia *erga omnes*”,<sup>2</sup> não propriamente decorrente do dispositivo (norma de decisão), mas da força persuasiva ou transcendente da fundamentação da decisão da qual é possível generalizar e abstrair tais preceitos (norma geral).

O estudo não se trata de modo algum da defesa matizada da autocriação processual constitucional do STF contraposta à orientação, que se tem fortalecido nos últimos anos,<sup>3</sup> de codificação do direito processual constitucional nos moldes, por exemplo, do

Código Processual Constitucional peruano. Até porque não se pode afirmar que a autocriação e a codificação formam um irrecusável antagonismo, pois ambas as orientações podem coexistir plenamente, com maior ou menor discricionariedade judicial. Um bom exemplo dessa convivência pode ser notado no próprio Peru. Além do referido Código, também compõe o ordenamento processual constitucional peruano a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional e o Regulamento Normativo do Tribunal Constitucional. Não obstante tão vasta legislação, ainda há lacunas e indeterminações, e, por isso, o próprio código autoriza o Tribunal Constitucional a atuar imperativamente na supressão e integração normativa para lograr a concretização dos fins do processo constitucional.<sup>4</sup>

Este estudo defende o modo como deve ser captada a prática da autonomia processual constitucional. Em reflexão anterior, adverti para a maior frequência do uso do *método jurídico-funcional de autorreferência da Justiça Constitucional brasileira* para uma base científica mais concreta, e não só abstrata, e, por isso, sólida para indicar o real perfil funcional do STF (entre o ativista e a autocontenção), enquanto guardião da Constituição.<sup>5</sup> Eis a motivação para, neste breve encontro, levar adiante essa advertência e, a partir da análise dos fundamentos de decisões do STF, formatar linhas gerais sobre a prática da autonomia processual constitucional.

O intuito é contribuir aportando uma visão introdutória sobre a matéria. O estudo inicia com o que reputo um dos efeitos de

2 REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 327, tradução nossa.

3 BONAVIDES, Paulo; SARAIVA, Paulo Lobo. Proposta: Código de Processo Constitucional. *Folha de S. Paulo*, A3, 10 jan. 2010. TAVARES, André Ramos; BELAUNDE, Domingo García. Por que um Código Processual Constitucional? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 16, out./dez. 2011.

4 “Art. III. (...) el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”; “Art. IX. En caso de vacío o defecto de la presente ley, será de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios genérales del derecho procesal y a la doctrina”.

5 HERANI, Renato Gugliano. O poder judicial de constitucionalidade: entre o ativismo e a contenção. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 27, p. 631-648, 2013.

relevância e justificação da convivência com a autonomia processual constitucional, que é a revisão do modo de pensar a *postulação constitucional como técnica processual* de ativação e operacionalização do sistema de proteção (subjéctiva e objectiva) da Constituição. Segue com algumas linhas sobre a legitimidade do princípio da autonomia processual constitucional, quando é revelado o seu *fundamento normativo*. Por fim, em breves dizeres, é analisado o poder de criação judicial segundo a *motivação do seu exercício*, num processo inverso de abstracção, por que parte da verificação do comportamento do processo constitucional do ponto de vista da sua criação.

## 2. Por um novo paradigma da postulação constitucional.

Alguns traços marcantes do Estado de cariz constitucional, como a maior discricionariedade interpretativa do julgador em razão da linguagem constitucional aberta, a verticalização da eficácia das normas constitucionais, o incremento dos mecanismos e técnicas de controle da constitucionalidade, determinaram “um incremento quantitativo e qualitativo da exigência de justificação das decisões dos órgãos públicos”.<sup>6</sup> Isso é perceptivo principalmente em órgãos como o STF que deve atuar orientado a suprir

deficiências e insuficiências legislativas na regulação do processo constitucional.

Ao se observar *como* é o processo constitucional, percebe-se que não raramente o STF aproxima-se da criação legislativa. Um perfil como esse coloca em plano de pertinência, no momento da postulação constitucional, métodos para o controle racional da atividade judicial, em vista da identificação de padrões de racionalidade. É um pensamento que se engaja com o Estado Constitucional, cujo poder do Direito é submetido à razão – “império da força da razão, frente a razão da força”<sup>7</sup> –, e isso implica o comprometimento com critérios argumentativos mais elaborados e consistentes. É nesse contexto que, a partir do século passado, houve o grande impulso dos modelos teóricos da argumentação jurídica, e, hoje, impacta a conduta dos profissionais – desde julgadores a advogados – na interpretação e aplicação do Direito constitucional. Do ponto de vista dos postulantes, o que se deve ter em mente é a *racionalização de estratégias processuais* orientadas por padrões metodológicos capazes de compreender e controlar as razões das decisões judiciais.

Somente a partir do século XX inclinou-se a desenvolver o Direito como argumentação jurídica em oposição à concepção estritamente formalista, que sofreu da excessiva simplificação da interpretação e da aplicação do Direito e, portanto, da racionalização jurídica.<sup>8</sup> Esse simplismo marcadamente presente



6 ATIENZA, Manuel. Argumentación jurídica y estado constitucional. *Anales de jurisprudencia*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, n. 261, p. 354, 2003, tradução nossa. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=anjuris&n=261>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

7 *Ibidem*, p. 354, tradução nossa.

8 *Ibidem*, p. 353-369.

em sistemas jurídicos de cariz *civil law* reflete na conduta racional não só dos julgadores, como dos profissionais da postulação. A aproximação do *civil law* do *common law*, fenômeno que se tem percebido ao longo dos últimos anos, tende a mudar esse cenário, com a percepção cada vez mais clara de que julgadores não devem decidir destituídos de razões objetivamente controláveis e advogados postularem sem método e técnica capazes de controlar racionalmente o julgador.

Assumir a ideia de direito como argumentação é preparar-se para a postulação teoricamente mais complexa e de uso técnico mais apurado, mormente num sistema orientado pelo princípio da autonomia processual constitucional. A primeira mudança é o esforço prévio e constante de reflexão sobre o real processo de decisão, para que a postulação articule com técnica capaz de lidar com a maior demanda argumentativa, especialmente no processo constitucional em que os direitos fundamentais ocupam posto central. Deve-se pensar esses novos parâmetros a partir da articulação dos avanços da teoria da argumentação jurídica com o atual momento do constitucionalismo moderno e do papel central das Cortes ou Tribunais Constitucionais frente à solução de problemas constitucionais concretos de ampla repercussão social, política e econômica.

Em recente estudo, André Ramos Tavares chama a atenção para a tecnicidade do processo constitucional, ao trabalhar o “controle de constitucionalidade e a constitucionalização do direito como técnica processual” e traçar as linhas preliminares da “base, condições e alcance para advocacia” dessa diferenciada abordagem. Esse estudo:

(...) parte da constatação de que, no Estado Constitucional, o controle de constitucionalidade pode, presentes determinadas condições, ser utilizado processualmente como uma técnica do autor ou pelo réu das ações judiciais em geral, para fins de alcançar o objetivo

final de obter o bem da vida perseguido processualmente.<sup>9</sup>

Ao associar o controle de constitucionalidade à “técnica processual”, enfatiza-se, com isso, a instrumentalidade do processo constitucional em vista de melhores resultados. Exige do advogado a habilidade de argumentar em termos constitucionais e dimensionar as decorrentes implicações processuais. Pode-se dizer que falar, hoje, em capacidade postulatória constitucional não é entoar expressão vazia, é tomá-la em diferenciação à postulação tradicional. E o ponto de partida está na compreensão normativa e no adequado uso do processo constitucional.

Sabe-se que é um traço peculiar da dinâmica processual constitucional ir além da tradicional doutrina processual vocacionada à aplicação do Direito (em geral, das leis) aos casos concretos presa na medida exata da fórmula jurisdicional de “dizer o Direito ao caso concreto”.<sup>10</sup> Nesse contexto, em linhas gerais e meramente provocativas, a postulação ordinária opera com rigor o silogismo-dedutivo (aplicação/subsunção). Já a postulação processual constitucional é receptiva a outras abordagens metodológicas, especialmente a indutiva. Essa tem como campo de análise a prática constitucional jurisprudencial metodologicamente referida. As providências postulatórias devem ser articuladas e executadas com a plena consciência da crescente constitucionalização do direito e do aprimoramento do processo constitucional como instrumento a serviço da defesa da Constituição. Isso muda completamente o modo de pensar o direito processual.

A postulação ordinária exige do profissional uma capacidade mais narrativa, entabulada pela lógica da causalidade próxi-

9 TAVARES, André Ramos. O controle de constitucionalidade e a constitucionalização do direito como técnica processual: base, condições e alcance para Advocacia. *Revista científica virtual da escola superior da advocacia da OAB-SP*, n. 8, p. 9, 2011.

10 *Ibidem*, p. 9.

ma e remota, conjugada com instrumentos de atestação dos fatos alegados (prova) e ao menos a indicação das normas afetadas para lograr a tutela deduzida no pedido. Ou seja, a petição inicial estrutura-se por silogismo para atender às exigências legais.

Já a postulação constitucional exige do profissional um olhar atento à prática jurisprudencial constitucional. Os resultados interpretativos, produtores de normas jurisprudenciais materiais e processuais, constituem marcos ao controle da racionalidade do julgador e da previsibilidade de decisões, indispensável para a deliberação das estratégias processuais. Não se pode olvidar que o processo constitucional é uma disciplina prática que, embora lide com problemas de alta indagação política e forte conteúdo valorativo, não são meras abstrações, emergem da vivência social. Logo, as suas categorias processuais são construídas a partir da solução de problemas concretos.

Converter a prática da Constituição, leis e jurisprudência constitucionais em teoria constitucional vertida na compreensão do verdadeiro papel do Tribunal Constitucional e de todos os profissionais que exercitam o processual constitucional, especialmente frente à proteção e efetivação dos direitos fundamentais, é tarefa da ciência processual constitucional. Para isso, demanda um modo de situar-se diante do processo constitucional metodologicamente organizado para compreender *como* é praticado e interpretado. Essa orientação trabalha, na visão de Peter Häberle, o direito processual constitucional concretizado, vale dizer, reconstruído e reelaborado à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional, que observa a Constituição como *law in action*, exercitada na vivência social e na solução prática dos mais diversos e relevantes problemas concretos.<sup>11</sup> Isso resulta,

no exercício da postulação, uma racionalidade menos formal e mais material, ou seja, orientada aos conteúdos.<sup>12</sup>

No entanto, *contrario sensu*, ainda surpreende o “déficit de investigação”<sup>13</sup> de *como* o Tribunal Constitucional interpreta o processo constitucional, alude Häberle em relação ao direito alemão. Essa constatação é uma realidade também brasileira. Já observamos valorosas iniciativas acadêmicas de formulação dos fundamentos teórico-constitucionais do processo constitucional a partir e com base na sua observação prática, enquanto instrumento dedicado à concretização da Constituição. Mas ainda há muito a ser feito na reconstrução do *direito judicial processual constitucional*. Essa carência reflete-se no elevado número de ações em controle concentrado de constitucionalidade que sequer são conhecidas por algum vício de admissibilidade. Para se ter uma ideia, entre 1988-2015, foram julgadas 2601 ações diretas de inconstitucionalidade, sendo que 954 (ou seja, 36,68%) não foram admitidas, e isso se deve em geral à inobservância de alguma norma processual constitucional.<sup>14</sup>

A mudança de postura cognitiva passa por inverter o uso tradicional da jurisprudência. Extrair padrões regulatórios dos julgados não é um simples trabalho de descoberta (com a procura de ementas), mas de abordagem estratégica e metodologicamente referida do trabalho jurídico cotidiano, com apurada e organizada reconstrução do processo decisório. A decisão judicial não é só o resultado interpretativo, mas,

servlet/articulo?codigo=2529945>. Acesso em: 10 ago. 2010.

12 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2008, p. 123.

13 HÄBERLE, Peter. El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, p. 18, 2004, tradução nossa. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2529945>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

14 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Estatísticas*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

11 HÄBERLE, Peter. El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, p. 15-44, 2004. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/>

sobretudo, o exercício argumentativo que suscita a perquirição de como se deu a concretização do texto legislativo iluminado pelo caso concreto. É um trabalho essencialmente indutivo, a partir dos problemas práticos circunscritos e relevantes à postulação constitucional. Permite que o processo constitucional seja conhecido do ponto de vista das estruturas discursivas e de seus ritos práticos, e a sua normatividade reconstruída em conexão com os problemas reais que dele se servem.

Peter Häberle distancia-se da análise eminentemente teórica das normas processuais ao afirmar que o Direito processual constitucional tem dois sentidos do ponto de vista da concretização da Constituição: “De um lado, é por si mesmo um Direito constitucional concretizado e por outro, serve ao TFCA concretizar a Constituição”.<sup>15</sup> Esse último sentido propicia a que o Tribunal promova a interpretação das normas materiais da Constituição via processo constitucional, já o segundo a interpretação do próprio processo constitucional a partir das disposições da Constituição e das demais leis sobre esse especial processo. As duas perspectivas interpretativas auxiliam a construção dos fundamentos teóricos do Direito processual constitucional e como funciona ou é operado diante dos variados problemas em torno da proteção dos direitos fundamentais.

Os resultados normativos identificados a partir da reconstrução do processo decisório podem ser sintetizados em enunciados normativos, vale dizer, *normas jurisprudenciais processuais*. Conhecer esse estatuto propicia um controle da racionalidade decisória, revelando razões e tornando-as discutíveis ou questionadas em sua correção. É, sem dúvida, tarefa indispensável para o exercício da ca-

pacidade postulatória constitucional, porque torna o trabalho jurídico tanto mais operacional quanto mais facilmente controlável os resultados e as consequências dele advindos, processual e materialmente.

Essas breves linhas só enaltecem a importância e a relevância do estudo do princípio da autonomia processual constitucional. Chegou-se, depois de um pouco mais de meio século de prática e teorização, a um ponto de maturidade mais do que satisfatório do direito processual constitucional de racionalizar a sua técnica de forma ampla, de modo que alcance não só a perspectiva do intérprete autêntico, mas, principalmente, do postulante. O que já se construiu conceitualmente sobre o processo constitucional e as suas categorias jurídicas é suficiente para, agora, pensar a *capacidade postulatória constitucional como técnica processual* capaz de conduzir os conflitos constitucionais aos resultados práticos de realização da Constituição.

### 3. Legitimidade da autonomia processual constitucional.

Na esteira do pensamento de César Landa<sup>16</sup> que acusou, desde o seu ponto de vista, razões de caráter histórico, normativo e técnico-jurídico que conferem legitimidade à autonomia processual constitucional do Tribunal Constitucional peruano, aqui, no Brasil, tais razões também justificam, com os nossos traços peculiares, a legitimidade da autocriação processual constitucional do STF.

#### 3.1. Legitimidade histórica.

A primeira manifestação do direito processual constitucional no Brasil veio com a implementação do controle difuso de constitucionalidade. Foi sob a égide da Constituição de 1891 que se firmou o Judiciário no controle da validade das leis com *status* constitucional.

15 HÄBERLE, Peter. El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, p. 18, 2004, tradução nossa. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2529945>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

16 LANDA, César. Autonomía procesal do Tribunal Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, n. 4, p. 63-95, jul./dez. 2006.

Porém, embora houvesse na época algumas leis que explicitaram o sistema judicial de controle de constitucionalidade (como a Lei nº 221/1894), não se tem notícia de uma legislação exaustiva a respeito, o que, desde a origem, propiciou um espaço de atuação judicial criativa para o pleno exercício do controle difuso.

Com a Emenda nº 16/1965 à Constituição de 1946, foi criada a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, instituto dado como introdutor no Brasil do que mais proximamente se entendia por controle concentrado de constitucionalidade. Desde então ganhou força o desenvolvimento do processo objetivo até culminar nos instrumentos processuais hoje existentes. No entanto, somente com as Leis nºs 9.868 e 9.882, criadas em 1999, é que houve a atuação mais intensa do Legislativo na regulamentação do processo constitucional, ocupando o espaço até aquele momento do Regimento Interno do STF e de seus precedentes.



Quando se trata de jurisdição das liberdades, ainda hoje existe ação constitucional (leia-se Mandado de Injunção) que não é regulamentada por legislação alguma, o seu manejo é orientado principalmente por precedentes judiciais.

Portanto, a história do direito processual constitucional no Brasil sustenta a autonomia processual do STF numa concepção de garantia da Constituição, na medida em que inúmeras situações contingenciaram, para

evitar a ineficácia da jurisdição constitucional, o poder de colmatar o direito processual constitucional, adequando as formalidades procedimentais aos fins de proteção e realização da Constituição. O que se discute hoje é em que medida essa autonomia é salutar.

### 3.2. Legitimidade normativa.

O fundamento normativo do princípio da autonomia processual constitucional não é de fácil referência, ao menos porque não é explícita. A sua identificação passa pelo correto entendimento do alcance da competência atribuída ao STF de “guarda da Constituição” (*caput* do art. 102 da CB). Com esta expressão, o poder constituinte consagrou a autonomia e independência constitucional e política ao STF – em relação aos demais poderes e órgãos constitucionais do Estado – para desempenhar as funções inerentes à Justiça Constitucional, especialmente o controle concentrado da constitucionalidade.

Não se trata apenas do fundamento da autonomia material (conteúdo de decisão). Por ser um órgão jurisdicional por excelência, ao qual é conferida a guarda da Constituição, é razoável interpretá-la também em termos processuais (meio para a decisão). A função jurisdicional constitucional do STF só será plena e autônoma se lhe for suficientemente reconhecida a autonomia para superar as deficiências ou ausências normativas de cunho formal-procedimental que lhe impeçam de lograr os fins da defesa da Constituição. Por isso, ao atribuir ao STF a defesa da primazia da Constituição e dos direitos fundamentais, o constituinte lhe conferiu, em certa medida, o poder de suplantat e adequar as formalidades processuais ao melhor desempenho dessa suprema função.

É bem verdade que não são conclusões que impliquem na assertiva de que ao STF é assegurada a plena liberdade criativa. À União compete privativamente legislar sobre direito processual, conforme inciso I do artigo 22 da Constituição, e esse dispositivo está sujeito ao postulado interpretativo da unidade da Constituição. É prerrogativa funcional do legislador

regular o processo constitucional, e a propósito já o fez por meio das Leis n<sup>os</sup> 9.868/1999 e 9.882/1999, além de outros dispositivos esparsos sobretudo inerentes ao controle difuso de constitucionalidade, afora as leis que regulamentam as ações constitucionais relativas à defesa subjetiva da Constituição (tais como, as Leis n<sup>os</sup> 12.016/2009 e 9.507/1997). No entanto, diante das insuficiências legislativas, pela via da interpretação, o STF está autorizado, pelo fundamento da autonomia processual constitucional, a (re)criar as normas processuais do caso para a estrita garantia do fim do processo constitucional.

Com efeito, o ativismo processual constitucional do STF repercute na demarcação da sua própria competência em face de outros órgãos constitucionais, como o Legislativo, no cumprimento da “*função de garantia da funcionalidade* do próprio sistema de controle da constitucionalidade”.<sup>17</sup> Isso não ocorre exclusivamente com o STF, na realidade é inerente à funcionalidade dos Tribunais Constitucionais, pois decorre do próprio *status* ou posição constitucional das suas decisões na hierarquia das fontes, se comparadas com as produzidas pelos demais poderes políticos. A guarda da Constituição dá-se pelo sistema de controle da constitucionalidade; esse é operado pelo STF; logo, antes de qualquer outro poder sujeito ao reexame constitucional, esse órgão deve cristalizar o sistema processual constitucional.

### 3.3. Legitimidade técnico-jurídica.

A jurisdição constitucional tem se mostrado, na vigência da Constituição de 1988, pelas questões relevantes que enfrenta e o aprimoramento das técnicas de interpretação, um sistema complexo, que, nem de longe, é captado pelo arcabouço legislativo. Atentos a esta realidade, juristas como Paulo Bonavides e Paulo Lobo Saraiva conclamam para “a elaboração do Código de Processo Constitucional, a exemplo do que ocorreu no Peru”,

pois acreditam que “deveras contribuirá para tornar a Constituição cada vez mais efetiva na confluência: norma, jurisdição e processo”.<sup>18</sup>

O déficit legislativo acaba por propiciar ao juiz constitucional um campo de discricionariedade interpretativa amplo para garantir o adequado funcionamento do processo constitucional, que o faz recorrer, além da interpretação de textos normativos preexistentes, ou mesmo da integração supletiva pelo uso analógico de dispositivos de outros códigos processuais afins, também à criação de normas “novas” em matéria de processo constitucional não consequentes diretamente de texto constitucional ou legal, direcionadas à solução de conflitos constitucionais.

A autocriação não é uma peculiaridade do STF. Como já dito, não raramente “o Tribunal Constitucional é levado a um trabalho de recriação e reinterpretação das normas processuais que resultam insuficientes para garantir o objetivo dos processos constitucionais”.<sup>19</sup> Não por outra razão é tema sensível ao direito constitucional contemporâneo “o Direito Processual Constitucional no campo de tensão entre o judicial *self-restraint* e o ativismo”.<sup>20</sup>

## 4. Motivações de autocriação processual constitucional pelo STF.

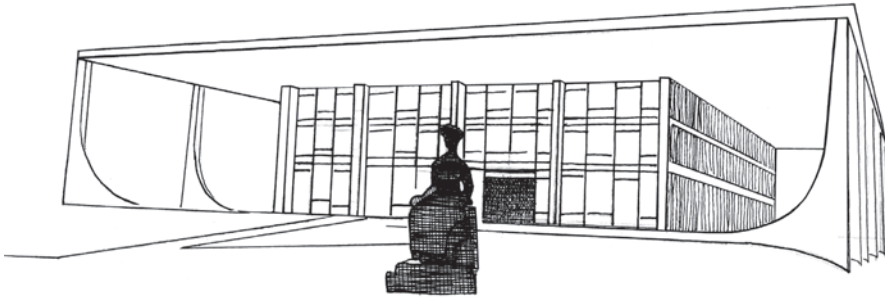
O estudo está pronto para a explicitação das situações em que o STF é levado à autonomia processual constitucional, ou seja, para a análise de *como* se comporta esse princípio na prática.

18 BONAVIDES, Paulo; SARAIVA, Paulo Lobo. Proposta: Código de Processo Constitucional. *Folha de S. Paulo*, A3, 10 jan. 2010.

19 LANDA, César. Autonomía procesal do Tribunal Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, n. 4, p. 63, jul./dez. 2006, tradução nossa.

20 HÄBERLE, Peter. El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, p. 28, 2004, tradução nossa. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2529945>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

17 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 970.



Falar em autonomia processual constitucional pode soar, em certa medida, uma tautologia. Toda decisão judicial é, por si só, uma criação normativa. Inova o ordenamento jurídico, ora por norma individual e concreta, se é tomada em controle difuso de constitucionalidade ou em jurisdição das liberdades, ora por norma geral e concreta, se em controle concentrado.

A se considerar esse sentido de criação normativa, pode-se dizer, com razão, que “a jurisdição constitucional cria Direito, inovando o ordenamento”.<sup>21</sup> E assim o faz pela decisão do juiz constitucional não só sobre a forma como devem ser produzidas as normas infraconstitucionais ou os limites funcionais dos demais poderes políticos ou mesmo a delimitação da proteção garantida pelo direito fundamental, mas também sobre o aprimoramento das regras que disciplinam o processo constitucional. O exercício contínuo da jurisdição constitucional acaba por clarificar e aprimorar as regras do processo constitucional e, assim, “o Tribunal Constitucional desenvolve criativamente o regime jurídico do processo constitucional”.<sup>22</sup>

Embora não se deva desconsiderar esse sentido formal da criação, não é propriamente ao que se refere o princípio da autonomia pro-

cessual constitucional. A análise por tal sentido não colocaria a salvo a percepção crítica de que a norma individual não pode ser considerada efetivamente nova, se tomada no sentido de que “o seu conteúdo estivesse já logicamente implícito no conteúdo da norma geral à qual o juiz deu aplicação”.<sup>23</sup> Por certo não foi com esse sentido que esse princípio surgiu na jurisprudência constitucional alemã, como assinala Mijal Mendonza Escalante:

Em efeito, uma dificuldade que o Tribunal Constitucional alemão teve que enfrentar nos albores das suas funções, na década de 1950, foi a aproximação de aspectos de natureza processual que não estavam previstos na Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão e que, ainda quando podiam ser resolvidos através da aplicação supletiva das normas processuais ordinárias, tais soluções resultavam insatisfatórias ou inadequadas à finalidade do processo constitucional. A resposta a este concreto problema deu lugar ao desenvolvimento de uma atividade de interpretação e integração cuja singularidade residia no seu distanciamento das regulações processuais ordinárias e, inclusive, dos mais conotados e tradicionais princípios gerais do direito processual.<sup>24</sup>

A autonomia processual constitucional nasce num sentido mais estrito e materialmente determinada por conteúdos normativos sem um suporte textual prévio, o que implica a “capacidade autocriativa da autoridade estatal que não se submete a normas emanadas de uma autoridade superior”.<sup>25</sup> Ao intérprete

21 LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22, p. 9, jan./abr. 1988, tradução nossa. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79367>>. Acesso em: 02 abr. 2011.

22 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 970.

23 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 220.

24 ESCALANTE, Mijal Mendonza. Autonomía procesal do Tribunal Constitucional. *Revista de Jurisprudência y Doctrina*, n. 4, p. 97, jul./dez. 2006, tradução nossa.

25 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 245.

da decisão judicial cabe reconstruir o raciocínio empregado pelo juiz constitucional e pôr a claro a formulação linguística da norma processual indicada. Esse esforço resulta em isolar proposições jurídicas as quais, na lição de Karl Larenz sobre a interpretação do direito consuetudinário e dos precedentes, “cria-se a aparência de que, desligadas da situação de fato resolvida, lhes cabe o caráter de uma regra já estabelecida e uniformemente aplicável”,<sup>26</sup> em termos mais simples, isolam-se como “padrões de regulamentação”<sup>27</sup> do processo constitucional. Caso se considere que esse padrão não é estabelecido da consequência lógica direta de um texto prévio, então se tem a criação no sentido que aqui denominamos estrito. No entanto, há outros contextos que permitem inferir uma *graduação da criatividade normativa do juiz constitucional* na produção de normas processuais constitucionais, em que, embora as suas decisões estejam pautadas em textos prévios, podem não ser uma consequência direta, mas uma solução concretizadora. A se considerar que “sempre existe uma margem de discricionariedade por parte do intérprete”<sup>28</sup>, há sempre uma margem mínima de criação normativa.

Por esta narrativa, a criação pressupõe uma variação do campo de discricionariedade na produção de normas processuais pelo STF por suas razões de fundamentação pelas quais estabiliza precedentes, aceita doutrinas e valora situações da vida em sociedade. Em menor escala, na dialética de solução dos conflitos constitucionais, o STF interpreta preceitos constitucionais materiais e, simultaneamente, aprimora e densifica as regras que disciplinam o processo constitucional a partir de um suporte textual. Mas, em maior escala, nesse mesmo contexto, também atua *ex novo*, com a inauguração de normas até então inexistentes do ponto de vista da cria-

ção legislativa. Percebe-se, portanto, que há uma *graduação da autonomia normativa* do Tribunal Constitucional segundo o momento de atendimento ao fim último de defesa da primazia constitucional:

No entanto, o grau de criação pode diferir dependendo da forma como ocorre; por isso, é mister precisar quais são as formas de criação do Direito processual constitucional para assim identificar a que procede a autonomia processual constitucional (APC) e distingui-la das demais.<sup>29</sup>

Atento a esta variação, Mijal Mendonza Escalante identifica quatro pressupostos de motivação da prática do poder de criação do Tribunal Constitucional. Todos:

(...) dão lugar à criação de normas processuais constitucionais, o grau ou magnitude de criação que cada um deles apresenta é diferente. Assim, desde um grau mínimo como o que representa a interpretação, passando pela integração, onde o grau de criação é maior, até chegar aos pressupostos de discricionariedade judicial habilitada por Lei ou a simples e plena criação de normas processuais constitucionais, onde esta tem lugar plenamente e por antonomásia.<sup>30</sup>

Em breves linhas, cada uma das quatro motivações é objeto de análise a partir de casos julgados pelo STF, e, segundo este estudo e os traços de identificação de cada uma delas, indica a criação de normas processuais constitucionais, em menor ou maior graduação autonômica.

4.1. Criação por interpretação (concretização).

Como já dito sempre há um mínimo espaço criativo do STF na interpretação cons-

26 LARENZ, Karl. *Método da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 509.

27 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 245.

28 REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 327, tradução nossa.

29 ESCALANTE, Mijal Mendonza. Autonomía procesal do Tribunal Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, n. 4, p. 93, jul./dez. 2006, tradução nossa.

30 *Ibidem*, p. 99, tradução nossa.

titucional, até mesmo em matéria processual constitucional. É bem verdade que não se trata de capacidade criativa própria do legislador, pois “não procede de simples considerações de oportunidade, não é criação livre, senão vinculada, pura declaração de um Direito preexistente”.<sup>31</sup> É vinculada não a um sentido político legislativo ou constituinte, mas a textos legislativos e constitucionais preexistentes, frutos da discricionariedade política. Nem por isso o STF é mero executor de decisões legislativas, ao invés disso, a partir delas e limitado a elas, encontra um espaço de determinação normativa. Se de um lado não se nega que a “interpretação é, num certo sentido, produção de normas”,<sup>32</sup> de outro, o mesmo se diz do papel do Legislador na construção do sistema regulatório do processo constitucional com a produção de textos. O poder de criação do STF é normativo e toma em interpretação as pré-criações textuais do Legislativo, não raramente carentes de determinação de ordem semântica (ambiguidade), sintática (vagueza) e até gramatical. “Nesse contexto, o TC vê-se ante a necessidade de concretizar ou adjudicar um conteúdo específico à indeterminação da norma processual”.<sup>33</sup>

A alínea “a” do inciso I do artigo 102 da Constituição conferiu ao STF, na guarda da Constituição, a atribuição de conhecer e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Com isso, fixou a sua competência exclusiva para conhecer e julgar, de forma concentrada, toda *situação de inconstitucionalidade* de lei ou ato normativo federal ou estadual. Sabe-se que um dos efeitos (des)constitutivos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade é a

restauração da norma anterior àquela declarada inconstitucional, conhecido como efeito repristinatório. No entanto, inexistente previsão legal explícita para tal efeito quando se trata de decisão de mérito, apenas para a concessão de medidas cautelares, conforme a dicção do § 2º do artigo 11 da Lei nº 9.868/1999, na parte em que “torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”.

O *efeito repristinatório* é uma decorrência da situação de inconstitucionalidade, somente aclarada pela interpretação, que o identifica como uma consequência lógica do desvalor de nulidade da norma declarada inconstitucional, que determina a desconstituição de todos os efeitos decorrentes da aplicação da norma viciada desde o início de sua vigência.<sup>34</sup> Logo, ainda que inexistente um fundamento explícito em texto de lei, o efeito repristinatório emerge da interpretação como consectário da decomposição lógica da situação de inconstitucionalidade, dedutível, pois, do princípio da constitucionalidade, para ser reconhecido também nas decisões de mérito.

Essa construção interpretativa pode ser evidenciada na praxis do controle de constitucionalidade, que não estranha o efeito repristinatório nas decisões definitivas, posto que não derive de disposição legal explícita. Não faltam exemplos em linha de coerência com a própria concepção de constitucionalidade: “(...) a declaração de inconstitucionalidade – como se sabe – importa, considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente, em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato”,<sup>35</sup> “mesmo tratando-se de provimento cautelar”,<sup>36</sup> ou mesmo em sede de controle.

31 LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22, p. 9, jan./abr. 1988, tradução nossa. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79367>>. Acesso em: 02 abr. 2011.

32 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 221.

33 ESCALANTE, Mijal Mendonza. Autonomía procesal do Tribunal Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, n. 4, p. 99, jul./dez. 2006, tradução nossa.

34 Para dimensionar o debate em torno da natureza da inconstitucionalidade em âmbito de STF, vide: RE-AgR 395.902/RJ; RE 390.840/MG (voto do Ministro Celso de Mello).

35 Trecho do voto do Ministro Celso de Mello na ADI 2.867/ES. 36 *Ibidem*.

Outro exemplo de criação via da interpretação concretizadora vem da alínea “a” do inciso I do artigo 102 da Constituição, com base na qual o STF tem estendido, em certos momentos, o objeto de controle. Em certa ocasião, o Ministro Celso de Mello deparou-se com o problema intertemporal do parâmetro de controle, culminando na decisão:

Isso significa, portanto, que, em sede de controle abstrato, o juízo de inconstitucionalidade há de considerar a situação de incongruência normativa de determinado ato estatal, contestado em face da Carta Política (vínculo de ordem jurídica), desde que o respectivo parâmetro de aferição ainda mantenha atualidade de vigência (vínculo de ordem temporal).<sup>37</sup>

Para chegar a esta decisão, o Ministro entendeu essencial delimitar, antes, a exata extensão do parâmetro de controle, e advertiu sobre a importância do “significado que emerge da noção de bloco de constitucionalidade”. Não dissertou a respeito, vale dizer, não abriu para o debate que há em torno da ideia de bloco de constitucionalidade, apenas se lançou em argumento de autoridade para dizer que é favorável a que se tome esse conceito para o alargamento da parametricidade em consideração aos “princípios reclamados pelo ‘espírito’ ou pelos ‘valores’ que informam a ordem constitucional global”.

Muitos outros exemplos poderiam ser aqui colacionados de criação de normas processuais constitucionais a partir da concretização de textos legais, principalmente a partir da regulação da situação de inconstitucionalidade, da qual não se demanda uma dedução tão imediata para se chegar aos resultados acima assinalados, porque exige uma complementação ulterior de sentidos que não estão claramente presentes nos textos.

#### 4.2. Criação por integração analógica.

A integração por aplicação analógica dá-se, em geral, recorrendo a normas do processo ordinário, especialmente o civil. A magnitude da criação nesses casos, bem pondera Mijal Mendonza Escalante, “é mínima e consiste na ampliação do *âmbito de aplicação* do antecedente da norma aplicada por analogia”,<sup>38</sup> mas não reflete um significado normativo que se pode dizer ser uma consequência direta de uma regra geral e abstrata. São soluções *praeter legem*, uma vez que o STF elabora soluções para suprir topicamente a falta de normas legais ou constitucionais, sem as quais não é possível, em dado caso concreto, levar a efeito fins expectados do processo constitucional e, assim, legitimar a decisão.

A Constituição de 1988 prevê a concessão de medidas cautelares no processo constitucional objetivo, expressamente na ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, *p*). Com base nesse fundamento, as Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999 recepcionaram o amplo poder geral de cautela nas ações diretas e na arguição de descumprimento de preceito fundamental. A decisão cautelar determina, se o controle exercido é de lei, a suspensão imediata dos efeitos e eficácia dos dispositivos impugnados depois de ouvido o órgão do qual emanou a lei ou o ato normativo, salvo em casos de excepcional urgência (art. 10 da Lei nº 9.868/1999 e 5º da Lei nº 9.882/1999). Objetiva preservar a ordem jurídica, com medidas urgentes e provisórias, para afastar, *initio litis* e com eficácia *erga omnes*, a lei ou o ato normativo que se repute inconstitucional. Contudo, as referidas leis não indicam os requisitos para a concessão da medida cautelar. Com isso, a prática jurisdicional trouxe do processo comum os requisitos de concessão das medidas cautelares no processo constitucional, adaptando-os decerto ao contexto do

37 Trecho do voto do Ministro Celso de Mello na ADI 2.010/DF.

38 ESCALANTE, Mijal Mendonza. Autonomía procesal do Tribunal Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, n. 4, p. 99, jul./dez. 2006, tradução nossa.



conflito de inconstitucionalidade, de modo que passou a exigir: (a) razoabilidade jurídica da tese apresentada (*fumus boni iuris*); (b) relevância do pedido que decorre dos possíveis danos em razão da demora da decisão demandada (*periculum in mora*); (c) e a conveniência da cautelar em razão da avaliação comparativa do benefício esperado e do ônus da suspensão provisória (juízo de conveniência).

A analogia não é, contudo, um recurso ao qual o STF deva incondicionalmente recorrer uma vez constatado o vazio legislativo, sobretudo em se tratando de processo objetivo. Este deve contar com regulamentação propriamente adequada ao seu fim último que é a “realização das diversas funções fundamentais da Justiça Constitucional (direcionada esta justamente à realização da Constituição)”.<sup>39</sup> Distancia-se, no entanto, desse fim “se se toma como paradigma o processo comum, do tipo clássico, no qual a preocupação exclusiva é entre disputas intersubjetivas de índole pessoal”.<sup>40</sup>

#### 4.3. Criação por delegação legislativa.

Em outros casos, o STF exercita uma margem maior de autonomia processual quando é a lei que lhe delega discricionariedade para a concreta determinação de normas processuais constitucionais. Um exemplo bem representativo vem da repercussão geral. O Legislativo deixou a cargo do STF a tarefa de explicitar a questão de repercussão geral, a partir e com base em cada caso concreto. A lei apenas iniciou a densificação do instituto, com a fixação dos parâmetros objetivos gerais para a definição das questões com repercussão geral (relevância econômica, social, política ou jurídica, e transcendência dos interesses das partes envolvidas no processo).

Com essa estratégia, conferiu ao STF ampla margem de discricionariedade, que só não é irrestrita, pois lhe estabeleceu certos balizamentos. A única hipótese de repercussão geral que não demanda carga argumentativa elevada para explicitá-la, porque a lei já a precisa, é a do recurso extraordinário que impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (§ 3º do art. 543-A do CPC). No geral, cabe ao STF precisar, semanticamente, os critérios objetivos legais em cada caso concreto julgado (caso a caso). É só a praxis decisória que pode traçar os contornos definitivos da questão dotada de repercussão geral. “O instituto da repercussão geral será conformado pela prática jurisprudencial do STF”.<sup>41</sup>

Observamos o efeito criativo dessa delegação, com grande clareza, nas RG’s 4, 80 e 346, todas envolvendo questões de natureza tributária. Os argumentos de reconhecimento da repercussão geral consolidam o entendimento de que a controvérsia de “natureza eminentemente tributária” decorrente de “a Corte de origem haver declarado a inconstitucionalidade de lei federal”, porque alcança “grande número de contribuintes no País”. Com essa orientação,

39 TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158.

40 *Ibidem*, p. 158.

41 MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 626.

criou-se um padrão normativo de caráter geral, empregável em qualquer outra hipótese de controvérsia com os mesmos contornos, para a ativação da jurisdição constitucional difusa.

#### 4.4. Criação *ex novo*.

O princípio da autonomia processual constitucional alcança a sua máxima magnitude na criação normativa *ex novo*. Em regra, manifesta-se diante, como já dito, do vazio legislativo quando não possível, sob pena de perda da eficiência e finalidade do processo constitucional, a integração analógica de normas processuais ordinárias. Nesses casos, e é esse o traço essencial a ser destacado, o STF enfrenta esse problema com a criação de normas processuais *ad hoc*. Tem-se aqui o mais genuíno poder de criação judicial do Direito Processual Constitucional, em resposta a um problema concreto, topicamente decidido, mas que carrega uma questão formal que se pode estender para todo processo constitucional.

O exemplo mais emblemático de criação *ex novo* pelo STF vem da pertinência temática como condição necessária para a ativação da jurisdição constitucional concentrada por alguns dos legitimados.<sup>42</sup> Por construção jurisprudencial, sem suporte em texto legislativo prévio, o STF inovou o ordenamento processual constitucional com a exigência imposta a alguns legitimados de comprovação de interesse subjetivo em correlação lógica com o dispositivo questionado em sua constitucionalidade, quando não há qualquer referência textual que minimamente pudesse ser o fio condutor desse resultado interpretativo.

Outro bom exemplo de autocriação pode-se observar na ADC nº 29/DF, que debateu a constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pela Lei Complementar nº 135/2001 (caso Ficha Limpa). Pressionado pelo momento político de eleições recentes ao tempo do julgamento, o Ministro Luiz Fux determinou a “aplicação analógica do proce-

dimento abreviado previsto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999”. Este dispositivo abrevia o rito das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, desde que haja pedido de medida cautelar em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica. Embora o Ministro Luiz Fux tenha expressado a integração analógica, na realidade não se tratou disso. O recurso da analogia pressupõe a integração, cuja noção assenta-se na ideia de tornar algo completo. Só se necessita completar o que está em falta e se espera presente. Daí conceituar-se a lacuna como “aquele vazio normativo que não satisfaz o aplicador do Direito”,<sup>43</sup> por existir uma “falha do sistema jurídico”.<sup>44</sup> Tem-se no exemplo dado, de fato, a lacuna legislativa, pois se a abreviação do processo só está condicionada ao pedido cautelar, na sua ausência, deve-se seguir o rito ordinário, e o caso não contou com o pedido de urgência. Contudo, o contexto político do conflito constitucional exigia um julgamento célere da ação declaratória, pois estava em questão não só a validade da lei, como também um ambiente de incerteza eleitoral em torno da incidência da lei. Assim, pressionado a eliminar esse ambiente político nada constitucional, o Ministro Luiz Fux inovou o ordenamento processual constitucional não com a aplicação analógica, mas com a criação de uma nova regra para a abreviação do rito independentemente do pedido cautelar, desde que presentes as demais condições que autorizam a aplicação do artigo 12 da Lei nº 9.868/1999.

Há outra forma de manifestação do princípio da autonomia processual constitucional praticada pelo STF, agora não para a produção direta de normas, mas de textos. É o caso da fonte especial do processo constitucional consistente no Regimento Interno do STF. Embora a Constituição de 1988 tenha retirado do STF o poder de regulamentar

42 ADI-MC 1.307/DF; ADI-MC 902/SP; ADI 77/MG; ADI 305/RN; ADI-QO 1.526/DF; ADI 1.114/DF; ADI 2.396/MS.

43 BASTOS, Celso Ribeiro. *Heremênutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2012, p. 112.

44 *Ibidem*, p. 112.

questões processuais internamente (art. 96, I, CB), ele mesmo recepcionou o Regimento Interno de 1980, dando-o como constitucional onde não há incompatibilidades de conteúdo. “Segundo esse posicionamento, o STF não pode criar novas regras processuais, mas isso não impede que sejam mantidas em vigor as já existentes no Regimento Interno”.<sup>45</sup>

## 5. Conclusões.

Realmente a discussão do princípio da autonomia processual constitucional está na ordem do dia e deve ser aprofundada em todos os seus desdobramentos. Este estudo, de alcance limitado, procurou exaltar o efeito que este princípio produz em todo entendimento acerca do ordenamento processual constitucional, sobretudo do ponto de vista do operador, para o qual se exige a reformulação do modo de pensar e conceber a postulação constitucional: o abrandamento do modo codificado e formal de pensar, para prestigiar o enfoque indutivo e pragmático da jurisdição constitucional para, com métodos adequados, lidar com *direito judicial processual constitucional*.

Em outro ponto, firmado está o fundamento deste princípio no fim que se espera do processo constitucional. Se é o de realizar a função primaz do STF de “guarda da Constituição”, a criação de normas processuais constitucionais, diante dos obstáculos para atingir a tal objetivo, constitui-se um poder legítimo de quem exerce o papel central da Justiça Constitucional.

Essa força criadora deve ser graduada, sem se sobrepor ao ordenamento processual constitucional legislativo e em perfeita sintonia com a axiologia de um sistema de proteção da Constituição.

<sup>45</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 250.

## Referências.

- ATIENZA, Manuel. Argumentación jurídica y estado constitucional. *Anales de jurisprudencia*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, n. 261, p. 353-369, 2003. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=anjuris&n=261>>. Acesso em: 07 abr. 2015.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2012.
- BONAVIDES, Paulo; SARAIVA, Paulo Lobo. Proposta: Código de Processo Constitucional. *Folha de S. Paulo*, A3, 10 jan. 2010.
- BRASIL, *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 nov. 1999.
- \_\_\_\_\_, *Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999*, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 dez. 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011.
- ESCALANTE, Mijal Mendonza. Autonomía procesal do Tribunal Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, n. 4, p. 97-128, jul./dez. 2006.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.
- HÄBERLE, Peter. El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, p. 15-44, 2004. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2529945>>. Acesso em: 10 ago. 2010.
- HERANI, Renato Gugliano. O poder judicial de constitucionalidade: entre o ativismo e a contenção. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 27, p. 631-648, 2013.
- LANDA, César. Autonomía procesal do Tribunal Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, n. 4, p. 63-95, jul./dez. 2006.
- LARENZ, Karl. *Método da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22, p. 9-52, jan./abr. 1988. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79367>>. Acesso em: 02 abr. 2011.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- PERU, *Lei nº 28.237, de 31 de maio de 2004* (Código Procesal Constitucional).
- REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Estatísticas*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica>>. Acesso em: 07 abr. 2015.
- \_\_\_\_\_, *RE-AgR nº 395.902/RJ*, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 07 mar. 2006, DJ 25 ago. 2006.
- \_\_\_\_\_, *RE nº 390.840/MG*, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 09 nov. 2005, DJ 15 ago. 2006.
- \_\_\_\_\_, *ADI nº 2.867/ES*, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, j. 03 dez. 2003, DJ 09 fev. 2007.
- \_\_\_\_\_, *ADI-MC nº 2.010/DF*, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, j. 30 set. 1999, DJ 12 abr. 2002.
- \_\_\_\_\_, *ADI-MC nº 1.307/DF*, Pleno, Relator Ministro Francisco Rezek, j. 19 dez. 1995, DJ 24 maio 1996.
- \_\_\_\_\_, *ADI-MC nº 902/SP*, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 03 mar. 1994, DJ 22 abr. 1994.

\_\_\_\_\_, *ADI-MC n° 77/DF*, Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 19 mar. 1992, DJ 23 abr. 1993.

\_\_\_\_\_, *ADI n° 305/RN*, Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, j. 10 out. 2002, DJ 13 dez. 2002.

\_\_\_\_\_, *ADI-QO n° 1.526/DF*, Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, j. 05 dez. 1996, DJ 21 fev. 1997.

\_\_\_\_\_, *ADI-MC n° 1.114/DF*, Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, j. 31 ago. 1994, DJ 30 set. 1994.

\_\_\_\_\_, *ADI n° 2.396/MS*, Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 08 maio 2003, DJ 01 ago. 2003.

\_\_\_\_\_, *ADC n° 29/DF*, Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 16 fev. 2012, DJe 28 jun. 2012.

TAVARES, André Ramos; BELAUNDE, Domingo García. Por que um Código Processual Constitucional? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 16, out./dez. 2011.

\_\_\_\_\_. O controle de constitucionalidade e a constitucionalização do direito como técnica processual: base, condições e alcance para Advocacia. *Revista científica virtual da escola superior da advocacia da OAB-SP*, n. 8, p. 8-15, 2011.

\_\_\_\_\_. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2008.

