

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
PROGRAMA DE MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO EMPRESARIAL

EDUARDO BARRETO CEZAR

OS FATOS COMO FUNDAMENTOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DO
PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 40 DA LEI 9.279/1996

São Paulo
2024

EDUARDO BARRETO CEZAR

OS FATOS COMO FUNDAMENTOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DO
PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 40 DA LEI 9.279/1996

Tese apresentada ao Programa de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Nove de Julho – Uninove, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito Empresarial.

Orientador: Prof. Dr. Walter Godoy dos Santos Junior.

São Paulo
2024

FICHA CATALOGRÁFICA

Cezar, Eduardo Barreto.

Os fatos como fundamentos da constitucionalidade do parágrafo único do artigo 40 da lei 9.279/1996. / Eduardo Barreto Cezar. 2024.

182 f.

Tese (Doutorado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2024.

Orientador (a): Prof. Dr. Walter Godoy dos Santos Junior.

1. Processo objetivo. 2. Interpretação. 3. Fatos. 4. Prorrogação. 5. Patentes.

I. Santos Junior, Walter Godoy dos. II. Título.

CDU 34

OS FATOS COMO FUNDAMENTOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DO
PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 40 DA LEI 9.279/1996

Por

Eduardo Barreto Cezar

Tese apresentada ao Programa de Doutorado
em Direito Empresarial da Faculdade de Direito
da Universidade Nove de Julho – Uninove,
como requisito parcial para obtenção do título
de Doutor em Direito Empresarial, sendo a
banca examinadora formada por:

Ministro José Antônio Dias Toffoli.
Membro Externo

Prof. Dr. Balmes Vega Garcia
Membro Externo

Prof. Dr. Walter Godoy dos Santos Junior
Membro Interno – Orientador

Prof. Dr. Maurício Garcia Pallares Zockun
Membro Externo

Prof. Dr. Marcelo Costenaro Cavali
Membro Interno

Prof. Dr. Rodrigo Capez
Membro Interno – Suplente

Este trabalho acadêmico é dedicado ao Professor Doutor Walter Godoy dos Santos Junior, fraternalmente.

AGRADECIMENTO

Agradeço, inicialmente, ao Magnífico Reitor Eduardo Storópoli, à Faculdade de Direito da Universidade Nove de Julho, e ao Professor Doutor Rodrigo Capez, pela oportunidade de fazer parte da primeira turma de Doutorado desta prestigiosa Instituição de ensino.

Agradeço, também e profundamente, por toda ajuda necessária à conclusão desta pesquisa, ao meu orientador, Professor Doutor Walter Godoy dos Santos Junior; e à Professora Doutora Daniele Oliveria Ferreira da Silva.

Agradeço, por fim, àqueles que, desde o início, prestaram-me apoio incondicional nessa jornada: Rosa Cecilia Freire da Rocha, Fabyano Alberto Stalschmidt Prestes, Marcos Soares, Flávia Cavalcante Braga, Lílian M. Monteiro Cintra de Melo, Marcelo Pimentel de Oliveira, Professor Doutor Erickson Gavazza Marques, Glaydson José Rêgo de Souza, André Luiz Nogueira dos Santos, Dennys Albuquerque Rodrigues, e aos servidores e colaboradores da Biblioteca do Supremo Tribunal Federal.

RESUMO

A presente pesquisa busca demonstrar que o voto condutor proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.529/DF, foi fundamentado, principalmente, em fatos. Para além disso, confirma a superação do dogma, então existente, mas, ainda, de algum modo, persistente na mente de muitos juristas, da impossibilidade de remissão aos fatos, em processo objetivo, para a verificação de alegada inconstitucionalidade material. Correlacionando o referido julgamento à proposição legislativa constante do Projeto de Lei (PL) 3.640/2023, este trabalho intenciona indicar o acerto desse projeto de lei, ao explicitar a possibilidade de produção probatória nas ações de controle abstrato e concentrado, e, desse modo, tornar estreme de dúvidas, agora na legislação, a viabilidade de análise fática em processo objetivo. Nesse desiderato, para o deslinde do proposto, o estudo se inicia com a perscrutação da origem do dogma que selou a impossibilidade da análise dos fatos no modelo de controle abstrato de constitucionalidade. Demonstra, também, que a superação do dogma da não remissão fática em controle abstrato e a consequente evolução do processo objetivo no Brasil foram resultado do desenvolvimento da hermenêutica constitucional que interpreta materialmente a Constituição. Considerado todo o aspecto filosófico que o permeia, o presente trabalho traz o estudo ontológico “do fato”, principalmente na perspectiva da filosofia da linguagem proposta por John Rogers Searle. Ao final, apresenta o estudo de caso no qual será feita a análise dos qualificados fundamentos constantes no voto condutor proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli, baseados exclusivamente nos fatos que demonstraram, de modo incontestável, a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996.

Palavras-chave: Processo objetivo; interpretação; fatos; prorrogação; patentes.

ABSTRACT

The present research aims to demonstrate that the leading vote delivered by the eminent Minister Dias Toffoli in the judgment of ADI 5.529/DF was primarily grounded in facts. Furthermore, it confirms the overcoming of the then-existing dogma, which, though still somewhat persistent in the minds of many jurists, deemed it impossible to refer to facts in an objective process to verify alleged material unconstitutionality. By correlating said judgment with the legislative proposal found in PL 3.640/2023, the intention is to indicate the validity of this bill in explicitly allowing probative evidence in actions of abstract and concentrated control, thus unequivocally establishing in legislation the possibility of factual analysis in objective proceedings. Pursuing this aim, to reach the outcome proposed in this work, the study begins with an examination of the origin of the dogma that sealed the impossibility of factual analysis in the model of abstract constitutional control. It will also demonstrate that overcoming the dogma of non-referral to facts in abstract control and the consequent evolution of objective proceedings in Brazil resulted from the development of constitutional hermeneutics that materially interprets the Constitution. Considering the philosophical aspect permeating this work, an ontological study of “fact” will primarily be conducted from the perspective of the philosophy of language proposed by John Rogers Searle. Finally, a case study will analyze the qualified grounds set forth in the leading vote delivered by the eminent Minister Dias Toffoli, based exclusively on facts that indisputably demonstrated the unconstitutionality of the sole paragraph of Article 40 of Law 9.279/1996.

Keywords: Objective process; legal interpretation; facts; extension; patentes.

RIASSUNTO

La presente ricerca mira a dimostrare che il voto decisivo pronunciato dall'eminente Ministro Dias Toffoli nella sentenza della ADI 5.529/DF è stato fondato principalmente sui fatti. Oltre a ciò, la conferma dell'abbandono del dogma, allora esistente ma ancora in qualche modo persistente nella mente di molti giuristi, dell'impossibilità di fare riferimento ai fatti nel processo obiettivo per la verifica di una presunta incostituzionalità materiale. Correlando tale sentenza alla proposta legislativa contenuta nel PL 3.640/2023, si intende indicare il merito di tale progetto di legge nel chiarire la possibilità di produzione di prove nelle azioni di controllo astratto e concentrato, e quindi rendere indiscutibile, ora nella legislazione, la possibilità di analisi dei fatti nel processo obiettivo. A tale scopo, per giungere alla soluzione della proposta di questo lavoro, si comincia con l'esame dell'origine del dogma che ha sancito l'impossibilità dell'analisi dei fatti nel modello di controllo astratto di costituzionalità. Si dimostrerà anche che il superamento del dogma della non remissione ai fatti nel controllo astratto e la conseguente evoluzione del processo obiettivo in Brasile sono stati il risultato dello sviluppo dell'ermeneutica costituzionale che interpreta materialmente la Costituzione. Considerato l'aspetto filosofico che permea questo lavoro, si condurrà lo studio ontologico "del fatto" principalmente nella prospettiva della filosofia del linguaggio proposta da John Rogers Searle. Infine, lo studio di caso nel quale sarà analizzato il solido fondamento esposto nel voto decisivo pronunciato dall'eminente Ministro Dias Toffoli, basato esclusivamente sui fatti che hanno dimostrato in modo incontrovertibile l'incostituzionalità del comma unico dell'art. 40 della Legge 9.279/1996.

Parole chiavi: “Processo obiettivo” (“processo a contenuto oggettivo”); interpretazione costituzionale; fatti; proroga; brevetto.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. A ADOÇÃO DO PROCESSO OBJETIVO NO BRASIL E A OPÇÃO PELA IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DOS FATOS NO CONTROLE ABSTRATO E CONCENTRADO DE NORMAS	20
2.1 A INAUGURAÇÃO DO MODELO ABSTRATO NO BRASIL.....	22
2.2 A SISTEMATIZAÇÃO DO PROCESSO OBJETIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	29
2.3 O POSITIVISMO JURÍDICO	34
2.3.1 O positivismo jurídico de Hans Kelsen.....	36
2.4 CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO OBJETIVO NO BRASIL.....	42
3. A EVOLUÇÃO DO PROCESSO OBJETIVO NO BRASIL, CARACTERIZADA PELA CONTEMPORÂNEA NECESSIDADE DA ANÁLISE DOS FATOS NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, PROPORCIONADA PELO DESENVOLVIMENTO DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO	48
3.1 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	51
3.2 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO	57
3.2.1 O positivismo sociológico	58
3.2.2 O método científico-espiritual	63
3.2.3 A teoria da normatividade	67
3.2.4 Método tópico orientado ao problema da concretização do direito constitucional	68
3.2.5 O método concretista de Konrad Hesse.....	71
3.2.6 A teoria estruturante do direito	76
4. A EPISTEMOLOGIA ONTOLÓGICA DOS FATOS PARA A SUA POSTERIOR	

IDENTIFICAÇÃO NO ESTUDO DE CASO	81
4.1 FATOS BRUTOS E FATOS INSTITUCIONAIS	83
4.1.1 Fatos brutos.....	87
4.1.2 Fatos institucionais	89
4.2 OS FATOS INSTITUCIONAIS NA CONCEPÇÃO DE NEIL MACCORMICK	94
4.3 UMA COMPARAÇÃO CONCEITUAL ENTRE AS CONCEPÇÕES DE FATOS INSTITUCIONAIS DE JOHN ROGERS SEARLE E DE NEIL MACCORMICK	98
4.4 CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS INSTITUCIONAIS	99
4.5 OS FATOS JURÍGENOS.....	101
4.6 QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO	102
5. ESTUDO DE CASO	104
5.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO CENÁRIO PERTINENTE AO JULGAMENTO DA ADI 5.529/DF	106
5.2 A OBSERVÂNCIA DO <i>AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS (TRIPS)</i> NO JULGAMENTO DA ADI 5.529/DF	115
5.3 OS FATOS COMO FUNDAMENTOS DO VOTO CONDUTOR PROFERIDO PELO EMINENTE MINISTRO DIAS TOFFOLI, NO JULGAMENTO DA ADI 5.529/DF, NO QUAL O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 40 DA LEI 9.279/1996.....	120
5.3.1 Da adequação da via eleita.....	121
5.3.2 Da inconstitucionalidade material do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996.....	121
5.3.2.1 Os fatos caracterizadores da violação do princípio da eficiência da administração pública (art. 37, <i>caput</i> , da CF/1988) e da razoável duração do	

processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988)	123
5.3.2.2 Dos impactos do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996 sobre o setor farmacêutico e da violação do direito à saúde (art. 196 da CF/1988)	130
5.3.2.3 Da violação da segurança jurídica e do art. 5º, XXIX, da CF/1988	133
5.3.2.4 Da violação da função social da propriedade intelectual (art. 5º, XXIX, c/c o art. 170, III, da CF/1988), da livre concorrência e da defesa do consumidor (art. 170, IV e V, da CF/1988)	135
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	138
REFERÊNCIAS	141
JURISPRUDÊNCIA CITADA.....	178
LEGISLAÇÃO CITADA	179

1. INTRODUÇÃO

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.240/BA¹, o eminente Ministro Eros Grau, Relator, após considerar as circunstâncias fáticas pertinentes ao caso então analisado, alertou o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) de que, para o julgamento daquela ação de controle concentrado, seria necessário mais do que um mero exercício de subsunção.

Observou, ainda, que, se o STF tivesse suspendido os efeitos da lei questionada, o que teve oportunidade de empreender, mas não o fez, não teria contribuído para a situação de concretude fática resultante da plena eficácia da norma em questão.

Assim, fundado no princípio da segurança jurídica, reconheceu que atuaria naquela situação a força normativa dos fatos, em referência a Georg Jellinek, a qual, nas palavras do eminente Ministro Eros Grau, permite a compreensão da origem e da existência da ordem jurídica, uma vez que as relações reais, no Estado, precedem as normas em função delas produzidas.

Realçou, desse modo, a necessidade de consciência da inegável realidade fática circunscrita ao caso. E, muito embora tenha, a todo momento, relembrado a excepcionalidade daquela situação, concluiu, parafraseando Konrad Hesse, que:

[...] na vida da coletividade há realidades que se encontram em contradição com a Constituição, mas essas realidades não devem ser consideradas como insignificantes pelo intérprete da Constituição. O importante, em face delas, é fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o seu nascimento [da realidade inconstitucional] ou para pô-la, essa realidade, novamente em concordância com a Constituição.²

No contexto acima verificado, fica evidenciada a análise dos fatos em processo objetivo pelo Plenário do STF. Não havia como não os analisar, considerado o incontrovertido cenário fático-jurídico exposto naquela assentada.

Ressalte-se, ainda, apenas a título de rememoração, o que estabelece o art. 9º, § 1º, da Lei 9.868/1999, segundo o qual, nos casos de necessidade de esclarecimento de matéria ou

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240/BA*. Relator: Ministro Eros Grau, 30 de agosto de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>. Acesso em: 29 set. 2023.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240/BA*. Relator: Ministro Eros Grau, 30 de agosto de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>. Acesso em: 29 set. 2023.

circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o Relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.³

Vê-se, pois, apenas com esses dois exemplos acima indicados, que existe a possibilidade de o STF analisar fatos em sede de controle abstrato de normas, e que ele há muito o faz!

Pois bem. Passados quase 17 anos do julgamento da ADI 2.240/BA, e próximo de 25 anos de vigência da referida Lei 9.868/1999, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) 3.640/2023⁴, que objetiva sistematizar o processamento das ações de controle abstrato⁵ no STF.

O anteprojeto foi elaborado por Comissão de Juristas⁶, presidida pelo eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes.

O trabalho dessa Comissão se concentrou no aperfeiçoamento do regime jurídico das ações de controle concentrado. Nessa perspectiva, propôs uma atualização da legislação pertinente à prática decisória do STF⁷, apresentando, para tanto, inovações que, de acordo com a própria Comissão, “conferem maior estabilidade, sofisticação e efetividade ao controle concentrado de constitucionalidade”⁸.

Desse modo, para além da reafirmação da especificidade e autonomia científica do processo constitucional na condição de ramo do direito dedicado à funcionalidade da jurisdição constitucional, outras foram as novidades constantes do PL 3.640/2023, com destaque para a normatização legislativa de alguns princípios caros à jurisdição constitucional brasileira, como

³ BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acesso em: 29 set. 2023.

⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.640, de 2023*. Dispõe sobre o processo e o julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal; e altera a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: [PL 3640/2023 – Portal da Câmara dos Deputados \(camara.leg.br\)](#). Acesso em: 29 set. 2023.

⁵ São ações de controle concentrado de constitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADO); e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

⁶ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Ato do Presidente de 24/11/2020*. Institui Comissão de Juristas destinada a elaborar anteprojeto de legislação que sistematiza as normas de processo constitucional brasileiro. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: [Portal da Câmara dos Deputados \(camara.leg.br\)](#). Acesso em: 30 ago. 2023.

⁷ Em referência à Lei 9.868/1999 e Lei 9.882/1999.

⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.640, de 2023*. Dispõe sobre o processo e o julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal; e altera a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: [PL 3640/2023 – Portal da Câmara dos Deputados \(camara.leg.br\)](#). Acesso em: 29 set. 2023.

a instrumentalidade das formas, a abertura do processo objetivo e a ampliação do processo deliberativo.

Novidades absolutamente relevantes, mas essas duas últimas certamente estão imbricadas ao, talvez, ponto de maior interesse nessa proposição legislativa: a agora explícita possibilidade da realização probatória no controle concentrado, estabelecida no art. 20 do referido projeto de lei⁹, pois é sempre tema de intenso debate e assunto bastante recorrente na doutrina¹⁰.

Trata-se, em verdade, da atualização da legislação de modo a compatibilizá-la com precedentes de referência do STF¹¹, pois, como visto, pode o STF analisar fatos, desde que o Relator da ação, em controle abstrato, entenda necessário para o deslinde do caso.

Uma vez aprovado o dispositivo em comento, caberá a produção probatória aos legitimados ativos da ação de controle concentrado, aos *amici curiae* admitidos e à autoridade pública responsável pelo ato impugnado. Assim, essa espécie de contraditório, entendido nessa pesquisa como mitigado, terá, pois, como objetivo único subsidiar o juiz constitucional na reafirmação da ordem constitucional.

Nesse caso, portanto, ao que tudo indica, a produção probatória independe da requisição do Relator, e esse parece ser um enorme avanço, muito embora, ressalte-se, os pedidos de esclarecimentos de que o Relator necessitar estejam mantidos no PL 3.640/2023¹², a exemplo do que estabelece o referenciado art. 9º, § 1º, da Lei 9.868/1999.

Por certo, há que se levar em consideração que essa abertura em questão tem relação direta com a imperativa opção da Comissão de Juristas de privilegiar uma perspectiva decisória de natureza consequencialista, fundamentada no art. 20 da Lei de Introdução às Normas do

⁹ “Art. 20 Podem realizar produção probatória todos os legitimados ativos da ação, os *amici curiae* admitidos e a autoridade pública responsável pelo ato impugnado na ação.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.640, de 2023*. Dispõe sobre o processo e o julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal; e altera a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: [PL 3640/2023 – Portal da Câmara dos Deputados \(camara.leg.br\)](https://www.camara.leg.br/pl/3640/2023). Acesso em: 29 set. 2023).

¹⁰ As duas obras que tratam de modo particularizado o tema: MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 693-889; HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prisma, 2016.

¹¹ Nessa perspectiva, como exemplo de julgamento de ação direta de inconstitucionalidade material que tenha efetivamente analisado fatos e provas, além da já referida ADI 2.240/BA, indica-se a ADI 3.316/MT, também da relatoria do eminentíssimo Ministro Eros Grau. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.316/MT*. Relator: Ministro Eros Grau, 29 de junho de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469700>. Acesso em: 29 set. 2023.).

¹² “Art. 18 Recebida a ação, o relator requisitará informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou o ato ou a omissão, em prazo comum de 30 (trinta) dias.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.640, de 2023*. Dispõe sobre o processo e o julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal; e altera a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: [PL 3640/2023 – Portal da Câmara dos Deputados \(camara.leg.br\)](https://www.camara.leg.br/pl/3640/2023). Acesso em: 29 set. 2023).

Direito Brasileiro¹³, e que permeou todo o anteprojeto apresentado, sendo a base, portanto, da proposição legislativa de referência.

Pois bem. Nesse contexto da possibilidade de produção probatória e, consequentemente, da análise fática e em sede de controle abstrato, quando examinada pelo STF a inconstitucionalidade material de determinada norma ou dispositivo, veja-se a ADI 5.529/DF, da relatoria do eminente Ministro Dias Toffoli, importantíssima para o direito empresarial e, em especial, para a propriedade industrial.

Nela, o Plenário do STF reputou materialmente inconstitucional o parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996¹⁴, que prorrogava a vigência de patentes no país. Ato contínuo, estabeleceu uma modulação de efeitos em razão do disposto no art. 27 do acordo *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS)¹⁵.

Nessa ADI, distribuída inicialmente ao eminente Ministro Luiz Fux, em 18/5/2016, e, posteriormente, frise-se, realocada ao eminente Ministro Dias Toffoli, em 14/9/2020, o então Procurador-Geral da República (PGR) alegou contrariedade aos arts. 5º, *caput* e XXXII e LXXVIII; 37, *caput* e § 6º; e 170, IV e V, da Constituição Federal (CF).

Sustentou o Ministério Públíco Federal (MPF) que a regra prevista no referido dispositivo legal seria inconstitucional, principalmente, porque acarretaria a indeterminação no prazo de vigência das patentes.

¹³ Confira-se: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018)”. (BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 29 set. 2023).

¹⁴ Confira-se o texto original: “Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito. Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.”.

¹⁵ “Article 27 Patentable Subject Matter 1. Subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application. (5) Subject to paragraph 4 of Article 65, paragraph 8 of Article 70 and paragraph 3 of this Article, patents shall be available and patent rights enjoyable without discrimination as to the place of invention, the field of technology and whether products are imported or locally produced. 2. Members may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of which is necessary to protect ordre public or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment, provided that such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by their law. 3. Members may also exclude from patentability: (a) diagnostic, therapeutic and surgical methods for the treatment of humans or animals; (b) plants and animals other than micro-organisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes. However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective *sui generis* system or by any combination thereof. The provisions of this subparagraph shall be reviewed four years after the date of entry into force of the WTO Agreement”. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/trips_e.htm#part3. Acesso em: 29 set. 2023.

Para tanto, aduziu que, no caso, a demora na análise pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) de pedidos de registros de patentes resultaria na extensão do prazo de exploração exclusiva para além de vinte anos.

O PGR argumentou, ainda, que, embora relevante para o desenvolvimento tecnológico do país, o sistema de privilégio de exploração da propriedade industrial estaria sendo utilizado como um instrumento de reserva de mercado, pelo que suscitaria, na espécie, a incidência do princípio da função social da propriedade.

Destacou, ademais, a inobservância da previsibilidade e da estabilidade necessárias ao mercado, ao afirmar que o ato impugnado comprometeria a realização de investimentos e o desenvolvimento tecnológico e científico no país, bem como prejudicaria o consumidor, que estaria condicionado à qualidade e ao preço impostos pelo titular da patente por tempo indeterminado.

Desse modo, acrescentou o PGR que o dispositivo provocaria a transferência para a sociedade do ônus causado pela demora na apreciação dos pedidos de patentes pelo INPI, em contrariedade ao que estabelece o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Ponderou, também, que teria havido afronta direta ao princípio da isonomia, pois, no seu entender, agentes econômicos em situações idênticas receberiam tratamentos diversos, conforme a duração dos respectivos trâmites administrativos no INPI.

Além disso, estariam contrariados os princípios da eficiência e da duração razoável do processo administrativo, com o consequente estímulo ao prolongamento do procedimento de exame do pedido de patente.

Destaque-se, neste momento, apenas por oportuno, que a norma inscrita no parágrafo impugnado vigia eficazmente desde 1997, e a ADI em comento foi proposta, como visto, no ano de 2016.

Até por isso, é possível notar que o PGR não trouxe argumentos abstratos, despidos de fatos concretos, de modo a instaurar o conflito de normas nos moldes da inafastável dogmática jurídica pertinente ao processo objetivo.

Somente em 8/5/2021, o eminentíssimo Ministro Dias Toffoli, ressalte-se, uma vez mais, Relator do caso por sucessão, em alentada decisão, deferiu medida cautelar, incidentalmente requerida pelo PGR, para suspender a vigência do repisado dispositivo, motivado, principalmente, pelo infeliz período histórico que então se atravessava, ocasionado pela pandemia mundial da covid-19.

Em sequência, o Plenário do STF pode se debruçar detidamente na análise dos fundamentos apresentados no voto condutor, que teve alicerce, entre outros tantos fatos, que

serão vistos posteriormente, em auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU), que resultou no Acórdão 1.199/2020.

A Corte administrativa constatou que, em decorrência da regra do parágrafo único do art. 40, as patentes de produtos farmacêuticos duravam em média 23 anos, tendo chegado, em alguns casos, ao prazo de vigência de 29 anos ou mais.

Por conseguinte, evidenciou o TCU que, quanto maior o prazo de exclusividade usufruído pelo titular da patente, mais seria onerado o Poder Público, considerando a necessidade de aquisição de medicamentos em larga escala para execução de políticas públicas em saúde.

Os prejuízos financeiros decorrentes de períodos tão longos de monopólio foram estimados, pela referida auditoria do TCU, em cerca de R\$ 1 bilhão.

Para além disso, com fundamento em estudo do Grupo Direito e Pobreza, da Universidade de São Paulo (USP), demonstrou-se que o domínio comercial proporcionado pela patente por períodos muito longos impactou diretamente no acesso a serviços públicos de saúde pela população mais carente, por encarecer toda a cadeia de fornecimento, ao eliminar o necessário ambiente concorrencial, e por obrigar a compra de fármacos que o Poder Público adquire e distribui, com preço estipulado unilateralmente pelo titular do direito de patente, acrescido do pagamento de *royalties* sobre os itens patenteados.

Ressalte-se que os períodos compreendidos entre (i) a data do início de vigência do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996 e a propositura da ação; e, ainda, (ii) entre o ajuizamento da ação e o deferimento da liminar, por certo, contribuíram fortemente para o alcance por demais extenso de algumas patentes, a exemplo do que foi visto linhas atrás, na situação de concretude fática descrita na ADI 2.240/BA.

E nessa afirmação não há qualquer juízo de valor. Trata-se, apenas, de uma constatação.

Na Mensagem 192/1991¹⁶, que contém a exposição de motivos referentes ao PL 824/1991¹⁷, posteriormente aprovado e convertido na Lei 9.279/1996¹⁸, que veio a regular os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, consta que uma das tarefas impostas ao

¹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Mensagem n. 192, de maio de 1991*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1991. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagen/d/pdf/DCD09MAI1991.pdf#page=136>. Acesso em: 29 set. 2023.

¹⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 824, de 1991*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília: Câmara dos Deputados, 1991. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=183001>. Acesso em: 23 set. 2023..

¹⁸ BRASIL. *Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 23 set. 2023.

Estado é criar ambiente favorável aos investimentos, com estabelecimento de regras claras e estáveis para o exercício da atividade econômica e o funcionamento do mercado.

O PL 3.640/2023, em retomada de raciocínio, vai ao encontro dessa perspectiva, pois objetiva propiciar estabilidade, sofisticação e efetividade ao controle concentrado de constitucionalidade, como já visto anteriormente.

Assim, não seria despiciendo afirmar que a pretensão dessa abertura ao contraditório com maior amplitude, proporcionada pela produção probatória, e, consequentemente, aos fatos, acredita-se, seja melhor para subsidiar o STF e qualificar o julgamento das ações de controle abstrato.

Muito bem. Mas, qual seria a correlação existente entre o julgamento da ADI 5.529/DF e o referido acerto da proposição legislativa constante no PL 3.640/2023? É o que o presente trabalho se propõe a demonstrar.

O voto condutor proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli, no julgamento da ADI 5.529/DF, indica, de forma incontestável, o afastamento do dogma da impossibilidade à remissão aos fatos, no controle abstrato, para a verificação de alegada inconstitucionalidade material, pois os teve como fundamentos subsidiadores de sua convicção.

Assim, para confirmar essa constatação, serão analisados, de modo aprofundado, os referidos fundamentos fáticos constantes do voto de sua Excelência. Nesse desiderato, será utilizado como método de pesquisa o estudo de caso, com suporte em estudo teórico e bibliográfico para melhor subsidiar a conclusão a que se pretende chegar.

E, nessa perspectiva de estabilidade, sofisticação e efetividade do controle concentrado de constitucionalidade, indica-se que o objetivo geral da presente pesquisa será afirmar que a evolução do processo objetivo no Brasil, que resultou na possibilidade da análise dos fatos no controle concentrado de normas, se deve ao desenvolvimento dos métodos hermenêuticos de interpretação material da Constituição.

O objetivo específico é evidenciar que o voto condutor proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli, no julgamento da ADI 5.529/DF, está fundado e qualificado em fatos.

Assim, retornados à evidência, na primeira parte do trabalho, serão: (i) revisitadas questões relacionadas à primitiva impossibilidade da análise de fatos em controle abstrato de constitucionalidade, pois, ainda nos dias atuais, trata-se de questão controvertida, seja no STF ou na doutrina constitucional ou processual constitucional; (ii) rememorados também os métodos hermenêuticos fundados em correntes do pensamento jurídico-filosófico que buscam interpretar materialmente a Constituição; e, por fim, (iii) evocados os conceitos de fatos, sob a perspectiva da filosofia da linguagem, principalmente.

Nessa primeira etapa, buscou-se ilustrar que, pela perspectiva da filosofia jurídica e da linguagem, a evolução jurisprudêncial do STF, referida no anteprojeto do PL 3.640/2023, deveu-se, principalmente, repita-se, ao desenvolvimento dos métodos de interpretação material constitucional.

Em sequência, na segunda etapa, apresentou-se o estudo de caso relacionado aos fatos utilizadas como fundamentos de qualidade no voto condutor proferido pelo eminente Ministro Dias Toffoli, no julgamento da ADI 5.529/DF pelo Plenário do STF.

Registre-se, portanto, que, dentro da linha de pesquisa a que se propõe o presente trabalho, das estruturas do direito empresarial, a qual se guia pela compreensão dos alicerces constitucionais da ordem econômica, aí entendidos, em especial, a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre iniciativa, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a redução das desigualdades regionais e sociais, está compreendida a presente pesquisa.

E situada entre os alicerces constitucionais da ordem econômica está a segurança jurídica, na qual a efetividade do processamento e julgamento de ações em controle concentrado se insere. Não por outro motivo, leciona André Ramos Tavares que:

[...] o processo constitucional relaciona-se intimamente com a supremacia da Constituição. Com efeito, a supremacia da Constituição pode ser abordada, de forma simples, pela teoria da inconstitucionalidade das leis, que, em seu sentido mais amplo, designa a incompatibilidade de atos e fatos jurídicos com a Constituição, que, por sua vez, é superior hierarquicamente a eles no ordenamento jurídico. No âmbito judicial, para proteger direitos, pode a empresa valer-se do controle de constitucionalidade, protegendo seus direitos constitucionais diretamente na seara judicial.¹⁹

Ou seja, a aderência é justa.

¹⁹ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional da empresa*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 232-233.

2. A ADOÇÃO DO PROCESSO OBJETIVO NO BRASIL E A OPÇÃO PELA IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DOS FATOS NO CONTROLE ABSTRATO E CONCENTRADO DE NORMAS

Como visto na introdução da presente pesquisa, uma das inovações pretendidas pelo Projeto de Lei (PL) 3.640/2023 é a possibilidade de que todos os legitimados ativos das ações de controle abstrato e concentrado²⁰ de constitucionalidade, assim como os *amici curiae* admitidos e, ainda, a autoridade pública responsável pelo ato impugnado, realizem “produção probatória”²¹.

Dentre as justificativas apresentadas pela Comissão de Juristas, responsável pelo anteprojeto de sistematização das normas do processo constitucional brasileiro, está a de aperfeiçoamento e atualização do regime jurídico das ações de controle concentrado à prática decisória do STF, de modo a conferir, segundo prenunciam, maior estabilidade, sofisticação e efetividade ao controle concentrado.

Por certo, rememore-se que, no processo objetivo, embora seja de conhecimento pacífico a existência do conflito intrassistêmico²², ocorrente entre o texto normativo questionado e a Constituição, inexiste lide, no sentido conceitual clássico da teoria geral do processo²³, não havendo, portanto, pretensão resistida relativa a interesses subjetivos.

Não por acaso, o PL 3.640/2023 revigora essa concepção do conflito apenas normativo ao reafirmar que as ações de controle concentrado de constitucionalidade têm natureza objetiva, sem partes, e que veiculam pretensão genérica de defesa da ordem jurídica.

Assim, essa espécie de contraditório, entendido nesta pesquisa como mitigado, terá, pois, como objetivo único subsidiar o juiz constitucional na reafirmação da ordem constitucional.

Há muito a doutrina interessada trata do assunto relacionado à impossibilidade de remissão fática em ações de controle abstrato e concentrado. E agora, mais do que poder ser analisada pelo juiz constitucional, abre-se a oportunidade para que seja provada.

²⁰ O termo “controle abstrato e concentrado” é assim utilizado na justificativa do anteprojeto apresentada pela Comissão de Juristas e será adotado no presente trabalho.

²¹ Art. 20, *caput*, do PL 3.640/2023: “Podem realizar produção probatória todos os legitimados ativos da ação, os *amici curiae* admitidos e a autoridade pública responsável pelo ato impugnado na ação.”.

²² RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42.

²³ A lide, em uma conceituação clássica, equivaleria ao “conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944. p. 11.).

A iniciativa legislativa à realização probatória é surpreendente e necessária. No STF, mesmo nos dias atuais, cada caso ainda é analisado a partir do entendimento pessoal que o respectivo Ministro Relator tem sobre o controle abstrato e concreto (ou processo objetivo). É isso, em linhas gerais, que definirá, então, os critérios que deverão ser adotados para o julgamento ou não da questão constitucional posta.

Por esse ângulo, a título de exemplificação, ressalte-se que o Plenário do STF, em 29/11/2019, ao julgar o Agravo Regimental (AgR) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 629/DF, da relatoria do eminente Ministro Alexandre de Moraes, reafirmou, entre outros parâmetros utilizados para julgá-la extinta, a imprestabilidade da jurisdição constitucional abstrata para o exame de prova:

A ADPF não se presta à defesa de direitos e interesses individuais e concretos, em decorrência do perfil objetivo que caracteriza o controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes desta CORTE. 3. Ação ajuizada com o propósito de reverter o resultado contrário obtido em julgamento de processos judiciais individuais sobre a propriedade das terras em que situada a Aldeia Imbuhy. Não cabimento de ADPF para tal fim. Precedentes desta CORTE. 4. A solução da controvérsia firmada nos autos demandaria necessário exame de provas a respeito da posse e propriedade das terras em que situada a Aldeia Imbuhy, não se prestando a jurisdição constitucional abstrata para tal fim.²⁴

Contudo, em contraposição a esse posicionamento, o mesmo Plenário assentou, em 5/12/2022, ao placitar o voto condutor proferido pelo eminente Ministro André Mendonça, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 6.080/RR, que a alegação de possível contrariedade ao art. 169, § 1º, I, da Constituição Federal teria sido comprovada pelas provas documentais colacionadas àqueles autos:

Mérito. Art. 169, § 1º, inc. I, da Constituição da República. As provas documentais carreadas aos autos atestam a inexistência de prévia dotação orçamentária para a concessão do incremento remuneratório. A Chefia do Poder Executivo estadual não apresentou estudos nesse sentido, bem como contrariou os pronunciamentos técnicos da Advocacia Pública e da Secretaria de Planejamento. A Assembleia Legislativa do Estado limitou-se a fazer alegações genéricas no sentido

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* 629/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moares, 3 de fevereiro de 2020. Disponível em: XXXXX. Acesso em: 29 set. 2023.

de que a LRF restara observada na espécie. A Chefia do Poder Executivo estadual não apresentou estudos nesse sentido, bem como contrariou os pronunciamentos técnicos da Advocacia Pública e da Secretaria de Planejamento. A Assembleia Legislativa do Estado limitou-se a fazer alegações genéricas no sentido de que a LRF restara observada na espécie.²⁵

Considerada, portanto, a referida justificação de necessidade de adequação da legislação pertinente às ações de controle abstrato e concentrado à jurisprudência do STF, incumbe investigar, neste primeiro momento da pesquisa, a questão relativa à impossibilidade da análise fática, preceituada pelo STF nas ações de controle abstrato e concentrado, até para a melhor compreensão do avanço legislativo proposto.

Desse modo, o regresso histórico às origens do controle abstrato ou concentrado no Brasil faz-se fundamental. E ele tem início com a promulgação da Constituição de 1934 (CF/1934)²⁶, que inaugura, no país, a Segunda República.²⁷

2.1 A INAUGURAÇÃO DO MODELO ABSTRATO NO BRASIL

Pensada e elaborada como consequência direta da Revolução Constitucionalista de 1932, movimento acontecido em São Paulo e inspirado no liberalismo clássico, que pleiteava a normalização do sistema representativo no país²⁸, a Constituição de 1934, até pelo reflexo do momento então vivido naquele período, sofreu forte influência europeia, especialmente do período posterior ao fim da Primeira Guerra Mundial, inspirando-se os legisladores constituintes, principalmente, na Constituição de Weimar, “dando forma a preocupações com um Estado mais atuante no campo econômico e social”²⁹.³⁰

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.080/RR*. Relator: Ministro André Mendonça, 10 de janeiro de 2023. Disponível em: XXXXX. Acesso em: 29 set. 2023.

²⁶ BRASIL. [Constituição (1934)], *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1934]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 29 ago. 2023.

²⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. 20 anos da Constituição de 1988: a evolução da jurisdição constitucional no Brasil. In: FERREIRA, Fernando G. de Andréa; GALVÃO, Paulo Braga (Org.). *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira*. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado Editores, 2009. p. 147; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. A Constituição de 1934. In: D'ÁVILA, Luiz Felipe. (Org.). *As Constituições brasileiras: análise histórica e propostas de mudança*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993. p. 25-41.

²⁸ Sobre a Revolução Constitucionalista de 1932, ver: BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História constitucional do Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 1991. p. 266-271.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 113.

³⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. 20 anos da Constituição de 1988: a evolução da jurisdição constitucional no Brasil. In: FERREIRA, Fernando G. de Andréa; GALVÃO, Paulo Braga (Org.). *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira*. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado Editores, 2009. p. 147.

Desse período, como visto, antecedente à segunda metade do século XX, é importante ressaltar que o Parlamento nacional não estava alheio à jurisdição constitucional. Entendia-se, naquela época, o contexto inerente à questão como uma salutar novidade constante em algumas Constituições de países importantes, como se pode verificar de trecho consignado na justificação da Emenda 273, apresentada pelo Deputado Godofredo Vianna, na Assembleia Constituinte instalada em 15 de novembro de 1933:

Como encaram a matéria as modernas Constituições? “A questão do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis tem sido abundantemente estudada. A própria ideia do poder constituinte, a ideia da supremacia da Constituição, deu como resultado a superlegalidade constitucional em relação com a legislação ordinária. A partir do fim do século dezoito, a ideia dessa superlegalidade dos textos constitucionais espalhou-se pelo mundo. Diversas constituições novas reconheceram o controle da constitucionalidade das leis. Na Irlanda, na Rumânia, na Grécia, foi adotado o sistema americano. Na Áustria, na Tchecoslováquia, ao contrário, foi criado um organismo especial de controle constitucional que funciona, não por iniciativa particular, mas por exigência das instituições de Estado; a lei reconhecida como não constitucional para um caso dado perde sua força por esse fato e não é revogada. O sistema tchecoslovaco oferece a vantagem de que em lugar de ser necessária uma recusa individual de aplicar a lei inconstitucional, esta é formalmente revogada para o país todo. Na Áustria o reconhecimento do caráter não constitucional de uma lei exige a publicação da anulação.” Mirkine-Guezevitch. *Les Constitutions de l’Europe Nouvelle*, 2ème édition, pág. 31, e as novas tendências do Direito Constitucional, trad. de Cândido Mota Filho, pág. 71. Interessantíssimo também o que a respeito escreve o Dr. Pontes de Miranda no seu magnífico livro *Os fundamentos atuais do Direito Constitucional*, págs. 393 e seguintes.³¹

Na mesma oportunidade, o Deputado constituinte Nilo Alvarenga, ao propor a Emenda 1.107, que pugnava pela criação da Corte Constitucional no Brasil³², justificou sua iniciativa esclarecendo que:

³¹ ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 15, n. 57, p. 223-328, jan./mar. 1978. p. 235-236.

³² Nessa mesma passagem, referindo-se à Corte Constitucional, a observação de Gilmar Mendes: “O projeto, de autoria do Deputado Nilo Alvarenga, criava uma Corte Constitucional, inspirada na proposta de Kelsen, e confiava a sua provação a qualquer sujeito de direito”. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. Comentários à Lei 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 28.)

Os mais belos e generosos princípios de direito público consagrados nos textos constitucionais de nada valerão sem as necessárias garantias de sua efetividade. Estas garantias são dadas pelo controle da constitucionalidade das leis. Nos Estados Unidos, onde esta atribuição é conferida à Justiça comum, o controle é falho, imperfeito e incompleto. Por isso que à Justiça comum só cabe decidir das questões entre partes, os efeitos de suas decisões se restringem ao caso *sub judice*. A lei anulada para o litigante continua a vigorar em toda a sua plenitude para a coletividade. Por isso é imprescindível criar a jurisdição constitucional cometendo-a a um tribunal especial, com a função de exercer este controle, anulando as leis e atos inconstitucionais, *erga omnes*. Mas não basta a criação de tribunal com esta competência. É necessário, ainda, assegurar a todos os indivíduos a sua proteção por meio de recursos fáceis e rápidos e baratos. É preciso que todo o cidadão ferido em seu direito disponha de meio seguro para o restabelecimento imediato deste direito. É esta a única maneira pela qual poderão ser evitadas, de um lado, as grandes injustiças de que foram vítimas na primeira República, milhares de brasileiros, por abusos do poder, e de outro lado, as enormes sangrias que sofreu o Tesouro, que ainda hoje suporta a economia pública resultantes de pesadas indenizações a cujos pagamentos a Nação foi condenada. É preciso advertir com Gaston Jeze: “Para serem eficazes, os meios de defender as liberdades individuais devem ser fáceis, rápidos, baratos. Se a defesa é complicada, se é lenta e custosa, sua eficácia diminui ou desaparece mesmo praticamente. São armas enferrujadas para serem arrumadas na coleção das curiosidades constitucionais”. A Corte de Justiça Constitucional, com estas atribuições e competências, será o único aparelho eficaz de garantias constitucionais, do qual a República não poderá prescindir, para assegurar a defesa de todos os direitos e liberdades de seus cidadãos.³³

Não há como negar, pela leitura dos excertos acima transcritos, que já estava em discussão o modelo abstrato de controle de constitucionalidade, assim como latente se encontrava a pretensão de sua inauguração no país.

Nesse contexto, importante inovação, constante do art. 91, II, da CF/1934, foi a de atribuir ao Senado Federal competência privativa para examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais.

³³ ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 15, n. 57, p. 223-328, jan./mar. 1978. p. 235-236.

Isso porque a apreciação do Senado, de natureza eminentemente política, e não deferida a nenhum outro poder, ocorreria “em abstrato”, diferentemente da análise jurisdicional, “presa ao caso concreto”.³⁴

Outra significativa novidade, disposta no art. 91, IV, da CF/1934, foi a inserção de um órgão político no exercício da jurisdição constitucional. Tratou-se de uma “autêntica criação nacional”³⁵, pois o Senado Federal também foi incumbido de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, que tenha sido declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Uma robusta explicação, necessária para esclarecer essa opção constituinte, pode ser dada nos seguintes termos:

Muito se polemiza quanto à natureza dessa função senatorial. De qualquer sorte, trata-se, quanto ao órgão, de competência de natureza política, ainda que essa novidade constitucional refletisse, em certa medida, o prenúncio da adoção de um controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade, nos moldes do sistema austríaco, cuja decisão produz, pela própria natureza do órgão que a emite, efeitos *erga omnes*, diferentes, portanto, dos efeitos *inter partes* produzidos no modelo americano de controle. A disposição inovadora, dentro do modelo difuso, parece encontrar eco no fato de o Brasil não adotar o princípio anglo-saxão do *stare decisis* (ou do precedente judiciário), pelo que os juízes e tribunais inferiores não estavam obrigados a seguir a decisão, ainda que definitiva, do Supremo Tribunal Federal. Assim, a inserção do Senado (órgão político) no sistema de defesa jurisdicional da Constituição cometia à decisão do Supremo Tribunal Federal extensão de efeitos *erga omnes*.³⁶

Especificamente quanto ao controle jurisdicional de constitucionalidade, o art. 76, III, b e c, da CF/1934 manteve o modelo difuso, como sabido, de ideário norte-americano, adotado pelo Brasil na Constituição de 1891, no qual juiz singular ou tribunal, nos limites da

³⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. A Constituição de 1934. In: D’ÁVILA, Luiz Felipe (Org.). *As Constituições brasileiras: análise histórica e propostas de mudança*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993. p. 32.

³⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. 20 anos da Constituição de 1988: a evolução da jurisdição constitucional no Brasil. In: FERREIRA, Fernando G. de Andréa; GALVÃO, Paulo Braga (Org.). *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira*. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado Editores, 2009. p. 147.

³⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. 20 anos da Constituição de 1988: a evolução da jurisdição constitucional no Brasil. In: FERREIRA, Fernando G. de Andréa; GALVÃO, Paulo Braga (Org.). *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira*. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado Editores, 2009. p. 147; ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 15, n. 57, p. 223-328, jan./mar. 1978. p. 235-236.

competência de cada um, declara a constitucionalidade de determinado ato legislativo no julgamento de um caso concreto, cabendo a última palavra, quanto à questão constitucional, à Suprema Corte.

Mas, a sinalização contida na CF/1934, que preanunciava a inauguração da jurisdição constitucional concentrada no país, é a que maior interesse desperta para a presente pesquisa.

Algumas dessas inovações já foram vistas. Contudo, a mais importante congrega uma leitura conjunta do art. 12, V e § 2º,³⁷ combinado com o art. 41, § 3º,³⁸ e o art. 96.³⁹ Trata-se da representação intervenciva.

Nesses moldes, a intervenção se constituía em um instrumento a ser utilizado pela União nos casos em que houvesse a necessidade de assegurar a observância obrigatória, pelos entes federados, dos princípios constitucionais sensíveis⁴⁰ constantes do art. 7º, I, a a h, da CF/1934.

Far-se-ia mediante lei autorizativa do Senado Federal, que decretaria a intervenção, mas, antes, o Supremo Tribunal Federal deveria ser provocado pelo Procurador-Geral da República (PGR)⁴¹ para analisar a constitucionalidade da lei senatorial. Somente após a declaração da sua constitucionalidade pelo STF, a União, legitimada por lei reconhecidamente constitucional, estaria autorizada a agir.⁴²

³⁷ “Art. 12. A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: [...] V. para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; [...] § 2º Occorrendo o primeiro caso do n. V a intervenção só se efectuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador Geral da Republica, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.”

³⁸ “Art. 41. A iniciativa dos projectos de lei, guardado o disposto nos paragraphos deste artigo, cabe a qualquer membro ou Comissão da Camara dos Deputados, ao plenário do Senado Federal e ao Presidente da Republica, nos casos em que o Senado colabora com a Camara, também a qualquer dos seus membros ou Comissões. [...] § 3º Compete exclusivamente ao Senado Federal a iniciativa das leis sobre a intervenção federal, e, em geral, das que interessem determinadamente a um ou mais Estados.”

³⁹ “Art. 96. Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou acto governamental, o Procurador Geral da Republica comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, n. IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o acto.”

⁴⁰ “O termo ‘sensíveis’ está aí no sentido daquilo que é facilmente perceptível pelos sentidos, daquilo que se faz perceber claramente, evidentemente, visível e manifesto; portanto, princípios sensíveis são aqueles clara e indubitavelmente mostrados pela Constituição, os apontados, enumerados. São sensíveis em outro sentido, como coisa dotada de sensibilidade, que, em sendo contrariada, provoca reação, e esta, no caso, é a intervenção nos Estados, exatamente para assegurar a sua observância.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 612.)

⁴¹ Ao tratar da questão relacionada à legitimação para propositura da ação constitucional perante a jurisdição constitucional, Kelsen idealizou o que hoje é o papel do Procurador-Geral da República para esse mister: “Uma instituição totalmente nova, mas que mereceria a mais séria consideração, seria a de um defensor da Constituição junto ao tribunal constitucional, o qual, como o Ministério Público no processo penal, introduziria *ex officio* o processo de controle de constitucionalidade dos atos que estimasse irregulares. É claro que o titular de tal função deveria ser revestido de todas as garantias imagináveis de independência, tanto em relação ao governo como em relação ao Parlamento.” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2013. p. 175.)

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. A representação intervenciva. *Direito Públíco*, Porto Alegre, v. 2, n. 9, jul./set. 2005. p. 5. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/issue/view/147>. Acesso em: 29 set. 2023.

Importa esclarecer, pois alguma confusão existe a respeito, que a declaração de constitucionalidade da lei federal intervenciva “envolia, por consequência, a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo ou do ato concreto estadual, por afronta aos princípios constitucionais sensíveis”⁴³.

Em síntese, a obrigatoriedade da análise, pelo STF, em controle abstrato e concentrado, da constitucionalidade de lei intervenciva do Senado Federal e, ainda, a legitimação exclusiva do PGR como proponente dessa representação “constituem marco expressivo no caminho da introdução da jurisdição constitucional concentrada e direta entre nós”⁴⁴

Posteriormente, a Constituição outorgada de 1937 (CF/1937), como novidade ao controle jurisdicional de constitucionalidade, institui, no art. 9º, parágrafo único, a competência da Câmara dos Deputados para verificar se os Estados estavam observando devidamente os princípios constitucionais sensíveis. Isso alterou a essência da representação intervenciva introduzida pela CF/1934.⁴⁵

E, no seu art. 96, parágrafo único, autorizou o Presidente da República, a seu juízo, submeter ao Parlamento, para nova apreciação legislativa, lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, a Emenda Constitucional (EC) 18, de 1945, revogou esse dispositivo.⁴⁶

Dando continuidade ao percurso histórico do controle abstrato e concreto no Brasil, chega-se à Constituição de 1946 (CF/1946). Nela, manteve-se quase sem alteração o modelo de jurisdição constitucional iniciado na CF/1934. Restabeleceu-se, contudo, a representação intervenciva, nos moldes de quando foi inaugurada, mas não sem avanço.

⁴³ SILVA, Moacir Machado da. O Ministério Público na ação intervenciva. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, [s. l.], n. 52, p. 101–142, 2018. p. 104. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/view/450>. Acesso em: 29 set. 2023.

⁴⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. 20 anos da Constituição de 1988: a evolução da jurisdição constitucional no Brasil. In: FERREIRA, Fernando G. de Andréa; GALVÃO, Paulo Braga (Org.). *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira*. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado Editores, 2009. p. 149.

⁴⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. 20 anos da Constituição de 1988: a evolução da jurisdição constitucional no Brasil. In: FERREIRA, Fernando G. de Andréa; GALVÃO, Paulo Braga (Org.). *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira*. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado Editores, 2009. p. 150.

⁴⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. 20 anos da Constituição de 1988: a evolução da jurisdição constitucional no Brasil. In: FERREIRA, Fernando G. de Andréa; GALVÃO, Paulo Braga (Org.). *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira*. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado Editores, 2009. p. 150.

Em linhas gerais, a representação interventiva se constituiu em uma forma judicial de “verificação prévia de ofensa constitucional no caso de controvérsia sobre a observância dos princípios constitucionais da União, ou para prover a execução de lei federal”⁴⁷.

Visto por outro ângulo, é possível afirmar que se tratou, em verdade, de um singular meio de composição judicial de conflitos federativos “que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (12, V e § 2º)”⁴⁸.

O legislador à época, é importante observar, não tinha o interesse primeiro de instituir um “verdadeiro controle concentrado de constitucionalidade”⁴⁹, nos exatos padrões do modelo então vigente na Europa.

Isso porque faltou à decisão do STF, no julgamento das representações interventivas, o efeito *erga omnes*. O instrumento da representação foi pensado politicamente para viabilizar a intervenção da União no Estado por decisão placitada pelo STF em controle concentrado.⁵⁰

Contudo, e embora haja posicionamentos diversos na doutrina⁵¹, entende-se, nesta pesquisa, como marco inaugural do modelo de controle abstrato de constitucionalidade no Brasil a representação interventiva estabelecida no art. 7º, VII, da CF/1946.⁵²

Por certo, o motivo dessa escolha se deve ao fato de que a CF/1946, ao consagrar a ação direta de inconstitucionalidade nos casos de lesão aos seus princípios constitucionais sensíveis,

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. A representação interventiva. *Revista Direito Público*, Porto Alegre, v. 2 n. 9, jul./set/ 2005. p. 6. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/issue/view/147>. Acesso em: 29 set. 2023.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. Comentários à Lei 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27.

⁴⁹ VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade (atualizado conforme as Leis 9.868, de 10/11/99 e 9.882, de 3/12/99). 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000 *apud* FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. A evolução da jurisdição constitucional. *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*, Madrid, n.13, 2009. p. 151.

⁵⁰ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. A evolução da jurisdição constitucional. *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*, Madrid, n. 13, 2009. p. 151-152.

⁵¹ Por exemplo, Clémerson Merlin Clève não considera que a representação interventiva seja ação de controle abstrato: “A representação interventiva implica uma fiscalização concreta da constitucionalidade, embora realizada em sede de ação direta”. (CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 93.)

⁵² A respeito de representação interventiva na Constituição de 1946, ver: BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980. p. 188; MENDES, Gilmar Ferreira. A representação interventiva. *Revista Direito Público*, Porto Alegre, v. 2 n. 9, jul./set. 2005. p. 5-32. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/issue/view/147>. Acesso em: 29 set. 2023; SILVA, Moacir Antonio Machado da. O Ministério Público na ação interventiva. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, [s. l.], n. 52, p. 101-142, 2018. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/view/450>. Acesso em: 29 set. 2023.

imprimiu “ traço próprio ao nosso modelo de controle de constitucionalidade, afastando-o do sistema norte-americano”⁵³

E, mesmo que haja divergência quanto ao momento de inauguração do modelo abstrato de controle de constitucionalidade no Brasil, o reconhecimento da representação intervenciva como marco inaugural do controle concentrado neste trabalho é plenamente justificável.

Foi a partir do julgamento das representações intervencivas estabelecidas no referido art. 7º, VII, a a g, da CF/1946 que o STF passou a parametrizar a sistemática de processamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade, por meio de seus precedentes e regimento interno.

E procedeu assim, em se tratando de ações de controle abstrato, até culminar na promulgação da Lei 9.868/1999, que dispôs sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, e da Lei 9.882/1999, que estabeleceu o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do art. 102, § 1º, da Constituição Federal.

2.2 A SISTEMATIZAÇÃO DO PROCESSO OBJETIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tem-se o *leading case* definidor das regras de processamento das ações de controle abstrato⁵⁴, no país, a Representação (Rp) 94/DF⁵⁵, julgada em 17/7/1947. Tratou-se do primeiro

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. A representação intervenciva. *Revista Direito Público*, Porto Alegre, v. 2, n. 9, jul./set. 2005. p. 5. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/issue/view/147>. Acesso em: 29 set. 2023.

⁵⁴ Precedente ainda hoje citado nos votos proferidos pelo eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes, seja como relator ou vogal, em julgamentos que envolvem questões referentes aos princípios constitucionais sensíveis. Por exemplo: ADPF 323/DF (DJe 15/9/2022); ADPF 216/DF (DJe 15/9/2022); ADI 5.296 MC/DF (DJe 11/11/2016).

⁵⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Representação 94/DF*. Questões preliminares: Declaração de inconstitucionalidade em tese – Decisão, e não parecer – Que atos abrange – Só alcança a matéria que puder ser relacionada com algum dos princípios enumerados em o nº VII do art. 7º da Constituição – Como deve ser entendida essa limitação – Decisão executável mediante a sanção política da intervenção – Caráter excepcional da nova atribuição confiada ao Supremo Tribunal. – Termos de Arguição: – O Parlamentarismo no estatuto Sul Riograndense – O secretariado como órgão do Governo articulado com a assembleia no plano da confiança política – Exame dos diversos dispositivos apresentados pela Procuradoria-Geral da República – Poder Executivo unipessoal no Governo Presidencial – Cisão do poder executivo no Governo Parlamentar – Poder Executivo nominal, formal ou apenas ‘de jure’ reservado ao Chefe de Estado, no sistema parlamentar – O Governo Parlamentar só se concilia com o princípio dos poderes separados mediante o expediente daquela cisão incompatível com as instituições federais – Montesquieu e o advento do parlamentarismo na Grã-Bretanha – O mecanismo dos poderes é governado por freios e contrapesos, que são somente os admitidos na Const. Federal – A dissolução da assembleia seria um contrapeso não cogitado e incompatível com o mandato legislativo de duração prefixada – Termos em que a Constituição permite a penetração dos poderes executivo e legislativo – outros aspectos. Requerente: Procurador-Geral da República. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=508961>. Acesso em: 25 out. 2023.

julgamento de processo objetivo realizado pelo STF.⁵⁶ Em consideração diversa, no passado, o eminente Ministro Gilmar Mendes havia afirmado doutrinariamente que,

Entre nós, a questão relativa à natureza do processo de controle de normas colocou-se logo no julgamento das primeiras representações, ainda que de forma tópica, não sistemática. Nas Representações ns. 95 e 96, de 1947, esboçou-se controvérsia quanto à possibilidade de o Supremo Tribunal Federal apreciar a arguição de constitucionalidade, não obstante o pronunciamento do Procurador-Geral da República pela improcedência do pedido.⁵⁷

Mas, posteriormente, reconheceu a Rp 94/DF como paradigmática, pois, nela, logrou-se “fixar princípios do próprio controle abstrato de normas, que viria a ser introduzido, entre nós, pela Emenda n. 16, de 1965”⁵⁸, exatamente na linha do que afirmado anteriormente.

Assim, pela importância desse precedente como referência para as ações de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade no Brasil, entende-se necessário o exame minudente do voto condutor proferido pelo Ministro Castro Nunes⁵⁹, Relator, e que foi acompanhado por unanimidade pelo Colegiado.

Ao final dessa análise, então, será possível verificar que as bases conceituais e procedimentais do modelo abstrato no Brasil, ainda que processualmente observados, foram nesse julgamento definidas.

Pois bem. Na Rp 94/DF, o Governador do Rio Grande do Sul, por intermédio do PGR, questionou a constitucionalidade de alguns artigos da Constituição daquele Estado relacionados a preceitos “consagradores do regime parlamentarista”⁶⁰.

E, logo no início da sessão, o Relator observou ao Plenário que o PGR havia feito um encaminhamento de requerimento do Governador do Rio Grande do Sul para que o Tribunal suspendesse provisoriamente a Constituição daquele Estado.

⁵⁶ Em consulta ao site do Supremo Tribunal é possível verificar que a Rp 95/DF foi julgada, pelo Plenário, em 30/7/1947; e a Rp 96/DF, em 3/10/1947. A Rp 94/DF foi apreciada pelos Ministros da Suprema Corte em 17/7/1947.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 4.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. Comentários à Lei 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 35.

⁵⁹ “[...] o jurista e magistrado logrou fixar princípios do próprio controle abstrato de normas, que viria a ser introduzido, entre nós, pela Emenda n. 16, de 1965.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. Comentários à Lei 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 35).

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. Comentários à Lei 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 34.

Contudo, o pleito foi negado. O pedido não poderia ser deferido por analogia com o que então se prescrevia no processamento do mandado de segurança (art. 141, § 24, da CF/1946). Então, esclareceu o eminente Relator que a atribuição conferida pela Constituição de 1946 ao STF seria *sui generis*, pois a representação intervintiva não teria por objeto ato governamental ou administrativo, senão ato constituinte ou legislativo.

Demais disso, ressaltou, não estaria “regulada” em lei. Em reforço, ponderou que o poder de suspender o “ato arguido de inconstitucional” pertenceria ao Congresso, nos termos do que estabelecido no art. 13 da CF/1946,⁶¹ como sanção articulada com a declaração da inconstitucionalidade.

Já nessa primeira parte do julgamento, portanto, é possível constatar que o Plenário do STF analisou questão referente à possibilidade de suspensão cautelar da vigência de determinada lei, em controle abstrato, muito embora, à época, não tenha sido possível implementá-la, considerada a ausência de previsão legal, como visto.⁶²

Em seguida, de modo a esclarecer algumas indagações preliminares relacionadas à inauguração daquele tipo de ação no STF, restringiu o alcance do termo “ato arguido de inconstitucionalidade” somente aos atos legislativos resultantes da atividade legiferante ou constituinte das assembleias legislativas.

Não se incumbiria a Corte, naquela via, de analisar atos governamentais, ou atos do Poder Executivo, pois as suas consequências, considerando-se, principalmente, “um direito subjetivo prejudicado”, haveriam de ser resolvidas judicialmente “em outros meios judiciais adequados”. Aqui, pela primeira vez, a indicação de que se trata de um processo substancialmente objetivo.

Prossegue o eminente Relator. Indicou que seria, “no entendimento natural do dispositivo constitucional, o ato institucional do Estado e as leis orgânicas que o completam”. Nessa parte, ao referir-se a “entendimento natural do dispositivo natural”, reafirma o aspecto objetivo daquela ação de representação, ressaltando o conflito entre normas (conflito intranormativo).

Ao responder outra indagação levantada preliminarmente pelo PGR, assentou que, por não indicar, mas também não excluir, a CF/1946 possibilitaria a declaração parcial de inconstitucionalidade, e o STF, então, teria de se basear na doutrina e nos “subsídios do direito

⁶¹ “Art. 13. Nos casos do art. 7º, nº VII, observado o disposto no art. 8º, parágrafo único, o Congresso Nacional se limitará a suspender a execução do ato arguido de inconstitucionalidade, se essa medida bastar para o restabelecimento da normalidade no Estado.”

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO. Comentários à Lei 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 312.

americano”. Nesses casos, na mesma medida haveria de ser entendida a suspensão pelo Senado do ato declarado parcialmente constitucional. Outra novidade, dessa vez relacionada à inconstitucionalidade parcialmente declarada.

Também em preliminar, discorrendo sobre o instituto da intervenção, o Relator, Ministro Castro Nunes, explicou que a atuação do STF não seria meramente consultiva, mas, sim, jurídica. Eminentemente jurídica. O seu acórdão encerraria a controvérsia constitucional. E nessa condição, atuaria o STF de modo a resguardar a Constituição. Nesse ponto, o reconhecimento da jurisdição constitucional.⁶³

Ressalvou, contudo, que, nos casos em que o STF declarava a inconstitucionalidade de determinada lei em controle difuso, ele próprio “arredava” essa lei, decidindo pela sua inaplicabilidade e, assim, também o STF executava o seu acórdão. No caso da intervenção, entretanto, essa incumbência seria do Senado Federal, como se verá, com um pouco mais de detalhe, logo à frente.

Ademais, observou o Ministro Castro Nunes que, naquela oportunidade de julgamento da Rp 94/DF, tratou-se de análise da constitucionalidade em tese, ausente de um caso concreto. Inovação “desconhecida entre nós na prática judicial, porquanto até então não permitida pela Constituição”. Uma vez mais, a referência à inauguração do controle abstrato e do processo objetivo.

E reforça essa alusão ao concluir que a inconstitucionalidade declarada naquele ou em outros casos análogos não se resolveria na inaplicação da lei ao caso concreto ou no julgamento do direito questionado. Resolver-se-ia por meio de uma fórmula legislativa, que constituiria na não vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei.

Assim, nos julgamentos em controle difuso, à época, o STF declararia a inconstitucionalidade, mas não anularia a lei, tampouco a suspenderia. Ela subsistiria vigendo, para os demais casos, até que o Senado, por ato de sua vontade, suspendesse a execução dessa lei, nos termos do art. 64 da CF/1946.⁶⁴

Mas, na declaração em tese, ponderou que a suspensão redundaria na revogação da lei ou na derrogação dos seus dispositivos alcançados pela inconstitucionalidade. Assim, não haveria outra alternativa ao Senado senão o cumprimento formal do art. 64 da CF/1946.

⁶³ “A garantia jurisdicional da Constituição – a jurisdição constitucional é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos.” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2013. p. 123-124.)

⁶⁴ “Art. 64. Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

Isso porque, consignou, é “uma constitucionalidade declarada *erga omnes*, e não somente entre as partes; a lei não foi arredada apenas em concreto; foi cassada para todos os efeitos”. Aqui, a importante constatação de que as decisões do STF em controle abstrato têm, sim, efeito *erga omnes*.

O STF, nesse julgamento em comento, não desconsiderou o caráter político “dos julgamentos em tese”, quando explicou que as decisões, nos processos objetivos, também fazem coisa julgada material. Ressaltou que a medida intervintiva seria sempre excepcional, pois haveria de ser considerada e mantida a autonomia constituinte, legislativa e administrativa dos estados-membros.

Outra questão levantada repercutiu na impossibilidade de se estender a declaração de constitucionalidade, em qualquer dos dois planos em que se situam os casos de intervenção, ao demais princípios constantes do art. 7º da CF/1946. Apenas questões relacionadas às alíneas do seu inciso VII seriam passíveis de análise em controle abstrato, pois tratariam dos princípios constitucionais sensíveis.

Nos demais incisos do art. 7º da CF/1946, enumerados de I a VI, não competira ao STF julgar as questões a eles relacionadas, pois não constituíam matéria de índole puramente política. Haveria de se supor, nesses casos, a perturbação da ordem jurídica por fatos e não sob a forma de leis:

Quando a União intervém para manter a integridade nacional, o atentado pressuposto é a secessão; se intervém para repelir invasão de fora ou de dentro do próprio País ou para pôr termo à guerra civil, vai restabelecer militarmente a ordem perturbada; se para garantir o livre exercício dos poderes estaduais ou assegurar a obediência a uma ordem judicial, vai corrigir uma recusa ou remover o fato positivo de uma oposição; se, para reorganizar as finanças do estado, parte do pressuposto de uma desordem financeira traduzida em fatos administrativos, que irá corrigir. O n. VII contém um elenco de princípios, e o que aí se pressupõe é a ordem jurídica comprometida, não por fatos, mas por atos legislativos destoantes daquelas normas fundamentais. Esses princípios são somente os enumerados para o efeito da intervenção, que é a sanção prevista para efetivá-los. Não serão outros, que os há na Constituição, mas cuja observância está posta sob a égide dos tribunais, em sua função normal.⁶⁵

⁶⁵ Trecho do voto condutor proferido pelo eminentíssimo Ministro Castro Nunes, Relator da Rp 94/DF.

Exatamente este o ponto que mais interessa a este capítulo: o reconhecimento da impossibilidade da análise fática em ação de controle concentrado. Segundo o eminentíssimo Ministro Castro Nunes, somente o comprometimento da ordem jurídica por atos legislativos, e não por fatos, seria passível de apreciação no controle abstrato.

2.3 O POSITIVISMO JURÍDICO

Nesse avançar de perspectivas e contextualização, é importante ressaltar que, naquela quadra histórica, na qual o julgamento da Rp 94/DF foi realizado, evidenciava-se, com bastante destaque, o positivismo jurídico, fonte de inspiração dos juízes constitucionais, principalmente o preceituado por Hans Kelsen.

Sua compreensão, portanto, também é requisito necessário ao percurso proposto nesta etapa da pesquisa. E, para entender o contexto de surgimento do positivismo jurídico, é preciso considerar as duas concepções de Estado moderno.

A primeira concepção, vista sob a perspectiva do poder absoluto do soberano, a configurar o Estado de viés absolutista, com poder ilimitado; e a segunda, sob a visão do liberalismo articulado pelo beneficiário de uma sociedade de mercado, o burguês, preceituando o Estado liberal, com poder limitado.

Na configuração absolutista, e essa é a sua principal contribuição, o Estado cria um padrão objetivo para solução dos conflitos. Isso porque, considerados o viés pluralista então emergente, que se apresentava na sociedade pós-feudal, e, ao mesmo tempo, o risco de dissolução do Estado que essa novidade social trazia, impôs-se a lei como um comando soberano.

A lei, naquele período, constitui-se no meio necessário para possibilitar, dentro de uma sociedade burguesa e pluralista, a aceitação ou coexistência pacífica entre indivíduos, que, assim reconhecidos, buscavam tratar dos seus próprios interesses, sem vincular suas escolhas ou modo de agir a uma limitação de caráter moral comum (*ethos*).

A lei é “jurídica pela sua origem, e não pelo conteúdo. Ou seja, ela pode ser ‘justa’ ou ‘injusta’ sem que isso afete a sua qualificação jurídica. O *jus* (direito) deixa de identificar-se com o *justum* (justo) e passa a identificar-se com o *jussum* (ordem ou comando) do soberano”⁶⁶.

⁶⁶ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 14.

Em síntese, o Estado absolutista, “que monopoliza a produção jurídica por meio da legislação, é a resposta institucional às incertezas da sociedade de mercado emergente”⁶⁷.

Ocorre que essa sociedade de mercado emergente, constituída pela classe burguesa, e que foi a principal beneficiária do Estado absolutista, após assegurar a acumulação de suas propriedades, passa a ver no próprio Estado um risco.

Isso porque o Estado absoluto, embora buscassem propiciar a segurança entre os indivíduos, não garantiria o indivíduo contra o poder do próprio Estado, que poderia decidir por limitar o acúmulo de propriedades ou mesmo restringir o comércio burguês.

Era necessário, então, limitar esse poder. Assim, e também por atuação da burguesia, constrói-se a concepção jurídico-política do Estado liberal, implementando-o como superação do Estado absoluto. Nesse novo modelo, mantém-se a perspectiva da segurança proporcionada pelo Estado para dirimir conflitos entre os indivíduos.

Mas, como inovação, no Estado liberal, a ordem jurídica passa a garantir a segurança do indivíduo também contra a ação do próprio Estado. Isso porque, no Estado liberal, “todo poder é competência jurídica. O próprio poder de criar o direito está juridicamente condicionado. Fora dos quadros impostos pela ordem jurídica, não há exercício legítimo de poder”⁶⁸:

Essa “juridificação do poder” tem dois níveis. Nos poderes subordinados, fala-se em “legalização do poder”, isto é, todo poder deve ser exercido em conformidade com a lei. Por sua vez, o poder supremo, identificado pelo liberalismo com o Parlamento, é limitado pela Constituição. Daí falar-se “constitucionalização do poder”. No Estado liberal, o império da lei, que no Estado Absolutista aplicava-se às relações entre particulares, alcança agora o próprio ente estatal. O poder exercido fora da constitucionalidade e da legalidade é visto como um ato de força, desprovido de legitimidade. O cidadão está garantido não só contra o Executivo, que deve pautar sua ação pela lei, mas contra o próprio legislativo, na medida em que a produção normativa deste está limitada pela Constituição.⁶⁹

Nesse contexto, tem-se no positivismo legalista a sua forma mais primitiva. Ele está diretamente associado à Escola da Exegese Francesa, surgida após o Código Napoleônico, de

⁶⁷ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 14.

⁶⁸ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 15.

⁶⁹ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 15.

1804, “editado e promulgado para consolidar um novo regime que ali se iniciava e que enxergava o Direito como a mera reprodução, na prática, do que previam os dispositivos legais. ‘Lei’ e ‘Direito’ foram reduzidos a uma só coisa [...]”⁷⁰

Os códigos jurídicos, para os positivistas legalistas, continham sentido unívoco. A interpretação possível era apenas a literal, feita por um processo meramente declaratório. E a razão para essa restrição interpretativa estava no fato de que, naquela época, os nobres ocupavam os cargos do judiciário, o que não era bem visto pela burguesia.

A “[...] simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a ‘obra sagrada’ (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito”⁷¹. Ao juiz, indicava-se o modelo silogístico-dedutivo para a aplicação do direito. Nele, a lei é a premissa maior; a questão posta, a premissa menor; e a decisão judicial a conclusão.

É também referenciada como aplicação do direito por subsunção, que se estrutura do conceito mais amplo para o mais estrito.

2.3.1 O positivismo jurídico de Hans Kelsen

Ressalve-se, por certo, que outros importantes filósofos do positivismo jurídico serão lembrados ao longo da presente pesquisa, contudo, por manter estrita relação com a jurisdição constitucional e o processo objetivo na forma como foram instituídos e são praticados no Brasil, preferiu-se, como já dito, entender ou rememorar o necessário conceito de positivismo jurídico sob a óptica desse importante jusfilósofo austríaco.

Assim, de início, embora seja necessário ressaltar que o positivismo jurídico deve ser diferenciado do positivismo filosófico, entre eles há uma estreita relação. Isso porque o positivismo filosófico, enquanto filosofia e ciência, também parte “do positivo, do dado, do apreensível”⁷² para iniciar a sua investigação.

⁷⁰ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 54.

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 124.

⁷² EISLER, Rudolf. *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*. 4. ed. 1929. v. 2, p. 474 *apud* KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 1. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

Portanto, será somente a partir de uma “exata descrição”⁷³ que se poderá enxergar o “objeto de pesquisa”⁷⁴. Desse modo, entende-se que o positivismo filosófico, tal qual o positivismo jurídico, afasta “cada tipo de metafísica transcendental e deseja eliminar da ciência todos os conceitos de suprassensível⁷⁵, de forças, causa e até mesmo frequentemente formas de pensamento apriorísticas”⁷⁶.

Visto isso, o positivismo jurídico, então, pode ser conceituado como a teoria do direito que considera somente o direito positivo (ou positivado) como “direito”, não devendo ser reconhecidas como “direito” quaisquer outras “ordens sociais”, entendidas na acepção mandamental, ainda que sejam designadas como “direito”, a exemplo do direito natural.⁷⁷

Mas, como seria possível compreender a “positividade” do direito? Quais condições devem ser consideradas para entender uma ordem social como direito “positivo”? A resposta a essas questões infere a conceituação de direito. Trata-se o direito, então, na perspectiva jusfilosófico-positivista de Kelsen, de uma ordem normativa que prescreve determinada conduta humana.⁷⁸

Insere-se na conceituação do direito também os casos em que essa referida conduta, previamente prescrita, seja inobservada, quer dizer, quando o agir ou o não agir é contrário à determinação preestabelecida, em oposição ao direito. Nesse caso, ocorre o ilícito (*rechtswidrig*)⁷⁹, que deverá redundar, como consequência, em um ato de coação, chamado de sanção. O direito é, então, também “uma ordem de coação normativa”.⁸⁰

⁷³ EISLER, Rudolf. Wörterbuch der philosophischen Begriffe. 4. ed. 1929. v. 2, p. 474 *apud* KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 1. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

⁷⁴ EISLER, Rudolf. Wörterbuch der philosophischen Begriffe. 4. ed. 1929. v. 2, p. 474 *apud* KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 1. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

⁷⁵ Que ultrapassa aquilo que pode ser percebido através dos sentidos.

⁷⁶ EISLER, Rudolf. Wörterbuch der philosophischen Begriffe. 4 ed. 1929. v. 2, p. 474 *apud* KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 1. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

⁷⁷ KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 1. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

⁷⁸ KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 1. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

⁷⁹ Outras acepções de *rechtswidrig*: “ilegal”; “contrário à lei”. Disponível em: <https://www.verbformen.pt/declinacao/substantivos/?w=Rechtswidrig>. Acesso em: 29 jan. 2024.

⁸⁰ KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 1. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

E o que determina a existência do direito é a sua validade. Explica-se. Reconhecido como ordem normativa, de prescrição de determinada conduta ou de coação, o direito se constitui em um sistema de normas. Inseridas nesse conjunto estão as normas gerais e as normas individuais. A validade de uma norma geral está no seu cumprimento. Ela deve ser cumprida (*befolgt*)⁸¹.

Quando isso não acontece, ou seja, quando a norma geral não é cumprida, ela deve ser aplicada. Isso porque “uma norma jurídica geral é ‘cumprida’ com uma conduta contrária à conduta à qual esta norma jurídica liga uma sanção”⁸².

Tenha-se, como exemplo, a norma jurídica geral de uma ordem jurídica nacional criadora de órgãos independentes, cada qual com a sua competência definida. A norma jurídica geral será aplicada quando a sanção antecendentemente determinada pelo órgão legislativo é “prescrita numa norma individual pelo órgão competente, o tribunal, e a sanção prescrita é executada pelo órgão administrativo competente, que assim cumpre a norma individual estabelecida pelo Tribunal”⁸³.

Em síntese, “o reconhecimento do direito é expresso, essencialmente, por ser cumprido ou aplicado”.⁸⁴

Visto o critério de validade do direito, tome-se, agora, o sentido dos fatos no positivismo jurídico. O objeto da ciência para o positivismo filosófico, com visto anteriormente, é o “dado”, entendido, assim, como premissa para o processo cognitivo.

Mas, “dados” são fatos. Assim, esse postulado do positivismo filosófico não pode ser aplicado, pelo menos em um primeiro momento, às normas jurídicas, pois elas não são fatos.

As normas jurídicas constituem o sentido dos fatos. Constituem-se, melhor dizendo, no “sentido de atos de vontade direcionados à conduta humana”.⁸⁵ Mas, observa Kelsen:

⁸¹ Outras acepções de *befolgt*: “seguir”, “obedecer”, “observar”. Disponível em: <https://www.verbformen.pt/declinacao/substantivos/?w=befolg>. Acesso em: 29 jan. 2024.

⁸² KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 1. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

⁸³ KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 1. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

⁸⁴ KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 4. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

⁸⁵ KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 1-2. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

Entretanto, a validade de uma ordem jurídica em geral e de uma norma jurídica individual em particular é condicionada por fatos. Com isso, tem-se de atentar que esses fatos, como fatos do ser, são só a condição da validade, não a validade, que é um dever-ser. Nisso, que a validade do direito é condicionada por esses fatos, consiste a positividade do direito.⁸⁶

Mas, quais seriam os fatos condicionantes da validade do direito (dever-ser)? São dois. O primeiro é que o direito seja posto (*ius positivum*) mediante atos qualificados e resultantes de determinado formalismo. E o segundo, que o direito posto deve ser eficaz num certo grau. Inclusive “esse último é o único sentido em que se pode falar de uma ‘força normativa do fático’”.⁸⁷

Sob o enfoque do positivismo jurídico, todo ato pelo qual o direito é posto tem de ser ato humano, pois somente assim “o direito posto é direito positivo”⁸⁸. Uma ciência do direito deve levar em consideração exclusivamente a origem real das normas jurídicas. Não há que se considerar perspectivas religiosas quanto a uma possível origem transcendente do direito.⁸⁹

E, naquilo que diz respeito, especificamente, às normas jurídicas gerais, elas se diferenciam sob a perspectiva do direito estatuído e do direito costumeiro. Bastará, contudo, para alcançar o objetivo deste capítulo, saber, apenas, sobre o direito estatuído.

O direito estatuído se constitui de normas elaboradas por atos humanos de vontade conscientemente “direcionados ao estabelecimento de direito, ou seja, as normas são o sentido de tais atos”.⁹⁰ Assim, o ato humano constituiria o ser, e a norma jurídica corresponderia ao dever-ser.

Considerem-se, agora, as anteriormente referidas normas jurídicas individuais. O estabelecimento dessas normas é a função precípua dos tribunais. Explica Kelsen que:

⁸⁶ KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 2. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

⁸⁷ KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 2. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

⁸⁸ KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 2. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

⁸⁹ KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 2. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

⁹⁰ KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 2. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

O estabelecimento de normas jurídicas individuais é a função específica dos tribunais. Ao decidirem um caso concreto aplicando uma norma jurídica geral, esta decisão é uma norma jurídica individual: a individualização ou concretização da norma jurídica geral aplicada. Mas também quando eles – para tanto competentes – decidem com plena discricionariedade, sua decisão tem o caráter de uma norma jurídica individual, seja decidindo que – em ultima instância – um ato de coação deva ser estabelecido ou – quando o réu é absolvido ou quando a acusação é rejeitada – nenhum ato de coação deva suceder. Também a assim chamada sentença declarativa é de natureza normativa quando prescreve que um fato controverso deva ser visto como existente ou como não existente.⁹¹

Dessa constatação, de que as normas jurídicas individuais, na concepção de Kelsen, são criadas pelos tribunais, as anteriores atestações de Oliver Wendell Holmes⁹² e John Chipman Gray⁹³.

Quanto à eficácia do direito, trata-se de uma condição da sua validade, mas não é o fundamento de sua validade. Isso porque a eficácia é um fato do “ser”, e não um fato do “dever-ser”, na concepção vista anteriormente. Do “ser” não há como seguir nenhum “dever-ser”, assim como do “dever-ser” não se seguirá um “ser”. Para o direito “valer”, portanto, ele deve ser “cumprido ou aplicado; que ele é eficaz significa que ele foi cumprido ou aplicado”⁹⁴.

Destaque-se, por fim, que Kelsen considera a principal consequência do positivismo jurídico a separação entre direito e moral. Explica, então, o jusfilósofo que:

Separar o direito da moral não significa naturalmente – como frequentemente é entendido erroneamente – a recusa da exigência de que o direito

⁹¹ KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 2. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

⁹² Em tradução livre: “A confusão com que estou lidando acomete concepções confessadamente jurídicas. Tomemos a questão fundamental: O que constitui o direito? Você encontrará alguns escritores de texto dizendo que é algo diferente do que é decidido pelos tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra, que é um sistema de razão, que é uma dedução de princípios de ética ou axiomas admitidos ou que não, que podem ou não coincidir com as decisões. Mas se tomarmos a opinião de nosso amigo o mau cidadão, descobriremos que ele não se importa com os axiomas ou deduções, mas que ele quer saber o que os tribunais de Massachusetts ou ingleses provavelmente farão de fato. Eu sou muito dessa mente. As profecias do que os tribunais farão de fato, e nada mais pretensioso, são o que quero dizer com o direito”. (HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of the law*. 10 *Harvard Law Review* 457 (1897). Disponível em: <https://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2024. p. 4.)

⁹³ Em tradução livre: “Que os juízes fazem a lei é um fato, e é verdade que esse fato não pode ser deduzido logicamente da doutrina de Blackstone”. (GRAY, John Chipman. *The nature and sources of the law*. Nova Iorque: Macmillan, 1921. p. 224. Disponível em: <https://archive.org/details/natureandsource02graygoog/page/n208/mode/2up?q=224>. Acesso em: 29 jan. 2024.

⁹⁴ KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 4. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

corresponda à moral e especialmente à norma moral da justiça, de que o direito deva ser justo. Mas quando essa exigência é posta, é preciso estar consciente de que existem vários diferentes sistemas morais que estão em conflito entre si e que, por isso, existem vários diferentes ideais de justiça que estão em conflito entre si – por exemplo, o do liberalismo capitalista e o do socialismo –; que uma ordem jurídica positiva corresponda a um ideal de justiça pode, todavia, ao mesmo tempo, contrariar um outro ideal de justiça; e que a validade do direito positivo é independente, em geral, da sua relação com a moral e, em especial, do ideal de justiça. Por isso, a heterogênea visão segundo a qual a essência do direito seria realizar a ideia de justiça é incompatível com o positivismo jurídico; mesmo quando essa exigência é reduzida, no sentido de que seria só um mínimo da moral ou da justiça que a autoridade que estabelece o direito teria de respeitar.⁹⁵

A partir dessa explicação, relativa à separação entre o direito e a moral, e vistos os conceitos de direito, de norma jurídica geral e individual, de validade e eficácia do direito e de fatos, sob a óptica do positivismo jurídico, Hans Kelsen traz a lume a construção escalonada do ordenamento jurídico⁹⁶.

Nela, uma norma seria o fundamento de validade de outra norma. E, “porque regula sua produção ou predetermina seu conteúdo ao proibir ou prescrever o estabelecimento de normas com certo conteúdo, é a mais superior em relação a uma norma inferior”⁹⁷.

Da leitura acima, a indicação da norma fundamental. E, nesse contexto:

[...] considera-se norma fundamental aquela que constitui a unidade de uma pluralidade de normas, enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa; aquela norma que, pelo fato mesmo de situar-se na base do ordenamento jurídico, há de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por nenhuma autoridade, a qual, se existisse e tivesse competência para editá-la, só disporia dessa prerrogativa em razão de uma norma de hierarquia ainda

⁹⁵ KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 4. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

⁹⁶ A Teoria da Estrutura Escalonada do Direito (*Stufenbaulehre*) foi elaborada por Adolf Julius Merkl. Numa abordagem completa sobre a utilização dessa teoria por Hans Kelsen, ver: BOROWSKI, Martin. A doutrina da estrutura escalonada do direito de Adolf Julius Merkl e a sua recepção em Kelsen. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Org.). *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. São Paulo: GEN/Forense Universitária, 2013. p. 129 a 183.

⁹⁷ KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 4. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

mais elevada, e assim sucessivamente; aquela norma, enfim, cuja validade não pode ser derivada de outra e cujo fundamento não pode ser posto em questão.⁹⁸

O conceito acima colacionado seria apenas uma ficção, de repetição infinita, se não constituísse, antes, uma “hipótese instrumental, de natureza lógico-transcendental, para fundamentar não apenas a validade da primeira Constituição”⁹⁹, como também, a partir dela, “a validade de todas as normas que integram o ordenamento jurídico, normas que, de resto, entrelaçam-se precisamente pelo conceito de validade, formal e derivativa, que cada uma recebe da que lhe é superior”¹⁰⁰.

2.4 CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO OBJETIVO NO BRASIL

Dentro dessa perspectiva juspositivista, analisaram-se, de modo minudente, os fundamentos da Rp 94/DF, referência para o regramento do processamento das ações de controle concentrado no Brasil. Viu-se também a explicação do próprio Hans Kelsen sobre como ele entendia o positivismo jurídico. E, agora, serão expostas as ideias precursoras do processo objetivo, inserido que está na jurisdição constitucional, também idealizada por Kelsen.

Nessa perspectiva, diversas¹⁰¹ foram as compreensões válidas¹⁰² sobre a Constituição. Mas, para os objetivos aqui almejados¹⁰³, elegeu-se aquela propiciada pela teoria da estrutura

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mârtires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1-2.

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mârtires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mârtires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2.

¹⁰¹ Para Konrad Hesse, ainda inexiste uma “opinião dominante” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 26)

¹⁰² Em complementação, o magistério de Inocêncio Mârtires Coelho: “Além das doutrinas aqui apresentadas, muitas outras também poderiam ser expostas, como a de Luhmann, para quem a Constituição é o elemento regulativo do sistema político; a de Modugno, que encara a Constituição como norma fundamental, forma de governo e princípio de normação jurídica; a de Carl Schmitt, que dissolve em quatro – absoluto, relativo, positivo e ideal – um conceito integral de Constituição, porque entende não ser possível visualizar a Lei Fundamental apenas de determinado ponto de vista; a de Fernando Lassalle, para quem a verdadeira Constituição de um país é a soma dos fatores reais de poder que regem a vida dessa comunidade política; ou finalmente, a teoria constitucional marxista-leninista, que encara a Constituição como a Lei Fundamental do Estado socialista, que organiza a vida social e estatal segundo os princípios do chamado socialismo real (Denisov e Kririchenko)” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mârtires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11-12).

¹⁰³ No sentido de que a “teoria da Constituição, para ser útil à metodologia geral do direito constitucional, deve revelar-se como uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada, o que só se conseguirá explorando, corretamente, um novo círculo hermenêutico, consistente na interação e na interdependência entre a teoria da Constituição e a experiência constitucional. A primeira, favorecendo a descoberta ou investigação das concretas soluções jurídico-constitucionais; a segunda, fornecendo o material empírico indispensável para dar consistência à teoria constitucional”. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mârtires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 12.)

hierárquica da ordem jurídica¹⁰⁴, pois, além de sua completude conceitual, se insere no contexto primordial de entendimento do controle abstrato de normas. Seus termos são os seguintes:

Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender. O que se entende antes de mais nada e desde sempre por Constituição – e, sob esse aspecto, tal noção coincide com a de forma do Estado – é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas. Essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra. Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal. Donde a ideia de lhe proporcionar a maior estabilidade possível, de diferenciar as normas constitucionais das normas legais, submetendo-se sua reforma a um procedimento especial que comporta condições difíceis de serem reunidas. Surge assim a distinção entre a forma constitucional e a forma legal ordinária. No limite, somente a Constituição, no sentido estrito e próprio da palavra, está revestida dessa forma especial; ou – como se tem o costume, se não a felicidade, de dizer – a Constituição no sentido material coincide com a Constituição no sentido formal.¹⁰⁵

Vê-se, pois, que essa definição exaure as características necessárias à contemporânea concepção de Constituição escrita, sobrelevando, em linhas gerais, ser ela: (i) suprema; (ii) elemento fundante tanto da ordem estatal como da ordem jurídica; (iii) parâmetro de essencialidade à comunidade na qual se insere; e (iv) rígida.

¹⁰⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2013. p. 130.

¹⁰⁵ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2013. p. 130-131.

A supremacia constitucional, constitutiva do referido núcleo permanente¹⁰⁶ e presente na base da fundamentação teórica do controle de constitucionalidade¹⁰⁷, se subdivide em duas vertentes: a supremacia material e a supremacia formal.

A supremacia material é comum a todas as Constituições, sejam elas escritas ou não, pois se relaciona somente com o seu conteúdo, que, em geral, se presta “à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais”¹⁰⁸. Por esse motivo, presume-se absoluta.

Já a supremacia formal é relativa, pois sua efetividade dependerá da configuração que será dada ao ordenamento escrito¹⁰⁹. A ideia de formalidade, repise-se, é proporcionar à Constituição “a maior estabilidade possível, de diferenciar as normas constitucionais das normas legais, submetendo-se sua reforma a um procedimento especial que comporta condições difíceis de serem reunidas¹¹⁰”.

Também dois são os efeitos dessa supremacia constitucional. A rigidez das normas constitucionais é o primeiro deles. Para eventual reforma, e isso foi visto logo acima, a Constituição necessitará ser submetida a procedimento especial e complexo pelo legislador derivado¹¹¹, pois a lei ordinária não tem capacidade de alterar norma constitucional¹¹².

O controle de constitucionalidade das leis é a segunda consequência. Enfim, a superioridade hierárquica das normas constitucionais constitui o critério básico para a solução de “conflitos normativos intrassistêmicos”¹¹³.

A jurisdição constitucional, então, é concebida com o fim de solucionar os conflitos normativos. Constitui-se na garantia jurisdicional da Constituição.¹¹⁴ A expressão jurisdição constitucional também serve para “designar a forma de controle concentrado de constitucionalidade”¹¹⁵ formulada por Kelsen.

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 4.

¹⁰⁷ RAMOS, Elival. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19.

¹⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 80.

¹⁰⁹ RAMOS, Elival. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19.

¹¹⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2013. p. 131.

¹¹¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2013. p. 130-131.

¹¹² Para José Joaquim Gomes Canotilho, uma “autoprivatização normativa”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1147)

¹¹³ RAMOS, Elival. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42.

¹¹⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2013. p. 123.

¹¹⁵ DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Controle abstrato de constitucionalidade: análise dos princípios processuais aplicáveis*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 29.

Trata-se do controle abstrato de constitucionalidade de normas. Esse sistema “idealiza um controle ‘concentrado de constitucionalidade, cuja jurisdição constitucional está confiada a um só órgão, o Tribunal Constitucional, único habilitado para declarar a inconstitucionalidade de uma lei’”¹¹⁶.

Tem no processo objetivo o seu instrumento de ação, com características que assim podem ser definidas:

Já no primeiro quartel do século passado, afirmava Triepel que os processos de controle de normas deveriam ser concebidos como processos objetivos. Assim, sustentava ele, no conhecido Referat sobre “a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional”, que, quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional, tanto mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários. “Quanto menos se cogitar, nesse processo, de ação [...], de condenação, de cassação de atos estatais – dizia Triepel – mais facilmente poderão ser resolvidas, sob a forma judicial, as questões políticas, que são, igualmente, questões jurídicas”. (Triepel, Heinrich, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL, Vol. 5 (1929), p. 26).¹¹⁷

Assim, em conclusão a este capítulo, é possível constatar que, no auge do positivismo jurídico, a Constituição constituiu-se em um “conceito formal, norma que se explica pelo seu conteúdo nominal, por sua rigidez, vazada por escrito, mais hermética que aberta em presença da realidade circunjante, exterior, em si mesma à própria realidade, que ela organiza e regula juridicamente”¹¹⁸.

A ideia, enfim, seria a de que a abstração do controle de constitucionalidade estaria relacionada à pureza metodológica do construtivismo crítico de Kelsen.¹¹⁹ Era necessário, como visto, “eliminar da teoria do direito e do Estado toda classe de ‘impureza’ política, ideológica,

¹¹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2012. p. 288.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 556.664/RS. Questão de Ordem. 2. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, e do art. 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.569/77 declarada pelo Plenário do TRF 4ª Região. 3. Determinação de suspensão do envio ao STF dos REs e AIs que versem sobre a constitucionalidade dos referidos dispositivos. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 12 de setembro de 2007.* Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=526129>. Acesso em: 29 set. 2023.

¹¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 172.

¹¹⁹ HERANI, Renato Guglano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prisma, 2016. p. 129.

social e, em definitivo, metajurídica”¹²⁰, pois seria “o direito, enquanto norma positiva, a única referência válida para o jurista”¹²¹.

Desse modo, nos moldes fixados pelo STF, no julgamento da Rp 94/DF, fundado no positivismo jurídico de Hans Kelsen, o controle abstrato no Brasil desenvolveu-se, desde então, sedimentado na proteção formal da Constituição, consolidando, assim:

[...] o paradigma do processo objetivo de lidar com a normatividade à margem da realidade político-social, a ponto de sintetizar o dogma da não remissão fática. É uma diretriz de percepção objetiva do conflito constitucional sem o regresso à realidade normada e acrítico de valores. As regras procedimentais para lidar com um conflito assim percebido distanciam-se daquelas próprias para a solução de conflitos intersubjetivos.¹²²

O eminentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento, pelo Plenário do STF, da ADI 794/GO, reafirmou esse entendimento, assentando que o controle direto de constitucionalidade das leis pressupõe a exata compreensão do sentido e do alcance das normas questionadas, a qual há de ser possível de obter-se no procedimento sumário e documentação da ação direta.

Mas, se, “ao contrário, a pré-compreensão do significado da lei impugnada pende da solução de intrincada controvérsia acerca da antecedente situação de fato e de direito sobre a qual pretende incidir, não é a ação direta de inconstitucionalidade a via adequada ao deslinde da quizília”¹²³

Em conclusão ao presente capítulo, consideradas as perspectivas e a parametrização acima expostas, conclui-se que se tratou de uma opção político-jurídico-processual não analisar fatos em sede de processo objetivo. Como visto, permeava à época a noção de que as normas jurídicas não seriam fatos, mas, sim, o sentido dos fatos.

No modelo de controle abstrato, em última análise, averigua-se o sentido da norma. E isso implica dizer que o:

Supremo pratica a auto contenção na intervenção da atividade legislativa,
pois não transcende à estrita verificação da compatibilidade normativa lógico-formal,

¹²⁰ VEGA GARCÍA, Pedro de. *Giuspositivismo e positivismo giurisprudenziale*. Tradução de Milena d’Onghia. Lecce: Pensa Editore, 1988. p. 37.

¹²¹ VEGA GARCÍA, Pedro de. *Giuspositivismo e positivismo giurisprudenziale*. Tradução de Milena d’Onghia. Lecce: Pensa Editore, 1988. p. 37.

¹²² HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prisma, 2016. p. 131

¹²³ Trecho do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento, pelo Plenário, da ADI 794/GO. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266539>. Acesso em: 29 set. 2023.

logo “controle abstrato do direito constitucional objetivo”, para o qual se limita à “exclusão, do ordenamento estatal, dos atos incompatíveis com o texto da Constituição”; tudo isso distante da valoração de fatos que conjugam o suposto normativo e que influíram na produção da lei. Com o culto à compreensão formal/abstrata da Constituição, o Supremo poupou-se de ingressar no espaço político-legislativo e colocou-se em zona segura nos moldes preconizados por Hans Kelsen.¹²⁴

¹²⁴ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prisma, 2016. p. 139.

3. A EVOLUÇÃO DO PROCESSO OBJETIVO NO BRASIL, CARACTERIZADA PELA CONTEMPORÂNEA NECESSIDADE DA ANÁLISE DOS FATOS NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, PROPORCIONADA PELO DESENVOLVIMENTO DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO

Na primeira etapa da presente pesquisa, foi possível rememorar e verificar as características do processo objetivo impeditivas do exame dos fatos no seu curso e, nessa perspectiva, indicou-se que o PL 3.640/2023 não trouxe significativas mudanças quanto ao processamento desse instrumento de acesso à jurisdição constitucional.

O que houve, na verdade, foi a reafirmação da sua natureza objetiva.¹²⁵ Por isso, ao que tudo indica, o interesse legislativo está, principalmente, na necessidade de sistematização de um procedimento comum para todas as ações de controle abstrato ou concentrado em um único diploma,¹²⁶ o que, diga-se, é de extrema utilidade.

É importante frisar, também, que o intuito deste trabalho é mostrar, ou reafirmar, por meio da análise dos fundamentos constantes do voto condutor proferido pelo eminente Ministro Dias Toffoli, Relator, no julgamento da ADI 5.529/DF, que o STF analisa fatos em controle abstrato e concentrado para a declaração da inconstitucionalidade material.

Não haveria de ser novidade essa constatação, mas, para muitos juristas, tal percepção ainda é desconhecida, mesmo constando em lei vigente, como já visto, a possibilidade de esclarecimento de situação fática.¹²⁷ Despercebe-se essa situação, principalmente porque se sedimentou, de modo bastante arraigado, o dogma da não remissão fática em controle abstrato de normas.

Nesse sentido, é “possível dizer que o primeiro e mais claro obstáculo à discussão de fatos no Supremo Tribunal Federal está na suposição de que o controle de constitucionalidade não se importa com os fatos”¹²⁸. Isso porque se partia do pressuposto de que o julgamento da “constitucionalidade deveria se restringir à análise da compatibilidade da lei com a

¹²⁵ Art. 7º do PL 3.640/2023: “As ações de controle concentrado de constitucionalidade são de natureza objetiva, sem partes e veiculam pretensão genérica de defesa da ordem jurídica.”.

¹²⁶ “A proposta ora apresentada buscou reunir todos os procedimentos do controle abstrato e concentrado, que passaram a se diferenciar por seu objeto (art. 1º)”. Trecho da justificação da Comissão de Juristas constante do anteprojeto de lei referente ao PL 3.640/2023.

¹²⁷ Art. 9º, § 1º, da Lei 9.868/1999: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emitam parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”.

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 636.

Constituição, sem que para tanto fosse possível a verificação dos fatos supostos pela lei ou a compreensão da norma constitucional em face da realidade fática sobre a qual incide”¹²⁹.

Neste estudo de caso, haverá de se demonstrar que o STF analisa, sim, fatos em ação direta de constitucionalidade. Nisso, a originalidade desta pesquisa.

Essa breve rememoração de parte do que já foi visto faz-se necessária, pois este capítulo tem por objetivo demonstrar que, uma vez inaugurada a jurisdição constitucional no Brasil, o seu desenvolvimento se deveu à evolução dos métodos de hermenêutica constitucional, principalmente e fundamentalmente, naqueles em que as correntes de pensamento jusfilosóficos propuseram uma interpretação material da Constituição, fundados:

No positivismo sociológico em Duguit; na teoria da integração de Rudolf Smend; ou na normatividade de Herman Heller; até culminar, já nas últimas décadas, no método tópico orientado ao problema da concretização do direito constitucional, tal como a proposta de Peter Häberle [...], nessa linha Konrad Hesse [...] com a teoria constitucional concretista e, não com menos vigor, Friedrich Müller [...] com a teoria estruturante do direito, entre outros métodos do constitucionalismo contemporâneo para os quais a Constituição é “concebida como uma unidade material”.¹³⁰

Portanto, à medida que novos métodos de interpretação constitucional passaram a ser adotados pelo STF, considerada, principalmente, a necessidade, em decorrência do dinâmico desenvolvimento social e político do país, alcançado, necessariamente, após a vigência da Constituição Federal de 1988, a jurisdição constitucional pátria desenvolveu-se sobremaneira e atualizou-se, ininterruptamente, de modo a indicar, hoje, a necessidade, externada pela Comissão de Juristas, de adequação da legislação à jurisprudência do STF.¹³¹

Não por outro motivo, haja vista a perspectiva realçada acima, Paulo Bonavides acentua que:

[...] o bom êxito da moderna metodologia ficará, porém, a depender de um não afrouxamento da normatividade pelos órgãos constitucionais judicantes na

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 636.

¹³⁰ HERANI, Renato Guglano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prisma, 2016. p. 141.

¹³¹ “Passados mais de vinte anos desde a edição das legislações referidas, o avanço da jurisprudência do STF passou a exigir o aperfeiçoamento do regime jurídico das ações de controle concentrado. Desse modo, o presente anteprojeto busca atualizar a legislação à prática decisória do STF, além de apresentar inovações que conferem maior estabilidade, sofisticação e efetividade ao controle concentrado de constitucionalidade”. Trecho da justificação da Comissão de Juristas constante do anteprojeto de lei referente ao PL 3.640/2023.

medida em que estes fizerem uso de novos instrumentos hermenêuticos, nascidos da necessidade de maior adequação da Constituição com a realidade, bem como do dinamismo normativo do Estado social, o Estado que constrói o futuro da sociedade democrática.¹³²

É inegável, por conseguinte, que a interpretação da Constituição “permite que se promova sua ‘evolução material’”¹³³. E essa “orientação é inafastável”¹³⁴. Poder-se-ia dizer, inclusive, que se insere na chamada interpretação evolutiva, que se assenta na “operação destinada a reconstruir o direito dinamicamente na medida das exigências cambiantes que a realidade social manifesta”¹³⁵.

E esse é o motivo pelo qual este trabalho não conterá crítica a qualquer corrente jusfilosófica, embora haja algumas, inclusive, em voga, atualmente, nos meios acadêmicos e doutrinários, como o consequencialíssimo ou o pragmatismo jurídico.

Não desconsiderando a importância de cada uma delas, por certo, o foco da pesquisa dispensará a dispersão para análise dessas vertentes conceituais. O enfoque será na evolução dos métodos e princípios específicos da hermenêutica constitucional, restringindo-se, contudo, às referidas correntes de pensamento jusfilosóficos que propuseram uma interpretação material da Constituição.

Crê-se que, dessa maneira, a rememoração ou investigação, numa perspectiva evolutiva, desses parâmetros seja suficiente para demonstrar o porquê de o STF passar a analisar fatos no processo objetivo.

Cada método, inclusive, marca um período da história, pois, uma vez utilizado, com ela fica intimamente relacionado. Contudo, ao mesmo tempo em que se fixam as bases do entendimento interpretativo, caminha-se adiante justamente com apoio nesse alicerce de entendimento. Partindo-se dessa consideração, torna-se viável vislumbrar a referida evolução da hermenêutica constitucional no Brasil.

Em síntese, pretende-se que seja possível esclarecer, nesta etapa, a necessidade da abertura aos fatos no controle abstrato e concreto, sob a perspectiva da análise da evolução das técnicas concretistas de interpretação constitucional aplicadas pelo STF ao longo do tempo,

¹³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 517.

¹³³ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. p. 173.

¹³⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Diritto costituzionale: il sistema delle fonti del diritto*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1998. v. 1, p. 83.

¹³⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Diritto costituzionale: il Sistema delle fonti del diritto*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1998. v. 1, p. 83.

claro, considerada a inauguração desse referido método de controle de constitucionalidade no país, especificamente.

3.1 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Consideradas as diretrizes para uma hermenêutica jurídica estrutural, enfatiza-se, de início, que as chamadas “coisas do espírito”, nas quais o direito se insere, englobam “fenômenos culturais” ou “realidades significativas”. Uma vez objeto de conhecimento, as “coisas do espírito” se diferenciam substancialmente dos fenômenos físicos.¹³⁶

Isso porque a verdade dos fenômenos físicos é obtida pelo estudo da realidade, em um método chamado empírico-indutivo. E a explicação¹³⁷ desse fenômeno é um ato gnosiológico. Os fenômenos físicos constituem realidades puramente naturais.

Por esse motivo, esses fenômenos físicos são “neutros ao valor”, e o seu “conhecimento se ‘constitui’ e se ‘conclui’ quando, operando-se um corte a qualquer altura do processo explicativo, são eles referidos a algo que lhes é externo, à sua causa, próxima ou remota”¹³⁸.

Uma vez observado um determinado fenômeno físico, formula-se uma hipótese, de modo a explicar antecipado e racionalmente a sua ocorrência. Mas, trata-se apenas de uma hipótese e, por isso, então, ela deverá ser submetida à experimentação. Se, após o experimento, vier a se confirmar a hipótese previamente formulada, significará que o “cientista da natureza vitoriosamente dará por concluído o seu trabalho”¹³⁹.

Desse modo, estará apto a formular uma “lei”, que traduza em linguagem “sintética e generalizadora as relações constantes e necessárias que existem entre os fenômenos observados”¹⁴⁰. E, uma vez formulada pelo “cientista natural” essa “lei”, deverá ela conter a explicação do fenômeno físico experimentado de “uma forma que permanecerá válida e definitiva, se e enquanto fatos novos não ‘dispuserem’ em contrário”¹⁴¹. Do ponto de vista da ética, o descumprimento dessa “lei” não acarretará nenhuma consequência, pois, como visto, os fenômenos físicos são neutros à valoração moral.

¹³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mârtires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 46.

¹³⁷ Sobre o significado de “explicação” para a filosofia: BAKKER, Gerald; CLARK, Len. *La explicación: una introducción a la filosofía de la ciencia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mârtires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 46.

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mârtires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 46.

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mârtires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 46.

¹⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mârtires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 46.

As chamadas “leis físicas”, como síntese de uma determinada experiência, “exprimem só o que é, aquilo que efetivamente acontece, as leis morais não recebem suas verdades das condutas que intentam regular, porque não expressam o que é, mas, apenas, o que deve ser”¹⁴². Desse modo, a ética ou o direito, ao menos num primeiro momento, não teriam a eficácia como condição de validade.¹⁴³

Essa perspectiva, entretanto, diga-se, é refutada por Hans Kelsen, pois “uma ordem jurídica como um todo, tal como uma norma jurídica singular, perde a sua validade quando deixa de ser eficaz”¹⁴⁴. Mas, não obstante essa importante divergência, considerada a jurisdição constitucional, o que interessa, no momento, é considerar que os “objetos culturais”¹⁴⁵ são ontologicamente valiosos.

Significa que, para serem conhecidos, demandam a utilização de um método empírico-dialético, próprio das ciências humanas,¹⁴⁶ que se constitui pelo “ato gnosiológico da compreensão”¹⁴⁷, ante o qual, “no ir e vir ininterrupto da materialidade do substrato à vivência do seu sentido espiritual, procuramos descobrir o significado das ações ou das criações humanas”¹⁴⁸.

Veja-se que não se falou em explicação, mas, sim, em compreensão.

Isso porque, para explicar determinado fenômeno cultural ou realidade significativa, prossegue-se na explicação sem a necessidade de interrupção, “na mesma direção assinalada pelo seu convencimento de partida (por exemplo: dos efeitos às suas causas e destas às respectivas causas, e assim cada vez mais longe; ou do todo às suas partes e assim cada vez a algo mais simples)”¹⁴⁹.

Já a compreensão, “ao avançar depois da primeira referência, retorna ao ponto de partida e daqui, outra vez, ao antes referido, num círculo infinito que vai do substrato ao seu sentido e vice-versa”¹⁵⁰.

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártyres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 46.

¹⁴³ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959. v. 2, p. 72.

¹⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1962. v. 2, p. 40-42.

¹⁴⁵ REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 72.

¹⁴⁶ Sobre o método próprio para as ciências humanas: DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias del espíritu*. Madrid: Revista Occidente, 1956.

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártyres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 47.

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártyres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 47.

¹⁴⁹ COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrón, 1964. p. 78.

¹⁵⁰ COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrón, 1964. p. 78.

No conhecimento obtido através de uma “explicação”, qualquer “retrocesso na direção seguida pelo espírito cognoscente é um recomeço e não aumenta o conhecimento, pois o que já foi explicado ficou totalmente conhecido”¹⁵¹.

Num sentido bastante diverso é o conhecimento logrado pela compreensão. Tal como ao “se avançar numa circunferência volta-se, sem parar, de uma antípoda a outra – verificamos que todo retorno em direção à etapa precedente aumenta o conhecimento por compreensão, levando-se mais adiante”¹⁵². Seria o “movimento circular da compreensão”¹⁵³.

Utilizando-se de analogia, Inocêncio Mártyres Coelho explica, de modo derradeiro, a questão relacionada à compreensão:

Diante de obras de arte – do *Quijote* de Cervantes ou da *Pietá* de Miguel Angelo, das Meninas de Velázquez ou da *Nona Sinfonia* de Beethoven –, esse ir e vir compreensivo, que atravessa séculos e gerações, vai progressivamente enriquecendo e ampliando os objetos com novas interpretações, abordagens que nem pelo fato de serem diferentes invalidam as interpretações anteriores, num processo de superação e, ao mesmo tempo, de conservação e de absorção de significados (*Aufgehoben*). No campo do direito, onde também encontramos *obras de arte*, representadas, entre outras, pelos chamados *monumentos legislativos* – a *Lei das XII Tábuas*; o *Corpus Juris Civilis*; a *Magna Charta*; a *Constituição dos Estados Unidos* ou o Código Napoleão, por exemplo –, gerações e gerações de juristas e de filósofos do direito, ao longo dos séculos, vêm se debruçando e produzindo interpretações sempre renovadas, mas tão impregnadas nas anteriores que muitos a consideram elementos *originariamente integrantes* da normatividade daqueles textos.¹⁵⁴

A interpretação jurídica, enfim, “não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro”¹⁵⁵. Noutros termos, ao interpretar “o sentido supra-histórico de uma obra do espírito é recriado a cada geração”¹⁵⁶.

¹⁵¹ COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrón, 1964. p. 79.

¹⁵² COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrón, 1964. p. 79.

¹⁵³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 437.

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártyres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 48.

¹⁵⁵ RADBRUCH, Gustavo. *Filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961. v. 1, p. 274.

¹⁵⁶ ESSER, Joseph. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961. p. 329.

No mesmo sentido, a conclusão de que “a história de uma ideia jurídica não chega ao seu fim [...] pelo fato de ter sido concretizada em uma lei, a história ulterior de suas diversas interpretações [...] não é somente a história das errôneas maneiras de entendê-la”¹⁵⁷.

Não se trata, portanto, de uma inútil e circular repetição daquilo que já foi interpretado, “mas um dialético levar adiante – preservado, transformado e, por essa forma, enriquecido –, um pensamento que apenas se iniciou e que, por sua natureza, não impõe limites para novas leituras, como é próprio das coisas do espírito”¹⁵⁸.

O ato de interpretar o direito, conclusivamente, é uma forma de fazê-lo evoluir.

E, em quase uníssono para a doutrina, a interpretação de uma norma jurídica constituiu-se em um exercício essencialmente intelectual, pois “interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando, é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão reta”¹⁵⁹.

O motivo para essa perspectiva pode ser verificado na constatação de que o problema para o “intérprete-aplicador” não estaria necessariamente no espaço de tempo verificado entre o contexto vivenciado no momento da elaboração da norma e a época da sua aplicação.

A dificuldade está, principalmente, na “distância material”¹⁶⁰ ocorrente entre o enunciado normativo, propositadamente elaborado de modo genérico, e a particularidade de cada caso a ser solucionado, julgado.

Assim, o trabalho do “intérprete-aplicador” abarcaria não só o de “desvendar” o sentido da norma, mas também incluiria a tarefa de mediar ou mesmo superar o “abismo entre a generalidade da lei e a situação jurídica emergente dos casos particulares”¹⁶¹ para compreender a norma, considerando a antinomia entre o abstrato e o concreto.

Nessa concepção, a inevitabilidade de se interpretar relacionando a norma jurídica “com problemas jurídicos concretos (reais ou imaginários), com soluções que se procuram para os casos ocorrentes”¹⁶², pois “somente na sua aplicação aos fatos da vida e na concretização, que

¹⁵⁷ ESSER, Joseph. *Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961. p. 329.

¹⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártilres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 48.

¹⁵⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 16.

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártilres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 48.

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártilres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 48.

¹⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártilres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49.

assim necessariamente se processa, que se revela completamente o conteúdo significativo de uma norma e ela cumpre a sua função de regular situações concretas”¹⁶³.

Em resumo, há que se transformar o abstrato em concreto ou, em outras palavras, o geral em particular, pois, do contrário, “o texto nada dirá àquele que pretende compreendê-lo”¹⁶⁴.

Mas, frise-se, a cada concretização, ocorrerá uma ampliação dos modelos normativos, um engrandecimento enriquecedor, em verdade, de modo a possibilitar sua utilização até em casos nem sequer imaginados pelo legislador quando da feitura de uma determinada lei. Assim, a partir de uma interpretação precedente, tornar-se-á esta o ponto de partida para as demais aplicações futuras da norma, num movimento interpretativo ininterrupto.¹⁶⁵

É dessa forma que se processa, nas “ciências do espírito”, em geral, e, desse modo, também na “experiência jurídica”, o processo dialético da compreensão, como “atividade infinita”. O intérprete, de acordo com a sua época, municiado do seu conhecimento atual, para o período em questão, poderá optar em utilizar-se de interpretação anterior de um caso análogo ou realizará novas interpretações possíveis para casos que se assemelham, se não idênticos, solucionando-os, contudo, em momento de conjuntura histórica posterior.¹⁶⁶

Sobreleve-se, todavia, que o fato de uma interpretação anterior não ser útil a determinado caso análogo não significará rigorosamente que ela estaria errada, em princípio, ao tempo de sua realização.¹⁶⁷

A situação descrita acima descredencia qualquer possível afirmação de erro teórico na realização da interpretação ao tempo de sua ocorrência. Há que se considerar, fundamentalmente, que viragens de jurisprudência (*los cambios de jurisprudência*) não são correção de equívocos.¹⁶⁸

¹⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártilres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49.

¹⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártilres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 50.

¹⁶⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 251.

¹⁶⁶ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Edições Paulinas, 1991. p. 630.

¹⁶⁷ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Edições Paulinas, 1991. p. 630.

¹⁶⁸ COSSIO, Carlos. El substrato filosófico de los métodos interpretativos. *Revista Universidad*, Santa Fé, Argentina, n. 6, p. 77-78. Disponível em: [RU006-III_05_A003.pdf\(un.edu.ar\)](http://RU006-III_05_A003.pdf(un.edu.ar)). Acesso em: 29 set. 2023; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártilres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 50.

Constituem, isso sim, “simples mudanças de valoração na consciência jurídica, de resto, absolutamente normais, porque toda experiência jurídica é de natureza estimativa e essas oscilações axiológicas ocorrem no âmbito mais geral de valoração de uma mesma lei”¹⁶⁹.

Insistindo um pouco mais nessa temática, uma analogia possível, para melhor ilustrar essa situação de viragem de jurisprudência, seria a revogação de uma lei por outra. Essa substituição não indicaria, por suposto, que tenha acontecido o ato para a correção de algum possível erro teórico constante da lei revogada.¹⁷⁰

Esses acontecimentos são, em verdade, “epifenômenos de subjacentes transformações fático-axiológicas das quais decorrem sempre renovadas adaptações normativas”¹⁷¹. E, sob essa perspectiva:

[...] torna-se manifesto o caráter monogenético dos fatos sociais, enquanto fatores determinantes da criação e constante regeneração dos modelos jurídicos, um trabalho de ajustamento e atualização que é levado a cabo pelos operadores do direito precisamente para revalidar esses modelos e, por essa forma, preservar sua força normativa. No campo da experiência judicial – em que a criatividade do intérprete encontra soluções mais rápidas para os conflitos de interesses do que as sempre demoradas respostas do legislador –, nesse terreno as exigências sociais são imediatamente absorvidas e rationalizadas pelo aplicador do direito, sob a forma de mutações normativas ou novas leituras dos mesmos enunciados normativos, leituras tão inovadoras que chegam a criar modelos jurídicos inteiramente novos, o que, tudo somado, só faz confirmar a encarecida distinção entre texto e norma, assim como o clássico ensinamento de Kelsen, a nos dizer que a norma não é um evento sensorialmente perceptível – os votos pela aprovação ou rejeição de um projeto de lei, exteriorizados no parlamento, por exemplo –, mas o sentido jurídico específico que, objetivamente, o direito atribui a esse evento, em relação ao qual, por isso mesmo, as normas funcionam como “esquemas de interpretação”.¹⁷²

¹⁶⁹ COSSIO, Carlos. El substrato filosófico de los métodos interpretativos. *Revista Universidad*, Santa Fé, Argentina, n. 6, p. 77-78. Disponível em: [RU006-III_05_A003.pdf\(unl.edu.ar\)](https://ru006-iii_05_A003.pdf(unl.edu.ar)). Acesso em: 29 set. 2023; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártilres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 50.

¹⁷⁰ COSSIO, Carlos. El substrato filosófico de los métodos interpretativos. *Revista Universidad*, Santa Fé, Argentina, n. 6, p. 77-78. Disponível em: [RU006-III_05_A003.pdf\(unl.edu.ar\)](https://ru006-iii_05_A003.pdf(unl.edu.ar)). Acesso em: 29 set. 2023; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártilres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 50.

¹⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártilres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 50.

¹⁷² SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescencia de la bipolaridade tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelsiano) de los sistemas de justicia constitucional. *Direito Público*, [s. l.], n. 2, out./dez. 2003. Disponível em:

https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/449/1/Direito%20Publico%20n22003_Francisco%20Fernand ez%20Segado.pdf. Acesso em: 29 set. 2023; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: Arménio

Essas referidas mutações normativas ou, como visto, também chamadas de novas leituras, são as bases dos modelos jurisdicionais ou, ainda denominados, modelos autônomos.¹⁷³ Neles, por não poder o juiz deixar de decidir, seja sob alegação de lacuna ou obscuridade da lei, seja por omissão legislativa, deverá o julgador atuar como se legislador fosse.¹⁷⁴

Dentro desse contexto, e utilizando-se, para melhor explicação, da perspectiva de uma concepção antepassada, a essa atuação não se imporia qualquer limitação porque se entendia que a interpretação seria “parte integrante, complementar, inseparável do processo legislativo”¹⁷⁵.

Do ponto de vista contemporâneo, contudo, a explicação seria a de que não haveria limitação ao exercício da interpretação constitucional, pois se desenvolve em meio a “enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos – as fórmulas lapidares que integram a parte dogmática das constituições”¹⁷⁶.

3.2 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO

Para tentar demonstrar a evolução jurisprudencial do STF vinculada diretamente ao desenvolvimento da hermenêutica constitucional, optou-se neste trabalho pelos métodos hermenêuticos fundados na interpretação material da Constituição, também chamados de métodos hermenêuticos modernos de interpretação constitucional. Isso porque buscam resolver, principalmente, o problema da sempre aparente separação dos sentidos relacionados ao concreto e ao abstrato. Nessa perspectiva, na hermenêutica moderna:

Essa tensão revela-se normalmente na oposição entre interpretação (apresentada como desvendamento do sentido abstrato) e aplicação (entendida como fixação do sentido concreto). Alguns dos primeiros teóricos acentuaram essa distinção para afirmar que há uma incomensurabilidade entre interpretação e aplicação, por tratar-se de atividades com objetivos diversos. Essa, porém, não é uma saída típica dos juristas, pois tipicamente implica uma negação da científicidade da aplicação.

Amado Editor, 1962. v. 2, p. 2-7; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 50.

¹⁷³ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 70.

¹⁷⁴ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 70.

¹⁷⁵ BITTENCOURT, Lúcio. A interpretação como parte integrante do processo legislativo. Revista do Serviço Públco, [s. l.], v. 4, n. 3, p. 121-127, 2022. p. 125. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/9036>. Acesso em: 29 set. 2024.

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 50.

Normalmente, os juristas buscaram afirmar a científicidade das duas atividades, mas estabelecendo uma prioridade lógica entre interpretação e aplicação, na medida em que a fixação do sentido concreto pressupõe a existência de um sentido abstrato. Essa ideia perpassa tanto as teorias subsuntivas mais simplórias quanto as teorias metodológicas mais complexas, que introduzem a metodologia como uma mediação objetiva entre o sentido abstrato e o concreto. Todas essas perspectivas pressupõem a existência de um sentido a ser desvendado e implicam um certo primado do sentido abstrato, do qual o concreto deve ser deduzido por algum tipo de procedimento controlável. Porém, desde meados do século XX, as reflexões da hermenêutica filosófica acentuaram a existência de uma co-relação circular entre interpretação e aplicação, de tal forma que a prioridade lógica tem sido substituída pela ideia de que existe uma complementaridade circular entre interpretação abstrata e aplicação concreta, pois essas duas atividades fazem parte de um mesmo processo de compreensão. Nesse ponto, fica especialmente caracterizada a distinção entre a linearidade dos discursos científicos e a circularidade dos discursos hermenêuticos.¹⁷⁷

Vê-se, assim, que a moderna interpretação constitucional é o resultado da busca por um sentido mais profundo da Constituição como um instrumento necessário ao estabelecimento da adequação rigorosa do direito com a sociedade; do Estado com a legitimidade, que alicerça a sua razão de existir; “da ordem governativa com os valores, as exigências, as necessidades do meio social, onde essa ordem atua dinamicamente, num processo de mútua reciprocidade e constantes prestações, características de todo sistema político com base no equilíbrio entre governantes e governados”¹⁷⁸.

E, além da análise material da Constituição, outra característica comum a esses métodos, que serão analisados abaixo, é a percepção de que não “há, inegavelmente, fenômeno jurídico que não se desenvolva em certa condicionalidade histórico-social”¹⁷⁹.

3.2.1 O positivismo sociológico

O positivismo sociológico – ou realismo jurídico, empirismo jurídico – propõe o direito sob o prisma predominante, quando não exclusivo, do fato social, apresentando-o como simples componente dos fenômenos sociais e suscetível de ser estudado segundo nexos de causalidade não diversos dos que ordenam os fatos do mundo físico.¹⁸⁰

¹⁷⁷ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008, 421p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 15.

¹⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 487.

¹⁷⁹ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 70.

¹⁸⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 434.

Intenciona uma interpretação material da Constituição, sendo uma das correntes precursoras da hermenêutica constitucional moderna. Há que se compreender o texto constitucional não apenas como um conjunto de normas jurídicas, mas como um reflexo das relações sociais e econômicas de uma sociedade.

A Constituição, assim, não pode estar dissociada do contexto social no qual está inserida, sendo moldada pelas condições materiais e pelas relações de poder existentes em determinada sociedade.

A principal característica do positivismo sociológico estaria na análise das relações sociais como elemento central para a interpretação constitucional. As normas constitucionais não seriam expressões do poder estatal, mas também resultariam das relações de poder e interesses presentes na sociedade. Portanto, para compreender plenamente o significado e o alcance das normas constitucionais, é necessário analisar as relações sociais e econômicas subjacentes.¹⁸¹

A Constituição como um instrumento de organização e regulação das relações sociais tem como objetivo garantir a harmonia e o equilíbrio entre os diversos grupos e classes sociais. Nesse sentido, dever-se-ia aplicar uma interpretação dinâmica da Constituição, que leve em consideração as mudanças na estrutura social e econômica ocorridas ao longo do tempo.

Não há, “inegavelmente, fenômeno jurídico que não se desenvolva em certa condicionalidade histórico-social”¹⁸². Assim, a interpretação constitucional não deve ser estática, mas sim adaptável às transformações sociais e às novas demandas da sociedade. A hermenêutica constitucional não se pode fixar ao formalismo jurídico.¹⁸³

Enquanto os juristas tradicionais, à época, viam a Constituição como um conjunto de normas abstratas e intocáveis, Léon Duguit, expoente do positivismo sociológico, enfatizava a necessidade de interpretá-la à luz das condições sociais e econômicas reais. O formalismo jurídico, repita-se, era inadequado para lidar com as complexidades da vida social, pois ignorava as realidades concretas enfrentadas pelos cidadãos.

Ao destacar a importância das relações sociais na interpretação constitucional, Duguit indicou como resultado o desenvolvimento de uma visão mais pluralista e democrática do

¹⁸¹ DUGUIT, Léon. *Le trasformazioni dello stato*. Antologia di scritti. A cura di Augusto Barbera, Carla Faralli e Massimiliano Panarari. Torino: Giappichelli, 2003; REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 439-454.

¹⁸² REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 434.

¹⁸³ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1928. p. 36. Disponível em: <https://archive.org/details/traitededroitco01dugu/page/88/mode/2up>. Acesso em: 29 set. 2023; REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 439-454.

direito. Isso porque a Constituição não refletiria apenas os interesses das elites dominantes, mas também os anseios das camadas menos privilegiadas da sociedade.

Inserida nessa perspectiva, uma interpretação adequada da Constituição deveria também considerar os diferentes grupos e interesses presentes na sociedade.¹⁸⁴

Uma crítica frequente ao positivismo sociológico diz respeito à sua suposta tendência ao determinismo social, ou seja, à ideia de que as normas constitucionais seriam meros reflexos das relações sociais existentes, sem autonomia própria.

No entanto, entende-se como injustificada essa avaliação, pois não há a negação da importância da vontade política na elaboração e interpretação da Constituição, já que as normas constitucionais são resultado de um processo complexo que envolve tanto os fatores sociais quanto os motivos políticos.¹⁸⁵

O positivismo sociológico, ao mesmo tempo, reconhece a importância dos direitos individuais na construção de uma sociedade justa e equitativa. Claro que críticas contundentes foram feitas aos adeptos do positivismo sociológico. Miguel Reale foi um dos que a fizeram. Para o renomado jurista brasileiro:

Os sociologistas do Direito, *in genere*, levam muito longe a natureza meramente indicativa dos preceitos legais, chegando ao extremo de dizer que o juiz deve ser posto em face de um fato econômico-social com a liberdade de discipliná-lo “cientificamente”, ficando-lhe assegurada a faculdade de “criar” a norma jurídica exigida pelo caso concreto, desde que forrado de conhecimentos sociológicos.¹⁸⁶

Mas, apesar dessas contestações, o positivismo sociológico foi, sim, uma influência importante para a evolução da hermenêutica constitucional, buscando integrar a análise sociológica do direito à interpretação jurídica.

Essa sua ênfase na relação entre direito e sociedade ajudou a abrir novos horizontes para a interpretação constitucional, observando a necessidade de uma abordagem mais contextualizada e interdisciplinar do tema.

¹⁸⁴ PANARARI, Massimiliano. Scienze sociali e giuridiche nella Francia tra Otto e Novecento: le “affinità elettive” delle teorie. Note sul positivismo sociologico di Léon Duguit. *Quaderni di Teoria Sociale*, [s. l.], v. 2, n. 2, p. 209-238, 2023. Disponível em: <https://riviste.morlacchilibri.com/index.php/quaderniditeoriasociale/article/view/298/317>. Acesso em: 29 set. 2023.

¹⁸⁵ VARGAS, Guilherme Angerames Rodrigues. *A interdependência conceitual entre estado e direito: elementos de Duguit*. *Anais do curso de extensão em teoria do direito: a tríplice perspectiva do direito e a relação teórica, prática e ética*, Cárceres, MT, v. 1, n. 1, p. 67-71, 2012. Disponível em: http://www.unemat.br/faculdade/fadir/cetedi/docs/anais_cetedi_.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

¹⁸⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 434.

O positivismo sociológico de Léon Duguit teve forte influência das correntes filosóficas e sociológicas da época, presentes no século XIX, como o positivismo de Auguste Comte¹⁸⁷ e a teoria da evolução social de Herbert Spencer¹⁸⁸. Duguit compartilhava com esses pensadores, principalmente, a crença na possibilidade de aplicação dos métodos científicos às ciências sociais, buscando uma compreensão mais objetiva e racional da realidade social.¹⁸⁹

Daí a ideia de que o direito não seria apenas um conjunto de normas abstratas e intocáveis, mas, sim, um reflexo das relações sociais e econômicas de uma determinada sociedade, como já visto. Sendo o direito uma criação da sociedade, ele surge justamente da necessidade de regular as relações entre os indivíduos e os grupos sociais.

As normas jurídicas não devem ser uma imposição do Estado. Elas devem ser elaboradas e reconhecidas pela própria sociedade como instrumentos de organização e regulação das relações sociais. Nesse sentido, o direito seria uma expressão da vontade coletiva da sociedade, refletindo seus valores, interesses e aspirações.

A crítica de Duguit ao formalismo jurídico, no qual o direito seria um conjunto de regras abstratas e universais, aplicáveis a todas as situações, e predominante à época, concentrou-se na convicção de que uma visão estática e formalista do direito seria absolutamente inadequada para lidar com as complexidades da vida social, pois ignorava as realidades concretas enfrentadas pelas pessoas.

A interpretação do direito necessariamente deveria levar em consideração não apenas as normas escritas, mas também as condições sociais e econômicas em que essas normas seriam aplicadas. O positivismo sociológico buscou, assim, uma abordagem mais dinâmica e contextualizada do direito, que reconhecesse sua natureza evolutiva e adaptável às mudanças na sociedade.¹⁹⁰

Um dos conceitos-chave para melhor entendimento do positivismo sociológico passa pelo conceito de solidariedade social. Trata-se do conjunto de relações de cooperação e interdependência que unem os membros de uma sociedade. O direito deveria ser, então, um

¹⁸⁷ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 73-76.

¹⁸⁸ GATTI JUNIOR, Décio; SANTOS, Leonardo Batista dos. Ciência, evolução e educação em Herbert Spencer. *Estudos Avançados*, São Paulo, Brasil, v. 36, n. 105, p. 305-320, 2022. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/198603>. Acesso em: 29 set. 2023.

¹⁸⁹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 439-454.

¹⁹⁰ PANARARI, Massimiliano. Scienze sociali e giuridiche nella Francia tra Otto e Novecento: le “affinità elettive” delle teorie. Note sul positivismo sociologico di Léon Duguit. *Quaderni di Teoria Sociale*, [s. l.], v. 2, n. 2, p. 209-238, 2023. Disponível em: <https://riviste.morlacchilibri.com/index.php/quaderniditeoriasociale/article/view/298/317>. Acesso em: 29 set. 2023; REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 439-454.

instrumento de promoção da solidariedade social, que busca garantir o bem-estar e a harmonia entre os diferentes grupos e classes sociais.

Não por outro motivo, em tema diretamente relacionado à presente pesquisa, Miguel Reale afirma que:

Não há, inegavelmente, fenômeno jurídico que não se desenvolva em certa condicionalidade histórico-social. Se examinarmos o direito de propriedade, por exemplo, verificaremos que os conceitos fundamentais que governam esse campo do Direito Privado reposam sobre dados de fato que sofreram alterações profundas ao longo da história, segundo a evolução da técnica e dos processos econômicos. O conceito atual de propriedade não se confunde com o da propriedade quiritária do Direito Romano, nem com o consagrado pelos Códigos individualistas do século passado. À medida que os processos de produção, os meios de utilização das forças naturais vão se modificando, operam-se mutações inevitáveis nos conceitos jurídicos, nas estruturas do que chamamos “ordenamento jurídico positivo”. Se todo e qualquer sistema de normas jurídicas é condicionado por um conjunto de fatos, que podem ser de natureza econômica, psicológica, racial, demográfica, geográfica etc., devemos evitar o simplismo das explicações unilineares, características de uma época de naturalismo sequioso de encontrar a raiz “única” dos processos humanos.¹⁹¹

Nessa ordem de ideias, outro conceito importante, a se considerar, é o da função social da propriedade, que defende que o direito de propriedade deve ser exercido de acordo com o interesse coletivo e não apenas individual. Ver-se-á mais à frente, inclusive, que esse é um dos fundamentos do voto condutor proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF.

Fundado principalmente em Duguit, o positivismo sociológico legitima a propriedade privada na medida em que ela contribui para o bem-estar da sociedade como um todo. Do contrário, deve ser passível de restrições e regulamentações pelo Estado.¹⁹²

Léon Duguit também desenvolveu o conceito de serviço público, referindo-o às atividades econômicas e sociais que são de interesse coletivo e devem ser prestadas pelo Estado ou por entidades privadas sob controle estatal. Nas suas palavras, o serviço público seria:

¹⁹¹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 435.

¹⁹² VEGA GARCÍA, Pedro de. El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, [s. l.], n. 1, p. 65-88, 1998; REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 439-454.

[...] toda atividade em que sua satisfação deva estar regulamentada, assegurada e controlada pelos governantes, porque a satisfação dessa atividade é indispensável a realização e ao desenvolvimento da interdependência social e que ela é de tal natureza que ela não pode ser completamente garantida, senão pela intervenção da força governante.¹⁹³

Vislumbrava-se, no serviço público, o instrumento do Estado para a promoção do bem comum, uma garantia de acesso igualitário aos bens e serviços essenciais para a vida em sociedade.

Enfim, o positivismo sociológico foi uma tentativa de resposta aos desafios causados pelos problemas sociais e econômicos decorrentes das transformações ocorridas no final do século XIX, principalmente a concentração de riqueza, a exploração do trabalho e a falta de acesso aos serviços básicos. Propôs, desse modo, abertura para uma visão mais humanista e solidária do direito e da vida em sociedade.¹⁹⁴

3.2.2 O método científico-espiritual

O método científico-espiritual de interpretação constitucional ou teoria da integração propõe uma abordagem integrada e interdisciplinar para a interpretação constitucional. Os princípios e ideias centrais dessa importante teoria refletem a visão complexa e abrangente do direito constitucional, buscando integrar diversas perspectivas e disciplinas no estudo das Constituições e sua aplicação.¹⁹⁵

Não seria o Estado uma simples ficção jurídica. Ele seria, em verdade, uma “associação de vontades”, constituindo-se em uma “unidade de vida espiritual de um povo”. E, assim considerado, deveria abandonar as então existentes teorias. Uma nova conformação teórica

¹⁹³ DUGUIT, León. *Manuel de droit constitutionnel*. 4. ed. Paris: E. de Boccard, 1923 *apud* GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Formas de prestação de serviços públicos. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/85/edicao-1/formas-de-prestacao-de-servicos-publicos>. Acesso em: 29 ago. 2023.

¹⁹⁴ VEGA GARCÍA, Pedro de. El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, [s. l.], n. 1, p. 65-88, 1998.

¹⁹⁵ SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Tradução de José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 191-216; KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes/Editora da UnB, 1990. p. 135-136; HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 29-37.

deveria reconhecer o Estado, assim como todas as questões a ele pertinentes, como um processo social específico de integração e garantia da sua unidade.¹⁹⁶

Um dos princípios centrais da teoria da integração é o conceito de que o direito constitucional não pode ser compreendido isoladamente, mas deve ser visto como parte de um sistema jurídico mais amplo. A Constituição seria um instrumento de integração¹⁹⁷, em um sentido amplo:

Vale dizer, não apenas do ponto de vista jurídico-formal, enquanto norma-suporte e fundamento de validade do ordenamento, segundo o entendimento kelsiano, por exemplo, mas também – e principalmente –, em perspectiva política e sociológica, enquanto instrumento de regulação (= absorção/superação) de conflitos e, por essa forma, de construção e de preservação da unidade social.¹⁹⁸

Desse modo, para Rudolf Smend, teórico da integração, a interpretação constitucional deve levar em conta não apenas o texto da Constituição, mas também seus objetivos, princípios e valores subjacentes.¹⁹⁹

Há que se ter uma abordagem finalística da interpretação constitucional, que busca identificar e promover os objetivos e valores fundamentais da Constituição, como a democracia, o Estado de direito, a dignidade humana e a justiça social.²⁰⁰

Sob essa perspectiva, sendo o Estado:

[...] uma totalidade social em constante processo de integrar e reintegrar os cidadãos na comunidade através de certos valores, ficavam superadas algumas dicotomias correntes na tradição positivista, principalmente a que diferenciava Estado e Sociedade Civil, o que, levado às últimas consequências, permitia uma superposição entre indivíduo e comunidade.²⁰¹

¹⁹⁶ KELSEN, Hans. *O estado como integração*: um confronto de princípios. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 1.

¹⁹⁷ ALVES, Pedro de Oliveira. Mutações constitucionais na “Escola de Smend”: divergências entre as perspectivas de Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, [s. l.], v. 17, n. 1, p. 103-130, 2022. DOI: 10.22456/2317-8558.119238. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/119238>. Acesso em: 29 set. 2023.

¹⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 97.

¹⁹⁹ SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Tradução de José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 191-216.

²⁰⁰ BORGES VALADÃO, Rodrigo. A luta contra a teoria pura do direito na República de Weimar e o caminho para o nacional-socialismo. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, [s. l.], v. 3, n. 3, 2020. DOI: 10.46818/pge.v3i3.177. Disponível em: <https://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/177>. Acesso em: 29 set. 2023.

²⁰¹ CALDWELL, Peter C. Popular sovereignty and the crisis of german constitutional law –the theory & practice of Weimar Constitutionalism. Durham: Duke University Press, 1997. p. 124 *apud* BORGES VALADÃO, Rodrigo.

Outro princípio importante presente na teoria da integração é a concepção de que o direito constitucional não é estático, mas, ao contrário, dinâmico e evolutivo, sujeito a mudanças e adaptações ao longo do tempo. A Constituição seria um documento dotado de vida e, por esse motivo, deveria ser interpretado à luz das mudanças na sociedade e das novas demandas surgidas ao longo do tempo.

Enfatiza-se, também, a importância da observância da jurisprudência constitucional na interpretação da Constituição, argumentando que os tribunais desempenham um papel central na aplicação e no desenvolvimento do direito constitucional. Os tribunais seriam os guardiões da Constituição, responsáveis por garantir a conformidade das leis e dos atos governamentais com os princípios e valores constitucionais.

Além disso, também é uma abordagem pluralista da Constituição, que reconheça a existência de múltiplas interpretações constitucionais legítimas. Diferentes atores e instituições, como legisladores, juízes, acadêmicos e cidadãos, têm o direito, e o dever, de interpretar a Constituição de acordo com suas próprias perspectivas e experiências.

Outro aspecto importante, contido nessa teoria, está na idealização de que o direito constitucional deve ser interpretado de forma contextualizada, levando em conta as circunstâncias específicas de cada caso. A interpretação constitucional não pode ser feita de forma abstrata e descontextualizada, mas, sim, considerando as condições sociais, políticas e econômicas em que as normas constitucionais são aplicadas.²⁰²

A importância da cooperação entre os diferentes poderes do Estado na interpretação e aplicação da Constituição é outro ponto importante a se destacar nesse método hermenêutico. O bom diálogo entre os poderes seria fundamental para a garantia, eficácia e legitimidade do direito constitucional, ao evitar conflitos e, principalmente, promover, ou buscar, o consenso em torno dos princípios e valores constitucionais.²⁰³

Considere-se, ainda, a necessidade de uma abordagem pragmática da interpretação constitucional, de modo a encontrar soluções práticas para os problemas concretos enfrentados pela sociedade. A hermenêutica constitucional não deve ser guiada apenas por considerações

A luta contra a teoria pura do direito na República de Weimar e o caminho para o nacional-socialismo. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, [s. l.], v. 3, n. 3, p. 9-10, 2020. Disponível em: <https://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/177>. Acesso em: 29 set. 2023.

²⁰² SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Tradução de José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 191-216.

²⁰³ SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Tradução de José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 191-216.

teóricas e abstratas, mas sim pela busca de resultados justos e equitativos, promovedores do bem comum.²⁰⁴

A ideia de que o direito constitucional deve ser interpretado de forma aberta e flexível também está contida na teoria da integração. Essa metodologia permitiria a adaptação das normas legais às mudanças da sociedade e às novas demandas que surgirão ao longo do tempo. A rigidez e a inflexibilidade são vistas como obstáculos ao desenvolvimento do direito constitucional.²⁰⁵

Além disso, sobreleva-se a importância da interpretação histórica da Constituição. Faz-se necessário buscar o significado e o propósito das normas constitucionais à luz de seu contexto histórico concomitantemente ao da sua evolução ao longo do tempo. Isso porque a atividade hermenêutica não haverá de ser feita de modo isolado do contexto histórico no qual as normas foram elaboradas. Ao contrário, deverá considerar as circunstâncias e os objetivos que guiaram a sua criação.

A interpretação da Constituição deve ser holística, levando em conta não apenas as normas constitucionais em si, mas também os princípios e valores que subjazem a elas. Smend argumentava que a Constituição deve ser vista como um todo integrado, em que cada parte está relacionada e interdependente das outras.²⁰⁶

Rudolf Smend também considerava a importância da jurisprudência constitucional. Os tribunais, similarmente ao pensamento de Hans Kelsen, seriam os guardiões da Constituição, responsáveis pela garantia da conformidade das leis e dos atos governamentais com os princípios e valores constitucionais, promovendo, desse modo, uma interpretação com significado e de tendência evolutiva da Constituição.²⁰⁷

Para além disso, a teoria da integração impactou de modo significativo o desenvolvimento do direito constitucional comparado, influenciando juristas e constitucionalistas a adotarem uma abordagem mais contextualizada e interdisciplinar na

²⁰⁴ SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Tradução de José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 191-216.

²⁰⁵ ALVES, Pedro de Oliveira. Mutações constitucionais na “Escola de Smend”: Divergências entre as perspectivas de Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, [s. l.], v. 17, n. 1, p. 103-130, 2022. DOI: 10.22456/2317-8558.119238. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/119238>. Acesso em: 29 set. 2023.

²⁰⁶ SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Tradução de José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 191-216; BORGES VALADÃO, Rodrigo. A luta contra a teoria pura do direito na República de Weimar e o caminho para o nacional-socialismo. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, [s. l.], v. 3, n. 3, p. 9-10, 2020. Disponível em: <https://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/177>. Acesso em: 29 set. 2023.

²⁰⁷ LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar: la teoría constitucional de Rudolf Smend*. Madri: Tecnos, 1987.

interpretação das Constituições nacionais, considerada, repita-se, a importância das relações sociais e políticas na atividade interpretativas.²⁰⁸

3.2.3 A teoria da normatividade

Entender a dinâmica das normas jurídicas em uma sociedade democrática, de modo a buscar conciliar a autoridade estatal com os direitos individuais e as liberdades fundamentais. Essa é a essência da teoria da normatividade.

A legitimidade das normas constitucionais não estaria fundada apenas na autoridade do Estado, mas também na aceitação e no reconhecimento pela comunidade política²⁰⁹, pois, prescindindo-se “da normalidade social positivamente valorada, a Constituição, como mera formação normativa de sentido, diz sempre muito pouco”²¹⁰.

Nesse contexto, há que se distinguir, na concepção de Hermann Heller, as normas de integração das normas de competência. As normas de integração estabelecem os procedimentos e as instituições que seriam as responsáveis pela criação e aplicação das normas jurídicas.²¹¹

Já as de competência, estas deveriam conferir poderes específicos aos diferentes órgãos estatais. Essa distinção é crucial para entender a estrutura do Estado constitucional e a divisão de poderes entre seus órgãos.

A teoria da normatividade preconiza, em um primeiro momento, então, a necessidade de uma interpretação teleológica das normas constitucionais. Isso, pois, considerada a necessidade de identificar-se e promover-se os objetivos e valores fundamentais subjacentes ao ordenamento jurídico.

A interpretação constitucional deve refletir os princípios da democracia, do Estado de direito, da dignidade humana e da justiça social, promovendo a realização plena dos direitos fundamentais e a proteção dos grupos vulneráveis na sociedade.

De crucial importância seria, ainda, a interpretação contextualizada da Constituição. Desse modo, faz-se necessário considerar as circunstâncias específicas de cada caso a ser julgado. A interpretação constitucional não pode ser feita de forma abstrata. Há que se

²⁰⁸ LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar: la teoría constitucional de Rudolf Smend*. Madri: Tecnos, 1987.

²⁰⁹ BAINI, Gustavo Martins. *Teoria da mutação constitucional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Dialética, 2021.

²¹⁰ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 295-327. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4361660/mod_resource/content/2/259501734-Teoria-Do-Estado-Herman-Heller.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

²¹¹ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 295-327. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4361660/mod_resource/content/2/259501734-Teoria-Do-Estado-Herman-Heller.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

considerar os fatos e circunstâncias concretas envolvidas, bem como os objetivos e valores em jogo.²¹²

A interpretação histórica também é destacada como essencial para compreender o significado e o propósito das normas constitucionais ao longo do tempo, pois a hermenêutica constitucional não pode ser desvinculada do contexto histórico em que as normas foram elaboradas, a exemplo do que também propugna o método científico-espiritual.²¹³

Não bastasse isso, Hermann Heller pugnava por uma interpretação constitucional que levasse em conta os princípios e valores democráticos no processo hermenêutico e de aplicação das normas jurídicas. A participação cidadã e o debate público seriam elementos essenciais para uma interpretação legítima e justa da Constituição.²¹⁴

Na teoria da normatividade, igualmente é ressaltada a importância da interpretação pragmática da Constituição, que busca soluções práticas para os problemas enfrentados pela sociedade. Não deve ser puramente teórico o ato interpretativo constitucional, mas, sim, orientado na busca de resultados que promovam o bem-estar e a justiça social.²¹⁵

Nessa teoria, destaque-se, do mesmo modo, a necessária visão dinâmica e evolutiva da Constituição, tendente a adaptar-se às mudanças da sociedade e às novas demandas que surgem ao longo do tempo. No entendimento das normas constitucionais, deve-se vislumbrar um processo contínuo de desenvolvimento e adaptação, que proporcione a igualdade de direitos e a justiça social para todos os membros da sociedade.²¹⁶

3.2.4 Método tópico orientado ao problema da concretização do direito constitucional

O método tópico orientado ao problema da concretização do direito constitucional, idealizado por Peter Häberle, representa uma abordagem sofisticada na interpretação e aplicação das normas constitucionais. Isso porque:

²¹² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma teoria crítica da constituição*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 85-94.

²¹³ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 295-327. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4361660/mod_resource/content/2/259501734-Teoria-Do-Estado-Herman-Heller.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

²¹⁴ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 295-327. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4361660/mod_resource/content/2/259501734-Teoria-Do-Estado-Herman-Heller.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

²¹⁵ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 295-327. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4361660/mod_resource/content/2/259501734-Teoria-Do-Estado-Herman-Heller.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

²¹⁶ BAINI, Gustavo Martins. *Teoria da mutação constitucional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Dialética, 2021.

A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados. Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema Constituição e realidade constitucional, então há de se perguntar, de forma decidida, sobre os agentes conformadores da “realidade constitucional”. O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por cointerpretá-la; toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional. Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...] representam forças produtivas de interpretação; eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes. Portanto, é impensável uma interpretação sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, eles não detêm o monopólio da interpretação da Constituição.²¹⁷

Partindo-se, então, desse entendimento de que a interpretação constitucional não pode ser uma simples aplicação mecânica das regras jurídicas, propõe-se uma abordagem mais flexível e contextualizada da Constituição. Nessa perspectiva, os tópicos surgem como ferramentas cruciais para orientar a interpretação das normas ante as situações concretas.²¹⁸

²¹⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1997. p. 12-15; COELHO, Inocêncio Mârtires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137, jan/mar, 1988. Disponível em: [As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro \(senado.leg.br\)](http://www.senado.leg.br/legis/ri/35/137/137.htm). Acesso em: 29 set. 2023.

²¹⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1997; SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SOUZA, Bruna Caroline Lima de. Audiências públicas no poder judiciário e os direitos da personalidade: uma análise à luz das teorias de Jürgen Habermas e Peter Häberle. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 150-167, 2021. Disponível em: [8419-Texto do Artigo-26735-1-10-20220315.pdf](#). Acesso em: 29 set. 2023.

Os tópicos, princípios gerais ou categorias interpretativas, ajudariam a identificar os problemas jurídicos subjacentes em uma determinada situação, de modo a facilitar a busca por soluções adequadas.²¹⁹

Essa abordagem dialética visa à reconciliação dos diferentes interesses e valores presentes na sociedade através do diálogo entre os diversos tópicos relevantes para os casos submetidos a julgamento. Tal perspectiva promove uma interpretação mais flexível e adaptável das normas constitucionais, levando-se em conta as particularidades de cada contexto, como já afirmado.²²⁰

Diversos seriam os tópicos a servirem como instrumentos orientadores para a interpretação constitucional. Um deles é o princípio da unidade na diversidade, que reconhece a pluralidade de valores e interesses na sociedade e busca promover a coexistência pacífica entre eles. Esse princípio enfatiza a importância da tolerância e do respeito mútuo como fundamentais para a convivência social harmoniosa, independentemente das diferenças existentes.²²¹

Outro tópico relevante é o da efetividade dos direitos fundamentais, que visa garantir a aplicação prática e concreta das normas constitucionais para proteger os direitos e liberdades dos cidadãos. Nele, destaca-se a importância da justiciabilidade dos direitos fundamentais e do acesso efetivo à justiça como garantias essenciais para a realização plena dos direitos humanos, assegurando que as normas constitucionais não sejam meramente teóricas, mas, sim, eficazes na proteção dos direitos dos indivíduos.²²²

Além disso, o método tópico orientado ao problema da concretização do direito constitucional propõe a solidariedade como um dos princípios orientadores da interpretação constitucional, visando promover a cooperação e o apoio mútuo entre os membros da sociedade.

²¹⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1997; COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137, jan/mar, 1988. Disponível em: [As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro \(senado.leg.br\)](https://www.senado.leg.br/pt-br/legislativo/revista-de-informacao-legislativa/1988/abertura-da-interpretacao-constitucional-no-direito-brasileiro.html). Acesso em: 29 set. 2023.

²²⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1997; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 94.

²²¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 259-284, jan./mar. 2020. Disponível em: <https://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1139>. Acesso em: 29 set. 2023.

²²² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1997; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 94.

Esse tópico, na linha do positivismo sociológico já visto, destaca a importância da responsabilidade social e da preocupação com o bem-estar dos outros como valores essenciais para a construção de uma sociedade justa e solidária, onde cada indivíduo se preocupa com o bem-estar do próximo.²²³

Destaque-se, ainda, a importância da participação ativa dos cidadãos na formação e aplicação das normas constitucionais, promovendo uma maior legitimidade democrática do processo jurídico. Isso significa que a interpretação das normas constitucionais não deve ser uma prerrogativa exclusiva dos juristas, mas, sim, um processo aberto ao envolvimento da sociedade como um todo. Talvez, o diferencial caracterizador desse método interpretativo da Constituição.

Ao integrar conhecimentos e perspectivas de diferentes áreas do saber, como direito, sociologia, filosofia e outras, essa abordagem enriquece a interpretação constitucional, permitindo uma análise mais abrangente e aprofundada dos problemas jurídicos e sociais enfrentados pela sociedade.

Häberle também propõe o uso do tópico da dignidade humana como princípio central na interpretação constitucional, buscando garantir o respeito e a proteção da dignidade de todos os indivíduos. Esse tópico destaca a importância da igualdade de direitos e oportunidades para todos os membros da sociedade, independentemente de sua origem, raça, gênero ou orientação sexual, promovendo uma sociedade mais justa e inclusiva.²²⁴

3.2.5 O método concretista de Konrad Hesse

Uma das principais influências para o desenvolvimento da teoria constitucional concretista, da qual deriva o método em questão, foi a Escola Histórica do Direito, que propunha uma interpretação contextualizada das normas jurídicas, levando em conta sua evolução ao longo do tempo.²²⁵

²²³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1997; SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SOUZA, Bruna Caroline Lima de. Audiências públicas no Poder Judiciário e os direitos da personalidade: uma análise à luz das teorias de Jürgen Habermas e Peter Häberle. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 150-167, 2021. Disponível em: [8419-Texto do Artigo-26735-1-10-20220315.pdf](#). Acesso em: 29 set. 2023.

²²⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1997; SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SOUZA, Bruna Caroline Lima de. Audiências públicas no Poder Judiciário e os direitos da personalidade: uma análise à luz das teorias de Jürgen Habermas e Peter Häberle. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 150-167, 2021. Disponível em: [8419-Texto do Artigo-26735-1-10-20220315.pdf](#). Acesso em: 29 set. 2023.

²²⁵ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida e outros. São Paulo: Saraiva: 2009. p. 1-171.

Na Alemanha, juristas como Hermann Heller e Karl Llewellyn foram pioneiros na formulação de uma abordagem concretista para a interpretação das normas constitucionais, destacando a importância do contexto histórico e social na aplicação dessas normas.²²⁶

O desenvolvimento da teoria constitucional concretista também foi influenciado pelas transformações sociais, políticas e econômicas ocorridas ao longo do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial.

Com o seu fim, deu-se o surgimento de novos desafios sociais e políticos, como a consolidação do Estado de bem-estar social e a expansão dos direitos fundamentais. Tornou-se, assim, evidente a necessidade de uma abordagem mais flexível e contextualizada na interpretação das normas constitucionais.²²⁷

No Brasil, a teoria constitucional concretista ganhou destaque a partir da década de 1980, com a redemocratização do país e a promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu um amplo rol de direitos fundamentais e garantiu a proteção dos direitos individuais e coletivos.

O seu desenvolvimento histórico reflete a busca constante por uma interpretação mais efetiva e justa das normas constitucionais, capaz de promover a realização dos valores fundamentais da democracia, do Estado de direito e dos direitos humanos na sociedade.²²⁸

A evolução dessa abordagem ao longo do tempo demonstra, portanto, a sua capacidade de adaptar-se às transformações sociais, políticas e econômicas da sociedade, garantindo sua atualidade e relevância nos dias atuais.

A partir do século XXI, com a expansão e busca pela efetivação dos direitos fundamentais e, ainda, o surgimento de novas demandas sociais, como a proteção do meio ambiente e dos direitos das minorias, a teoria constitucional concretista tornou-se ainda mais relevante, a revelar um método de hermenêutica constitucional essencial para a promoção da justiça social e da igualdade de direitos.²²⁹

É possível vislumbrar, ainda, a sua plena capacidade de se adaptar às transformações sociais, políticas e econômicas da sociedade, garantindo sua relevância e atualidade. No entanto, o desenvolvimento histórico da teoria constitucional concretista também evidencia os

²²⁶ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida e outros. São Paulo: Saraiva: 2009. p. 1-171.

²²⁷ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida e outros. São Paulo: Saraiva: 2009. p. 1-171.

²²⁸ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direito constitucional: primeiras linhas*. Curitiba: Intersaberes, 2022.

²²⁹ COSTA, Ruth Barros Pettersen da. *A efetividade do mínimo existencial à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Dialética, 2021.

desafios e dilemas enfrentados na interpretação e aplicação das normas constitucionais, especialmente diante de questões controversas e conflitos de interesses na sociedade.²³⁰

Pois bem. Propõe-se no método concretista de hermenêutica constitucional uma abordagem interpretativa que busca dar efetividade às normas constitucionais, especialmente aos direitos fundamentais, por meio de uma aplicação direta e concreta dessas normas.²³¹

Diferente das teorias tradicionalmente formalistas, que podem se concentrar em interpretações mais restritivas e literais, a teoria concretista enfatiza a aplicação prática e a concretização dos princípios constitucionais na vida cotidiana dos cidadãos.²³²

A concretização de uma norma constitucional ocorrerá somente quando a norma abstrata em questão for aplicada a um caso concreto. E esse é um dos aspectos centrais da teoria constitucional concretista: o reconhecimento de que a Constituição não é apenas um conjunto de normas abstratas, mas, sim, um documento vivo que deve ser aplicado de maneira a promover a justiça social e a efetivação dos direitos fundamentais.

A implicação disso resulta em uma interpretação dinâmica e evolutiva da Constituição, levando em consideração as mudanças sociais, políticas e econômicas.²³³

O método concretista se baseia na ideia de que as normas constitucionais têm um caráter vinculante e devem ser respeitadas e implementadas de forma direta. Isso significa que os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição não são meras declarações de princípios, mas normas jurídicas que exigem cumprimento imediato e efetivo por parte do Estado e da sociedade.²³⁴

Nesse sentido, propõe um papel ativo para o Judiciário, especialmente para os tribunais constitucionais, a exemplo do STF. As Cortes constitucionais devem atuar não apenas como

²³⁰ COSTA, Ruth Barros Pettersen da. *A efetividade do mínimo existencial à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Dialética, 2021.

²³¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1991; HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida e outros. São Paulo: Saraiva: 2009. p. 1-171.

²³² HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1991; HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida e outros. São Paulo: Saraiva: 2009. p. 1-171.

²³³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1991; HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida e outros. São Paulo: Saraiva: 2009. p. 1-171.

²³⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1991; HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida e outros. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 1-171.

intérpretes da Constituição, mas também como garantidores da efetividade dos direitos fundamentais, promovendo decisões que concretizem esses direitos em situações específicas.²³⁵

Um exemplo claro da aplicação da teoria constitucional concretista é a utilização do controle de constitucionalidade para assegurar a proteção dos direitos fundamentais. Ao declarar a inconstitucionalidade de normas que violam esses direitos, os tribunais constitucionais garantem que a Constituição seja aplicada de maneira concreta e efetiva.

A teoria concretista também enfatiza a necessidade de uma interpretação constitucional que leve em conta os contextos social e histórico relativos ao período de criação das normas. Isso significa que os juízes devem considerar também, e principalmente, as condições atuais da sociedade ao interpretar e aplicar as normas constitucionais, buscando sempre promover a justiça e a equidade.²³⁶

Para além disso, a interpretação das normas constitucionais deve ser orientada por princípios como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade. Esses princípios funcionam como diretrizes fundamentais que orientam a aplicação concreta das normas constitucionais, garantindo a proteção dos direitos e a promoção do bem-estar social.

A concretização dos direitos fundamentais também exige uma abordagem pragmática por parte do Judiciário. Isso significa que os juízes devem considerar os impactos práticos de suas decisões e buscar soluções que efetivamente protejam e promovam os direitos dos cidadãos, evitando interpretações excessivamente formalistas ou abstratas.²³⁷

Esse método de interpretação constitucional tem sido particularmente relevante em contextos onde há uma necessidade premente de proteção dos direitos fundamentais e de promoção da justiça social. Em sociedades marcadas por desigualdades e injustiças, a aplicação concreta das normas constitucionais pode desempenhar um papel crucial na transformação social e na promoção da equidade.²³⁸

²³⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1991; HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida e outros. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 1-171.

²³⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1991; HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1991; HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida e outros. São Paulo: Saraiva: 2009. p. 1-171.

²³⁷ HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1991; HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1991; HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida e outros. São Paulo: Saraiva: 2009. p. 1-171.

²³⁸ HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1991; HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1991; HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida e outros. São Paulo: Saraiva: 2009. p. 1-171.

No Brasil, esse método tem influenciado significativamente a jurisprudência do STF, especialmente nos casos envolvendo direitos sociais, econômicos e culturais. Decisões que garantem o direito à saúde, à educação e à moradia são exemplos de como a teoria concretista pode ser aplicada para promover a efetividade dos direitos fundamentais, a exemplo do que será visto no próximo capítulo, no estudo de caso.²³⁹

A teoria constitucional concretista também reconhece a importância da participação democrática na interpretação e aplicação das normas constitucionais. Isso significa que os tribunais constitucionais devem considerar as vozes e os interesses de diversos setores da sociedade ao tomar suas decisões, promovendo uma interpretação pluralista e inclusiva da Constituição.

Um dos desafios enfrentados pela teoria em referência é a necessidade de equilibrar a proteção dos direitos fundamentais com o respeito aos limites institucionais do Judiciário. Isso implica reconhecer que, embora os tribunais tenham um papel crucial na concretização dos direitos, eles também devem atuar com cautela para não invadir competências dos demais poderes do Estado.²⁴⁰

Outro aspecto importante do método concretista está na ênfase que deve ser dada à educação e à conscientização dos cidadãos sobre seus direitos constitucionais. A efetivação dos direitos fundamentais depende não apenas da atuação do Judiciário, mas também do conhecimento e da participação ativa dos cidadãos na defesa e promoção desses direitos.

A teoria concretista também destaca a importância da cooperação entre os diferentes poderes do Estado na promoção da efetividade desses já referidos direitos fundamentais. Isso significa que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário devem trabalhar de forma integrada e coordenada para garantir que as normas constitucionais sejam aplicadas de maneira concreta e efetiva.

A aplicação desse método hermenêutico pode envolver a utilização de técnicas interpretativas específicas, como a interpretação conforme a Constituição e a ponderação de princípios. Essas técnicas permitem que os juízes façam uma interpretação mais flexível e adaptada às circunstâncias concretas, promovendo a efetividade dos direitos fundamentais.

²³⁹ MARTINS JÚNIOR, Lázaro Alves. Crítica à múltipla filiação registral e os seus efeitos nas linhas sucessórias à luz da interpretação constitucional com fulcro na teoria dos valores substantivos – substantive values – e do direito fundamental à felicidade. *Revista Quaestio Iuris*, [s. l.], v. 12, n. 4, p. 305-366, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestiojuris/article/view/39696>. Acesso em: 29 set. 2023.

²⁴⁰ PINTO DO MONTE, João Pedro Pinto; TINOCO DE GÓES, Ricardo. Da constituição e do texto constitucional: análise filosófico-jurídica pós-positivista e hipótese de mutação constitucional democrática. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [s. l.], v. 16, n. 1, 2024. disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituidaogarantiaedireitos/article/view/36057>. Acesso em: 27 mar. 2024.

A teoria concretista também valoriza a jurisprudência dos tribunais constitucionais como um instrumento essencial para a concretização dos direitos. As decisões dos tribunais criam precedentes que orientam a interpretação e a aplicação das normas constitucionais, contribuindo para a uniformidade e a segurança jurídica.²⁴¹

Considere-se, ainda, a importância do método concretista para a proteção dos direitos das minorias. Ao enfatizar a aplicação concreta e efetiva dos direitos fundamentais, a teoria concretista busca garantir que os direitos das minorias sejam respeitados e promovidos, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Cabe também destacar a questão de que a proporcionalidade exige que as decisões judiciais sejam adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito, garantindo que os direitos fundamentais sejam protegidos de maneira equilibrada e justa.

No contexto da proteção dos direitos sociais, reconhece que a efetivação desses direitos pode exigir a adoção de políticas públicas e a alocação de recursos pelo Estado. Isso implica que o Judiciário passa a ter um papel importante igualmente na fiscalização da implementação dessas políticas e na garantia de que os direitos sociais sejam efetivamente promovidos.²⁴²

A teoria concretista também valoriza a importância da função integradora da Constituição, que busca harmonizar as diversas normas e os princípios constitucionais em um sistema coerente e coeso. Isso significa que os juízes devem buscar interpretações que promovam a unidade e a integridade do ordenamento constitucional.

3.2.6 A teoria estruturante do direito

A teoria estruturante do direito, concebida por Friedrich Müller, propõe uma visão ampla, que vai além da mera análise textual das normas jurídicas, buscando compreender a estrutura e os fundamentos do ordenamento jurídico como um todo. A interpretação das normas não pode ser dissociada de seu contexto histórico, de sua finalidade e de seus efeitos na sociedade.²⁴³

²⁴¹ MARTINS JÚNIOR, Lázaro Alves. Crítica à múltipla filiação registral e os seus efeitos nas linhas sucessórias à luz da interpretação constitucional com fulcro na teoria dos valores substantivos – substantive values – e do direito fundamental à felicidade. *Revista Quaestio Iuris*, [s. l.], v. 12, n. 4, p. 305-366, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestiojuris/article/view/39696>. Acesso em: 29 set. 2023.

²⁴² DE QUEIROZ, Daiane. Homeschooling: análise do julgamento do recurso extraordinário 888.815 e a metódica concretista de Friedrich Müller. *Brazilian Journal of Development*, [s. l.], v. 6, n. 6, p. 41383-41398, 2020.

²⁴³ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito:* introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; MÜLLER, Friedrich. El derecho de creación judicial, formulado desde el punto de vista de la teoría del derecho. Tradução de Luis-Quintin Villacorta Mancebo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, [s. l.], v. 20, 2012. Disponível em: [El Derecho de Creación Judicial - formulado desde el punto de vista de la Teoría Estructurante del Derecho | Muller | Revista Brasileira de Direito Constitucional \(esdc.com.br\)](http://www.esdc.com.br/El-Derecho-de-Creacion-Judicial-formulado-desde-el-punto-de-vista-de-la-Teoria-Estructurante-del-Derecho-Muller-Revista-Brasileira-de-Direito-Constitucional-esdc.com.br). Acesso em: 29 set. 2023.

Dessa forma, a teoria estruturante busca uma compreensão mais abrangente e dinâmica do direito, reconhecendo-o como um sistema em constante evolução e adaptação às demandas sociais e políticas.²⁴⁴

Uma das principais características desse método é sua ênfase na interpretação dos princípios jurídicos como base no ordenamento jurídico. Isso porque os princípios são fundamentais para garantir a coerência e a integridade do sistema jurídico, orientando a interpretação das normas específicas. Essa abordagem permite uma análise sistemática e coerente das normas jurídicas, promovendo a harmonia do sistema jurídico como um todo.²⁴⁵

Além disso, há uma valorização da interpretação contextualizada do direito, levando em consideração o contexto social, político e cultural em que as normas jurídicas são aplicadas. Isso significa reconhecer a importância das circunstâncias específicas de cada caso na interpretação e aplicação do direito, garantindo sua adequação à realidade concreta da sociedade.²⁴⁶

Outro aspecto relevante está no reconhecimento de uma interpretação evolutiva do direito. Müller reconhece a necessidade de adaptação das normas jurídicas às mudanças sociais e políticas da sociedade, promovendo sua capacidade de responder aos novos desafios e demandas a eles inerentes. Isso reflete uma visão dinâmica do direito, que reconhece sua natureza mutável e sua capacidade de se ajustar às transformações sociais.

No contexto constitucional, a teoria estruturante assume uma importância ainda maior, uma vez que busca garantir a efetividade dos princípios constitucionais na prática. Ao interpretar a Constituição à luz de sua estrutura e de seus princípios fundamentais, visa garantir

²⁴⁴ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; BURG, Amanda Karolini; NOGUERIA AMORIM FILHO, Nelson; DAS NEVES GONÇALVES, Everton. A teoria estruturante do direito de Friedrich Müller no Brasil: uma análise a partir dos estudos acadêmicos realizados no programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina. *Direito Públíco*, [s. l.], v. 19, n. 103, 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6394>. Acesso em: 29 set. 2023.

²⁴⁵ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; MÜLLER, Friedrich. El derecho de creación judicial, formulado desde el punto de vista de la teoría del derecho. Traducción de Luis-Quintin Villacorta Mancebo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, [s. l.], v. 20, 2012. Disponível em: [El Derecho de Creación Judicial - formulado desde el punto de vista de la Teoría Estructurante del Derecho | Muller | Revista Brasileira de Direito Constitucional \(esdc.com.br\)](http://esdc.com.br). Acesso em: 29 set. 2023.

²⁴⁶ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; MÜLLER, Friedrich. El derecho de creación judicial, formulado desde el punto de vista de la teoría del derecho. Traducción de Luis-Quintin Villacorta Mancebo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, [s. l.], v. 20, 2012. Disponível em: [El Derecho de Creación Judicial - formulado desde el punto de vista de la Teoría Estructurante del Derecho | Muller | Revista Brasileira de Direito Constitucional \(esdc.com.br\)](http://esdc.com.br). Acesso em: 29 set. 2023.

a coerência e a integridade do ordenamento jurídico como um todo, promovendo a proteção dos direitos fundamentais e a realização dos valores democráticos.²⁴⁷

A interpretação democrática do direito deve buscar promover uma maior participação dos cidadãos na formação e aplicação das normas jurídicas. Ao reconhecer a importância da sociedade civil na construção do direito, a teoria estruturante busca garantir a legitimidade das decisões judiciais e a representatividade do sistema jurídico como um todo.

Nessa perspectiva, os princípios fundamentais desempenhariam um papel central na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, especialmente no contexto constitucional. Esses princípios são considerados as bases sobre as quais o sistema jurídico é construído, orientando a interpretação e a aplicação das normas específicas em consonância com os valores e objetivos fundamentais da sociedade.

Entre os princípios fundamentais destacados por Müller encontram-se, principalmente, o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da segurança jurídica e da justiça social.²⁴⁸

A dignidade da pessoa humana é reconhecida como um princípio essencial que permeia todo o ordenamento jurídico, garantindo a proteção dos direitos humanos e fundamentais. A igualdade, por sua vez, assegura que todos os indivíduos sejam tratados de forma equânime perante a lei, sem discriminação de qualquer natureza.

A liberdade é um princípio que garante a autonomia e a capacidade de autodeterminação dos indivíduos, respeitando suas escolhas e preferências dentro dos limites estabelecidos pela lei. A segurança jurídica, outro princípio fundamental, assegura a previsibilidade e a estabilidade das relações jurídicas, promovendo a confiança dos cidadãos no sistema jurídico.

A justiça social, por sua vez, busca garantir a distribuição equitativa de recursos e oportunidades na sociedade, reduzindo as desigualdades e promovendo o bem-estar comum. Esses princípios fundamentais, embora não expressos de forma explícita em todas as normas jurídicas, são reconhecidos como valores subjacentes ao ordenamento jurídico, orientando sua interpretação e aplicação.

²⁴⁷ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; MÜLLER, Friedrich. El derecho de creación judicial, formulado desde el punto de vista de la teoría del derecho. Tradução de Luis-Quintin Villacorta Mancebo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, [s. l.], v. 20, 2012. Disponível em: [El Derecho de Creación Judicial - formulado desde el punto de vista de la Teoría Estructurante del Derecho | Muller | Revista Brasileira de Direito Constitucional \(esdc.com.br\)](http://www.esdc.com.br/revista-brasileira-de-direito-constitucional/2012/1/el-derecho-de-creacion-judicial-formulado-desde-el-punto-de-vista-de-la-teoria-estructurante-del-derecho-muller-revista-brasileira-de-direito-constitucional-esdc.com.br). Acesso em: 29 set. 2023.

²⁴⁸ BURG, Amanda Karolini; AMORIM FILHO, Nelson Nogueira; DAS NEVES GONÇALVES, Everton. A teoria estruturante do direito de Friedrich Müller no Brasil: uma análise a partir dos estudos acadêmicos realizados no programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina. *Direito Público*, [s. l.], v. 19, n. 103, 2022.

A interpretação dos princípios fundamentais exige uma análise contextualizada e ponderada, levando em consideração o contexto social, político e cultural em que as normas jurídicas são aplicadas.

Além disso, a interpretação dos princípios fundamentais requer uma abordagem ampla, que considere não apenas o texto normativo, mas também seus objetivos, sua finalidade e seus efeitos na sociedade. Também nesse método, reconhece-se a importância da interpretação evolutiva dos princípios fundamentais, principalmente pela necessidade de adaptação desses princípios às mudanças sociais e políticas da sociedade.²⁴⁹

Os princípios fundamentais também desempenham um papel central na resolução de conflitos normativos, fornecendo critérios para a hierarquização e ponderação de normas em casos de colisão de direitos. No contexto constitucional, os princípios fundamentais têm uma importância ainda maior, uma vez que orientam a interpretação e a aplicação de toda a Constituição, garantindo sua coerência e integridade.²⁵⁰

Ao reconhecer os princípios fundamentais como bases do ordenamento jurídico, a teoria estruturante busca garantir uma interpretação coerente e sistemática das normas jurídicas, promovendo a segurança jurídica e a justiça na sociedade.

Com essas considerações, conclui-se este capítulo da pesquisa, ficando evidenciado que, na Constituição, “a sistematização, a hierarquia de fins não é historicamente fixa, mas depende da assunção de ‘metavalores’ por parte da interpretação ‘adequada aos fatos’ emergentes”²⁵¹. Noutras palavras:

A interpretação das normas em geral e, em particular, das constitucionais, como visto, permite que se promova sua evolução material. Trata-se de uma orientação inafastável. É necessário buscar um equilíbrio entre perenidade e mutabilidade. A interpretação evolutiva é “a operação destinada a reconstruir o direito dinamicamente, na medida das exigências cambiantes que a realidade social manifesta. Só se pode falar em interpretação evolutiva dentro da opção conceitual de Constituição aberta, como é o caso da brasileira. Em sentido oposto tem-se a Constituição imutável, “petrificada”, que vai sendo corroída pela passagem do tempo, e todas aquelas propostas hermenêuticas que buscam impedir qualquer ideia de

²⁴⁹ MÜLLER, Friedrich. El derecho de creación judicial, formulado desde el punto de vista de la teoría del derecho. Traducción de Luis-Quintin Villacorta Mancebo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, [s. l.], v. 20, 2012. Disponível em: [El Derecho de Creación Judicial - formulado desde el punto de vista de la Teoría Estructurante del Derecho | Muller | Revista Brasileira de Direito Constitucional \(esdc.com.br\)](http://El Derecho de Creación Judicial - formulado desde el punto de vista de la Teoría Estructurante del Derecho | Muller | Revista Brasileira de Direito Constitucional (esdc.com.br)). Acesso em: 29 set. 2023.

²⁵⁰ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

²⁵¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Diritto costituzionale: il sistema delle fonti del diritto*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1998. v. 1. p. 83.

“Constituicao viva”, como é o caso do originalismo e, mais amplamente, do interpretivismo, correntes interpretativas desenvolvidas nos EUA e que pregam, basicamente, uma vinculação extrema ao texto e ao que nele estaria expressamente contido, sem qualquer possibilidade de evolução por meio da interpretação do texto. Também é a proposta encabeçada pelo famoso juiz da Corte Suprema dos EUA, Antonin Scalia, em sua conhecida vertente “texto e tradição”. Ademais, a interpretação evolutiva mostra-se extremamente adequada às Constituições que, como a brasileira e a maioria das Constituições atuais, contemplam em si finalidades distintas, absolutamente diversas. A preferência por uma ou outra não se encontra na Constituição, mas sim numa escolha que pertence ao momento histórico vivido. Assim ocorre, v.g., entre a segurança e a privacidade, ou a comunicação e a intimidade.²⁵²

²⁵² TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. p. 174.

4. A EPISTEMOLOGIA ONTOLÓGICA DOS FATOS²⁵³ PARA A SUA POSTERIOR IDENTIFICAÇÃO NO ESTUDO DE CASO

Como visto alhures, a partir ao art. 9º, § 1º, da Lei 9.868/1999, introduziu-se “autorização para a Corte investigar fatos e valorar provas no controle concentrado de constitucionalidade”²⁵⁴.

E, nessa perspectiva, há que se destacar que:

[...] estar legitimado a discutir é algo completamente diferente de estar em condições de esclarecer fatos. Para que alguém possa se revestir de autoridade para esclarecer fatos, quando esses dependem de parecer de técnicos e especialistas, há de existir imparcialidade, ou melhor, não intenção de abordar e concluir sobre os fatos a partir de um interesse predefinido. Isso não quer dizer, entretanto, que determinados fatos – que estão presentes no dia a dia da vida em sociedade – não possam ser esclarecidos a partir da ouvida de grupos interessados. Tudo depende da natureza dos fatos de que se está falando. Fatos científicos ou fatos que necessitam ser provados devem ser demonstrados por técnicos imparciais. Fatos que fazem parte da vida das pessoas, e que assim podem se repetir em diferentes momentos e ocasiões, podem ser apresentados e discutidos pelos interessados. Nessa última hipótese, não se procura aferir e demonstrar os fatos, mas demonstrar como são considerados em determinado contexto social. O argumento não está no fato, mas no que ele significa em certo espaço da sociedade ou para determinada comunidade. Na verdade, isso é assim porque os fatos do dia a dia não são aqueles que devem ser provados ou verificados para serem reconhecidos como verdadeiros. Esses fatos são admitidos como existentes ou verdadeiros pelas pessoas. Diverge-se sobre o seu significado, de modo que [a] discussão diz com o modo de ver os fatos. Quando as pessoas veem os fatos com olhos diferentes ou a partir de valores distintos, a participação de grupos interessados faz ver um diálogo plural e democrático, capaz de dar a Corte a possibilidade de aferir com maior nitidez os motivos (e não apenas os fatos) do desacordo, e, até mesmo, se esse pode ser resolvido pela Corte.²⁵⁵

²⁵³ Terminologia utilizada por Renato Gugliano Herani (HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 57).

²⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 705.

²⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 707. Trecho no qual Marinoni tece comentários sobre a audiência pública e a participação de *amicus curiae* nas ações de controle abstrato de constitucionalidade.

Contudo, ainda persiste, como também é sabido, uma certa inquietude gerada pela aceitação comumente orientada na “percepção positivista clássica do conflito constitucional, em maior ou menor medida, a depender da natureza do vício legislativo, de desprovir-se de uma dimensão fática e ser equacionada no seu processo de decisão”²⁵⁶.

Nesse sentido, propugna-se, neste capítulo, inicialmente, o estudo ontológico “do fato” na perspectiva da filosofia da linguagem proposta por John Rogers Searle, não para descrevê-lo em si, ou “explicá-lo cientificamente, tal como ocorre no mundo, mas para conhecê-lo do ponto de vista do Direito, para responder: os juízes constitucionais averiguam fatos para decidir a constitucionalidade das leis?”²⁵⁷

Assim, há que considerar os fatos como eles são “vistos pelo Direito fora dos limites do sistema jurídico: o que são os fatos, para o Direito, quando ainda não incorporados no sistema jurídico? E, num segundo momento, classificá-los conforme observados no sistema jurídico”²⁵⁸.

Muito bem. John Rogers Searle, ao elaborar uma teoria que tratou da ontologia do mundo social, pretendeu, até com certa ambição, proporcionar os fundamentos para uma nova disciplina filosófica a qual denominou “filosofia da sociedade”²⁵⁹.

Para ele, as ciências sociais do século XIX, das quais são expoentes Max Weber, Émile Durkheim e George Simmel, não dispunham, naquela época, de “ferramentas conceituais” que respondessem satisfatoriamente às questões mais fundamentais das ciências sociais. Faltav-lhes, principalmente, uma teoria que tratasse dos atos de fala (ou teoria da linguagem) e do conceito de intencionalidade coletiva.²⁶⁰

No presente estudo, acredita-se que, pela estrutura ontológica do fato social, elaborada por John Rogers Searle, já será possível a identificação dos fatos que serviram de fundamentos para o voto condutor proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da sempre referida ADI 5.529/DF, pois:

[...] é possível ir além da definição dogmática tradicional do fato, que nada o explicita quanto ao modo e a estrutura em si de sua existência antes de ser, e para ser, observado como um dado jurídico. A restrita perspectiva de análise dos fatos, sem se

²⁵⁶ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Editora Prismas, 2016. p. 57.

²⁵⁷ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Editora Prismas, 2016. p. 57.

²⁵⁸ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Editora Prismas, 2016. p. 58.

²⁵⁹ ARAUJO, Marcelo de. John Searle e a ontologia do mundo social: subsídios para uma teoria acerca do objeto do conhecimento jurídico. In: MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (Org.). *Epistemologia e metodologia do direito*. Campinas, SP: Millennium, 2011. p. 17-32.

²⁶⁰ ARAUJO, Marcelo de. John Searle e a ontologia do mundo social: subsídios para uma teoria acerca do objeto do conhecimento jurídico. In: MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (Org.). *Epistemologia e metodologia do direito*. Campinas, SP: Millennium, 2011. p. 17-32.

atentar para o seu estatuto ontológico, dificulta o estudo da prova, pois obstrui a explicitação do objeto de comprovação. Antes de ser descrito juridicamente, um fato é a expressão da realidade, e como tal é verificável objetivamente, o que torna possível descrever a sua estrutura ontológica.²⁶¹

A referida teoria sobre a ontologia do mundo social chama a atenção, de início, então, para a diferença existente entre dois tipos de fatos: os fatos brutos e os fatos institucionais, que serão vistos a seguir.

4.1 FATOS BRUTOS E FATOS INSTITUCIONAIS

Em sua obra, Searle explora a distinção entre fatos brutos e fatos institucionais e como eles são fundamentais para a compreensão da realidade e da construção social.

Nessa perspectiva, os fatos brutos são eventos ou circunstâncias que existem independentemente da consciência ou da linguagem humana, enquanto os fatos institucionais são construídos por meio de convenções sociais e institucionais. Assim, duas são as ordens de considerações descritivas:

i) o fundamental do mundo descrito pela ciência natural dá conta, à primeira vista, do que independe de sentimentos, crenças, atitudes, enfim, do estado intencional humano, como o físico, químico, e biológico, entre os quais, “força, massa, atração gravitacional, fotossíntese, enlace químico e tectônico de placas” [fatos brutos];

ii) o mundo por considerações relativas ao observador; as crenças e outras atitudes humanas dão conta de fatos ou eventos sociais, que escondem uma ontologia institucional invisível, localizada no universo cognitivo das ciências sociais (tais como econômica, política, sociologia, antropológica e jurídica), e nele estão “o dinheiro, o governo, a propriedade, o matrimônio, os clubes sociais e as eleições presidenciais”, como também a lei.²⁶²

Essa distinção é fundamental para entender como os seres humanos criam e interpretam o mundo ao seu redor.²⁶³

²⁶¹ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 59.

²⁶² SEARLE, John Rogers. ¿Qué es una institución? *Revista de Derecho Político*. DOI: 10.5944/rdp.66.2006.8985. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/287574149_Que_es_una_institucion. Acesso em: 29 set. 2023; HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 59-60.

²⁶³ SEARLE, John Rogers. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real*. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 105-125; LIMA, João Alberto de Oliveira. Sistematização de normas regulatórias: uma abordagem baseada no neo-institucionalismo. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 375-402, 2016; ARAUJO, Marcelo de. John Searle e a ontologia do mundo social: subsídios para uma teoria acerca do

Os fatos brutos são elementos fundamentais da realidade objetiva e existem independentemente da percepção ou interpretação humana. São eventos ou circunstâncias que podem ser observados e verificados empiricamente e não dependem da linguagem, em princípio, ou da consciência para sua existência. O movimento dos planetas, ou ações individuais, como a cinesia de um braço, são fatos brutos.²⁶⁴

Por outro lado, os fatos institucionais são construções sociais e dependem da aceitação coletiva de certas normas ou convenções para sua validade e relevância. Eles são criados e mantidos por meio de práticas sociais e institucionais, como a linguagem, o direito, a política e a economia, como visto na citação anterior. As leis, os contratos, as convenções sociais e as instituições políticas são fatos institucionais.²⁶⁵

Nessa aceitação coletiva, destaque-se a estrutura ontológica dos fatos institucionais que se constitui (*i*) da intencionalidade coletiva, em oposição à individual; (*ii*) da atribuição de funções especiais; e (*iii*) de regras constitutivas, em oposição às regulativas. Vê-se, portanto, que os fatos institucionais “são estruturados, hierarquicamente, por tais elementos, a partir e com base nos fatos brutos”²⁶⁶.

A intencionalidade é o “termo geral para todas as várias formas pelas quais a mente pode ser direcionada ‘a’, ou ‘ser sobre’, ou ‘de’, objetos e estado de coisas no mundo”²⁶⁷. E a intencionalidade coletiva “predica autonomia em relação à individual. Ainda que as motivações ou desejos sejam individuais, dispares até, a intencionalidade coletiva capta a cooperação do ‘eu’ como parte de um ‘nossa fazer’”²⁶⁸.

Desse modo, “qualquer fato que absorva ou entranhe tal intencionalidade é um fato social; mas nem todo fato social é institucional”²⁶⁹. E isso se justifica, pois:

objeto do conhecimento jurídico. In: MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (Org.). *Epistemologia e metodologia do direito*. Campinas, SP: Millennium, 2011. p. 17-32.

²⁶⁴ SEARLE, John Rogers. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real*. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 105-125; LIMA, João Alberto de Oliveira. Sistematização de normas regulatórias: uma abordagem baseada no neo-institucionalismo. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 375-402, 2016; ARAUJO, Marcelo de. John Searle e a ontologia do mundo social: subsídios para uma teoria acerca do objeto do conhecimento jurídico. In: MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (Org.). *Epistemologia e metodologia do direito*. Campinas, SP: Millennium, 2011. p. 17-32.

²⁶⁵ SEARLE, John Rogers. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real*. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 105-125; LIMA, João Alberto de Oliveira. Sistematização de normas regulatórias: uma abordagem baseada no neo-institucionalismo. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 375-402, 2016.

²⁶⁶ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 62.

²⁶⁷ SEARLE, John Rogers. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real*. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 112.

²⁶⁸ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 62.

²⁶⁹ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 62.

Uma subclasse destes fatos mentais são os fatos institucionais, isto é, aqueles fatos que envolvem intencionalidade coletiva e que só existem no marco das instituições sociais. Estes, para Searle, são assuntos de funções de *status*. As pessoas, através da intencionalidade coletiva, atribuem ou impõem um novo *status* a um objeto ou a um fato bruto ou natural, *status* este ao qual se atribui uma função. Dita função é denominada função de *status* já que não pode ser cumprida meramente em virtude dos próprios traços físicos ou químicos dos objetos, senão que depende de que se aceite ou reconheça *juntos* o novo *status*. Quando este procedimento ou prática de assinar funções de *status* se regulariza pode formalizar-se através de uma regra cuja representação lógica é “X conta como Y no contexto C”, donde X é um fato ou objeto prévio ao que a locução “conta como” lhe atribui o *status*. E com uma determinação de função. O novo *status* Y não foi possuído previamente pelo fato ou objeto X e a função atribuída a Y (a função de *status*) é uma função não bruta ou não casual, ou seja, não se deriva diretamente da própria existência do objeto.²⁷⁰

Uma das contribuições mais importantes de Searle para a teoria dos fatos institucionais é a sua análise do conceito de “atos de fala da linguagem” (*speech acts*)²⁷¹.

A teoria dos atos de fala da linguagem “mostra como o uso da linguagem permite realizar atos de várias naturezas, tais como, descrição, comando, pedido, declaração, entre outros”²⁷².

Ele defende, assim, que muitos fatos institucionais são criados por meio de atos de linguagem, nos quais os indivíduos fazem afirmações ou declarações que têm o poder de criar novas realidades ou alterar o curso dos eventos. Exemplificando, ao celebrar um contrato, as partes estão realizando um ato de linguagem que cria obrigações legais e institui um novo conjunto de fatos institucionais.²⁷³

Searle destaca, portanto, a importância da linguagem na criação e manutenção de fatos institucionais. Para ele, a linguagem, escrita ou falada, desempenha um papel fundamental na construção da realidade social, permitindo que os indivíduos se comuniquem e compartilhem

²⁷⁰ CANO, Roberto-Marino Jimenez. *El derecho como institución social*: Searle y Hart. Entre la ética, la política y el derecho: estudios em homenaje al profesor Gregorio Peçes-Barba. Madrid: Dykinson, 2008, p. 685 *apud* HERANI, Renato Gugliano. *A prova da constitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 63.

²⁷¹ Sobre os atos de fala: SEARLE, John Rogers. *Speech acts: An essay in the philosophy of language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969. v. 626. Disponível em: <https://archive.org/details/speechactsssayi0000sear/page/n219/mode/2up>. Acesso em: 29 set. 2023.

²⁷² LIMA, João Alberto de Oliveira. Sistematização de normas regulatórias: uma abordagem baseada no neo-institucionalismo. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 375-402, 2016.

²⁷³ SEARLE, John Rogers. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real*. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 105-125; DE FRANCO, A. et al. Dimensioni istituzionali dei fenomeni urbani e della pianificazione. Un'applicazione dell'ontologia sociale di John Searle. *Territorio*, v. 2022, 2023, p. 120-126. Disponível em: <https://re.public.polimi.it/handle/11311/1261920?mode=simple>. Acesso em: 29 set. 2023.

conceitos, normas e valores. Desse modo, será a linguagem o meio a capacitar a sociedade a criar e interpretar fatos institucionais, como leis e normas sociais, que moldarão suas interações e experiências no mundo. Isso porque:

Os fatos brutos necessitam da instituição da linguagem para podermos enunciá-los, mas os fatos brutos mesmos existem independentemente da linguagem ou de qualquer outra instituição. Assim, o enunciado de que o Sol está a 150 milhões de quilômetros da Terra necessita de uma instituição da linguagem e uma instituição de medida das distâncias em quilômetros, mas o fato enunciado, o fato de que há uma certa distância entre a Terra e o Sol, existem com independência de qualquer instituição. Por outro lado, os fatos institucionais necessitam de instituições humanas especiais para sua existência. A linguagem é uma dessas instituições; em realidade, é o conjunto inteiro dessas instituições.²⁷⁴

Inserida nesse contexto está a importância das instituições políticas, jurídicas e econômicas nessa criação e aplicação de normas e regras que regem a vida em sociedade. Essas instituições desempenham um papel fundamental na estabilização e legitimação de fatos institucionais, garantindo sua continuidade e coerência ao longo do tempo.²⁷⁵

No entanto, reconhece que os fatos brutos e os fatos institucionais muitas vezes estão interconectados e se influenciam mutuamente. Por exemplo:

No processo de formação da lei (norma geral e abstrata), dá-se o ingresso, no universo jurídico, de fatos (brutos, sociais ou institucionais) seletivamente escolhidos na realidade físico-social (processo de tipificação legislativa). É o primeiro nível de conhecimento/interpretação dos fatos. Apresentam-se ao legislador sistemas de referência: (a) não jurídicos, como “dinheiro”, próprio da economia, ou a “cirurgia”, da biologia médica; o “poder” do político; ou ainda (b) jurídicos, como “contrato” ou a “herança”. Esses fatos, tomados na composição do texto legislativo, sofrem a dupla institucionalização.²⁷⁶

²⁷⁴ SEARLE, John Rogers. *La construcción de la realidad social*. Tradução de Antoni Domènec. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997. p. 45 *apud* HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 66.

²⁷⁵ SEARLE, John Rogers. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real*. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 105-125; SEARLE, John R. *The construction of social reality*. New York: Free Press, 1995. Disponível em: <https://archive.org/details/constructionsof00sear/page/n5/mode/2up>. Acesso em: 29 set. 2023.

²⁷⁶ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 75.

4.1.1 Fatos brutos

Os fatos brutos podem fornecer o contexto ou a base empírica para a criação de fatos institucionais, enquanto os fatos institucionais podem moldar a interpretação e aplicação de eventos brutos.²⁷⁷

Veja-se que, em determinados casos, os fatos brutos formam a base sobre a qual os fatos institucionais são construídos. Por exemplo, uma rocha, que é um fato bruto, pode ser usada como um marco de fronteira, que seria um fato institucional, mas a existência da rocha independe da função institucional a ela atribuída.²⁷⁸

No contexto jurídico, a consideração de fatos brutos pode ser crucial para a tomada de decisões baseadas em evidências objetivas. Por exemplo, em um caso de homicídio, a análise de provas físicas, como impressões digitais ou traços de DNA, envolve a consideração de fatos brutos que podem ajudar a determinar a verdade sobre o ocorrido.²⁷⁹

Mas, também a distinção entre fatos brutos e institucionais é relevante. Quando a questão diz respeito à ética e à moralidade, por exemplo: enquanto os fatos brutos descrevem o que é, os fatos institucionais e as normas morais frequentemente lidam com o que deve ser. Essa distinção ajuda a esclarecer a diferença entre descrever a realidade e prescrever como as pessoas devem agir dentro dessa mesma realidade.²⁸⁰

Fatos brutos são frequentemente utilizados como base para argumentações racionais e lógicas. E isso se justifica, pois, em debates filosóficos e científicos, a referência a fatos brutos pode sustentar argumentos e, desse modo, evitar sofismas ou faláciais que dependem de interpretações subjetivas ou distorcidas da realidade.

A sua compreensão, portanto, é essencial para o desenvolvimento do conhecimento científico. O método científico, que inclui observação, experimentação e verificação, é projetado para descobrir e entender os fatos brutos do mundo natural. Esse conhecimento é, então, utilizado para formular teorias e leis científicas que explicam os fenômenos observados.

²⁷⁷SEARLE, John Rogers. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real*. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 105-125; LIMA, João Alberto de Oliveira. Sistematização de normas regulatórias: uma abordagem baseada no neo-institucionalismo. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 375-402, 2016.

²⁷⁸GUERRA, Marcelo Lima. Fatos e instituições: um mundo feito de normas. *Diálogo Jurídico* (Fortaleza. 2002), Fortaleza, v. 4, p. 43-52, 2005.

²⁷⁹LIMA, João Alberto de Oliveira. Sistematização de normas regulatórias: uma abordagem baseada no neo-institucionalismo. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 375-402, 2016.

²⁸⁰DÖRGE, Friedrich Christoph; HOLWEGER, Matthias. The non-existence of institutional facts. *Synthese*, v. 199, n. 1, p. 4953-4974, 2021. Disponível em: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s11229-020-03010-6.pdf>. Acesso em: 29 set. 2023.

Na epistemologia, os fatos brutos são vistos como dados fundamentais que podem ser conhecidos através da experiência sensorial direta. Eles fornecem a base empírica sobre a qual o conhecimento é construído. Nesse contexto, a percepção visual de uma árvore é um fato bruto que pode ser confirmado por diferentes observadores.

Muito bem. A relação entre fatos brutos e fatos institucionais também pode ser vislumbrada na economia. Nisso, o valor intrínseco de um recurso natural como o ouro (fato bruto) é distinto do valor que ele adquire no mercado financeiro (fato institucional), que dependerá de convenções e percepções humanas.²⁸¹

Os fatos brutos também desempenham um papel importante nas discussões sobre a natureza da realidade. Questões metafísicas sobre a existência e a natureza dos objetos físicos frequentemente envolverão a sua consideração.²⁸² Esses debates ajudam a esclarecer o que é considerado real, independentemente das percepções humanas. Nas argumentações sobre o determinismo e o livre-arbítrio, os fatos brutos são frequentemente utilizados como argumentos de que certos eventos são determinados por leis naturais imutáveis.

Exemplificando, a trajetória de um objeto em queda livre é determinada, então, por leis físicas, que são fatos brutos, enquanto as decisões humanas podem ser vistas como mais complexas e influenciadas por fatores institucionais.

Nessa contextura, registre-se que:

A jurisprudência constitucional brasileira não estranha os fatos brutos. É certo que não os invoca com a mesma frequência que os institucionais, mas não faltam exemplos que protagonizaram no controle de constitucionalidade, como o fato das *células-tronco embrionárias*, relatado na ADIn 3.510/DF [“células-tronco embrionárias” são células contidas num grupamento de outras, encontradiças em cada embrião humano de até 14 dias”]; o *amiante crisotila*, relatado na ADIn-MC 2.396/MS [“dada a sua natureza fibrosa e sua fácil dispersão pelo ar, sua aspiração em altas concentrações e/ou por tempo prolongado pode ser causa de moléstias graves do trato respiratório, como a asbestose e o mesotelioma”]; a sexualidade, na ADPF 132/RJ [“o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou desmerecimento inato das pessoas, pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher ou homem [...]. Cuida-se, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao

²⁸¹ SEARLE, John Rogers. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real*. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 105-125.

²⁸² LIMA, João Alberto de Oliveira. Sistematização de normas regulatórias: uma abordagem baseada no neo-institucionalismo. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 375-402, 2016.

menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humanas”]; a *anencefalia*, na ADPF 54/DF.²⁸³

4.1.2 Fatos institucionais

De modo mais específico sobre os fatos institucionais, e como visto no início deste capítulo, eles são construções sociais que dependem de convenções, regras e normas para existir. Não fazem parte da realidade física ou natural, mas são criados e sustentados por meio de práticas sociais e culturais. As leis, os contratos e as instituições políticas são fatos institucionais.²⁸⁴

Esses fatos só têm significado e função dentro de um contexto social e normativo específico, e a sua existência depende do reconhecimento coletivo e da aceitação das normas e convenções que os sustentam.²⁸⁵ E, com essa perspectiva, apresentam-se, abaixo, noções diversas e possíveis que envolvem os fatos institucionais, de modo a sedimentar o seu conceito.

Isso se justifica, pois Searle explorou extensivamente a natureza dos fatos institucionais. Para esse filósofo da linguagem, eles são criados por meio de declarações que atribuem funções específicas a objetos ou ações. Veja-se: a declaração “Este pedaço de papel é dinheiro” atribui uma função institucional ao papel, transformando-o em moeda dentro de um sistema econômico.²⁸⁶

O dinheiro, então, só tem valia porque as pessoas concordam e, consequentemente, aceitam atribuir-lhe valor e utilizá-lo como meio de troca. Sem esse reconhecimento social, o dinheiro seria apenas pedaços de papel ou metal sem valor intrínseco.²⁸⁷

Os fatos institucionais são, também, fundamentais para a estruturação da vida social. Permitem a organização e a coordenação das atividades humanas em grande escala, criando padrões de comportamento que facilitam a cooperação e a convivência.

As leis são fatos institucionais e regulam o comportamento das pessoas. Dessa maneira, garantem a ordem social. Têm, então, um caráter normativo, pois orientam o comportamento das pessoas e criam um sentido de obrigação no contexto da acentuada intencionalidade coletiva, anteriormente vista.

A criação desses fatos institucionais envolve, como visto, a atribuição de *status* e funções a determinados elementos do mundo. Esse processo é mediado por normas e regras que

²⁸³ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 61.

²⁸⁴ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 62-65.

²⁸⁵ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 62-65.

²⁸⁶ SEARLE, John Rogers. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real*. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 105-125.

²⁸⁷ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 62-65.

definem como esses elementos devem ser reconhecidos e utilizados. Observe-se, assim, uma vez mais, que o casamento é um fato institucional que envolve a atribuição de *status* de cônjuge a duas pessoas, com base em regras e normas sociais e legais.²⁸⁸

E a manutenção dos fatos institucionais dependerá, ainda, da contínua aceitação e reconhecimento por parte da sociedade. E isso envolve processos de socialização e educação, nos quais os indivíduos aprendem sobre as normas e regras que sustentam os fatos institucionais e internalizam essas normas como parte de sua compreensão do mundo social.

Poderão variar, por certo, de acordo com o contexto cultural e histórico. Diferentes sociedades têm distintos conjuntos de fatos institucionais, a refletir suas tradições, valores e práticas sociais específicas.²⁸⁹

A análise dos fatos institucionais revela, ademais, a importância das estruturas de poder e autoridade na sociedade. As normas e regras que os sustentam frequentemente espelham as relações de poder e os interesses dos grupos dominantes. Compreender esses processos é essencial, portanto, para entender como o poder é exercido e legitimado na sociedade.²⁹⁰

Para o direito, há que se considerar que as normas jurídicas são exemplos claros de fatos institucionais, cuja validade e eficácia também dependerão do reconhecimento e aceitação por parte da comunidade jurídica e da sociedade em geral. Desse modo, as leis são criadas, interpretadas e aplicadas dentro de um sistema institucional que lhes conferirá autoridade e significado.

Nesse cenário, a criação de fatos institucionais envolverá, sempre que necessário, os processos de formalização e codificação, pois as normas e regras, que lhes dão sustentação, são frequentemente registradas em documentos escritos, a exemplo de Constituições, leis e regulamentos, que fornecem uma base estável e verificável para a sua aplicação.

A dinâmica dos fatos institucionais também está relacionada à mudança social e à inovação. Novos fatos institucionais podem surgir em resposta a mudanças nas condições sociais, tecnológicas e econômicas. A criação de novas legislações para a proteção da

²⁸⁸ SEARLE, John Rogers. *Mente, linguagem e sociedade*: filosofia no mundo real. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 105-125.

²⁸⁹ SEARLE, John Rogers. *Mente, linguagem e sociedade*: filosofia no mundo real. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 105-125.

²⁹⁰ LIMA, João Alberto de Oliveira. Sistematização de normas regulatórias: uma abordagem baseada no neo-institucionalismo. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 2, n. 1, , p. 375-402, 2016; HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 62-65.

propriedade intelectual, no contexto atual, por exemplo, constitui-se numa resposta às mudanças operadas na tecnologia e na economia digital.²⁹¹

Ademais, interpretar e aplicar os fatos institucionais são tarefas complexas que envolvem a compreensão do contexto normativo e social em que esses fatos operam. Os intérpretes das normas, principalmente os juízes e os advogados, desempenham um papel determinante na identificação do significado e do alcance dos fatos institucionais nos julgamentos de casos concretos²⁹². E isso se deve ao fato de que:

Magistratura e advocacia nutrem expectativas normativas comuns com relação ao que consubstancia argumentação pertinente e aceitável nos termos da lei. Mesmo que não houvesse estudo sociológico a respeito, o quanto exposto retro conduz à conclusão de que os *players* do direito compartilham normas que determinam quais argumentações detêm (ou deveriam deter) relevância para a solução dos conflitos em juízo. O estudo da argumentação jurídica não pretende outra coisa senão “pesquisar e explicar os critérios referentes aos que constitui um tipo positivo ou negativom aceitável ou inaceitável de argumento perante a lei”.²⁹³

A estabilidade dos fatos institucionais depende, portanto, da sua capacidade de subsistir às contestações e às mais diversas possibilidades de interpretações. Fatos institucionais que não são amplamente reconhecidos ou que são contestados por grandes segmentos da sociedade podem perder sua eficácia e legitimidade. A estabilidade das instituições jurídicas, por exemplo, depende da confiança e do respeito que elas inspiram na sociedade.

A análise dos fatos institucionais também se mostra relevante para a compreensão da legitimidade das normas e instituições. Essa legitimidade, como visto, submete-se ao reconhecimento e à aceitação dessas normas e instituições pela coletividade, que deve ter uma percepção clara de que são justas e apropriadas. Sem esse reconhecimento, as normas podem ser vistas como ilegítimas ou injustas:

²⁹¹ Sobre o assunto, ver: SILVA, João Mário Estevam. *Proteção patentária de funcionalidades de software à luz da Constituição Federal de 1988*. 2024. 188p. Tese (Doutorado em Direito Empresarial). Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2024.

²⁹² SEARLE, John Rogers. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real*. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 105-125; LIMA, João Alberto de Oliveira. Sistematização de normas regulatórias: uma abordagem baseada no neo-institucionalismo. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 375-402, 2016.

²⁹³ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 201.

Não faltam exemplos no constitucionalismo brasileiro de fatos institucionais criados por sistemas de regras constitutivas não jurídicas e submetidos à constitucionalidade. São mais frequentes do que os fatos brutos, dada a forte inclinação do Estado de constitucionalizar as instituições sociais e, por conseguinte, assegurar padrões normativos (ou regulativos) a tais instituições. Sem pretender esgotá-los, citamos alguns: os constitutivos pela sociologia, como a entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo; pela política, como o partido político; pela educação, como a universidade; pela economia, como a greve.²⁹⁴

Outra característica importante é a de que os fatos institucionais são frequentemente interdependentes, formando sistemas complexos de normas e regras que se sustentam mutuamente. O sistema jurídico seria um exemplo de conjunto de fatos institucionais interligados, nele incluídos as leis, os tribunais, os procedimentos e processos judiciais e, ainda, os princípios jurídicos. A interdependência desses elementos é básica, primordial para a coerência e a eficácia do sistema.²⁹⁵

Mais. A evolução dos fatos institucionais pode ser influenciada pelos métodos de interpretação e argumentação. As normas e regras que os sustentam são frequentemente objeto de debate e interpretação, o que pode levar a mudanças na forma como esses fatos são entendidos e aplicados. Os debates jurídicos e políticos desempenham um papel importante nesse aspecto.

Importa, igualmente, para a análise das políticas públicas, a compreensão dos fatos institucionais. As políticas públicas são construídas com base nesses fatos, e são eles que definem os objetivos, os meios e os critérios para a ação governamental. A eficácia das políticas públicas dependerá da clareza e da coerência desses fatos institucionais.²⁹⁶

Ademais, a análise dos fatos institucionais é relevante para a compreensão das desigualdades sociais, pois as normas e regras que lhes dão suporte podem refletir e perpetuar

²⁹⁴ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 65.

²⁹⁵ SEARLE, John Rogers. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real*. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 105-125; LIMA, João Alberto de Oliveira. Sistematização de normas regulatórias: uma abordagem baseada no neo-institucionalismo. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 375-402, 2016.

²⁹⁶ SEARLE, John Rogers. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real*. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 105-125; LIMA, João Alberto de Oliveira. Sistematização de normas regulatórias: uma abordagem baseada no neo-institucionalismo. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 375-402, 2016.

relações de poder e privilégio. Compreender, dessa maneira, como os fatos institucionais operam pode ajudar a identificar e abordar as fontes de desigualdades e injustiças.²⁹⁷

As instituições educacionais, religiosas e políticas também são exemplos de fatos institucionais que contribuem para a formação da identidade social. A análise dos fatos institucionais revela a importância da transparência e da responsabilidade dessas instituições sociais. Dessa forma, as normas e regras que sustentam os fatos institucionais devem ser claras e acessíveis; e os atores, responsáveis pela aplicação dessas normas, têm de ser responsáveis por suas ações.²⁹⁸

A criação de fatos institucionais pode envolver processos de inovação e experimentação. Novas normas e práticas podem ser desenvolvidas em resposta a desafios e oportunidades emergentes, levando à criação de novos fatos institucionais que podem transformar a estrutura social e econômica.

A inovação institucional é um tema importante na teoria das organizações e da administração pública. Os fatos institucionais são frequentemente objeto de disputa e contestação. Diferentes grupos e indivíduos podem ter interesses e perspectivas divergentes sobre as normas e regras que sustentam os fatos institucionais, a exemplo, justamente, do prazo de prorrogação de patentes.

Não há como desconsiderar, portanto, que processos de negociação e mediação são essenciais para resolver essas disputas e alcançar um consenso sobre a estrutura e o funcionamento das instituições.

Por fim, a observação de que normas e instituições que protegem os direitos humanos são fatos institucionais que necessitam, assim como os demais vistos acima, da validação e da aplicação sua efetiva pelos Estados e pela comunidade internacional. Essa proteção envolve a criação e a manutenção de um sistema institucional, a exemplo do sistema jurídico, que garanta a dignidade e os direitos de todas as pessoas.

As instituições internacionais, como as Nações Unidas (ONU), a Organização Mundial do Comércio (OMC), são constituídas sobre uma base de fatos institucionais que regulam as interações entre os Estados e outros atores globais. E a eficácia e a legitimidade dessas

²⁹⁷ LIMA, João Alberto de Oliveira. Sistematização de normas regulatórias: uma abordagem baseada no neo-institucionalismo. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 375-402, 2016; HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 62-65.

²⁹⁸ LIMA, João Alberto de Oliveira. Sistematização de normas regulatórias: uma abordagem baseada no neo-institucionalismo. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 375-402, 2016; HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 62-65.

instituições, da mesma forma, sujeitam-se ao reconhecimento e à aceitação das suas normas e regras pelos Estados-membros.

Desse modo, considerados todos os exemplos e acepções acima indicados, que dizem respeito, principalmente, ao reconhecimento da função dos fatos institucionais, acentue-se, em conclusão, que a sua criação e manutenção envolvem, necessariamente, processos de comunicação e linguagem. E, aqui, a justificativa pela escolha da análise dos fatos brutos e institucionais idealizados por Searle, justamente, um filósofo da linguagem.

A linguagem é, então, o meio essencial para a construção e para a transmissão de normas e regras sociais. Declarações, promessas e contratos são exemplos de atos de fala da linguagem que criam e sustentam fatos institucionais.²⁹⁹

A linguagem é a mais fundamental das instituições, pois todas as outras dependem dela. É possível a existência de uma sociedade que possua a instituição linguagem, mas não tenha propriedade privada, Estado e dinheiro. No entanto, não existe uma sociedade que possua as instituições Estado, dinheiro ou propriedade privada, mas não tenha a linguagem.³⁰⁰

4.2 OS FATOS INSTITUCIONAIS NA CONCEPÇÃO DE NEIL MACCORMICK

Em complementação à conceituação dos fatos institucionais preconizada por John Searle, apresenta-se, também, a concepção de Neil MacCormick para esses mesmos fatos. Nele, a validade das normas jurídicas não pode ser determinada apenas por critérios factuais, pois também exige uma análise das considerações normativas subjacentes:

O mundo do homem é composto de realidades e fatos físicos, mas também comporta os intitulados “fatos institucionais”. Consideram-se fatos institucionais aqueles que dependem da interpretação de objetos, eventos e ações à luz de um dado marco normativo. O cartão de crédito, por exemplo, não passaria de um pedaço de plástico com gravuras aleatórias, não fosse o significado que lhe é emprestado pelas regras de direito vigente.³⁰¹

²⁹⁹ SEARLE, John Rogers. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real*. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 105-125

³⁰⁰ LIMA, João Alberto de Oliveira. Sistematização de normas regulatórias: uma abordagem baseada no neo-institucionalismo. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 378, 2016.

³⁰¹ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 210.

Ao tecer sua teoria da argumentação jurídica, na qual examina como os argumentos são utilizados para fundamentar decisões judiciais e construir razões jurídicas convincentes, MacCormick estabelece o conceito de razão prática das regras, destacando a importância de se considerar não apenas as regras formais, mas também as implicações éticas e políticas das decisões fundadas na legislação.³⁰²

Além disso, realizou uma análise aprofundada das chamadas “instituições agências” e o papel delas na formação e aplicação do direito. Enfatizou, em conclusão, que essas instituições desempenham um papel crucial na interpretação das normas jurídicas e na garantia da estabilidade e legitimidade do sistema jurídico como um todo:

As intituladas agências institucionais desempenham papel importante na institucionalização de uma ordem. As “instituições agências” são instituições públicas responsáveis pela legislação, adjudicação (jurisdição) e execução-administração e imposição normativos. Também são consideradas instituições as sociedades, corporações e fundações dotadas de personalidade jurídica, porquanto constituídas de acordo com a lei. Dos atos das agências e pessoas institucionais decorrem figuras institucionais, como é a propriedade, o casamento, a família, os contratos etc. Outrossim, é possível falar em “coisas institucionais”, objetos invisíveis e intangíveis, que apenas existem em razão do direito, como é o caso das ações sociais, dos direitos autorais, das patentes etc.³⁰³

Desse modo, contribuiu significativamente para a compreensão de como as normas e instituições jurídicas são constituídas e operam em sociedade. A partir de uma análise detalhada das estruturas normativas que sustentam as instituições sociais, enfatizou a importância dos fatos institucionais na formação do direito e na regulação do comportamento humano.³⁰⁴

Os fatos institucionais seriam, então, construídos por meio de normas sociais que atribuem funções e significados específicos a certos eventos, ações e objetos. Esses fatos não existiriam de forma independente na realidade física. São criados e mantidos pelo reconhecimento coletivo das normas que os sustentam. Exemplificativamente, a propriedade de um imóvel é um fato institucional, pois depende de um conjunto de normas jurídicas para que seja reconhecido e respeitado:

³⁰² ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 198-222.

³⁰³ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 219.

³⁰⁴ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

O direito de propriedade, por exemplo, é altamente dependente de normas. Ao final, ter direito de propriedade sobre algo significa estar protegido por regras que impõem aos demais o dever de não perturbar a posse ou o uso da *res* de que se é dono. Por outro lado, os meios de aquisição da propriedade a ser tutelada estão, igualmente, regulamentados pela lei. Tudo isso, porém, está implícito no fato social patente do controle físico sobre o bem.³⁰⁵

As regras que regem as “instituições agência” dividem-se em regras constitutivas e regras regulativas. As primeiras são aquelas que criam novas formas de atividade social, dando origem a fatos institucionais. Elas não apenas regulam uma atividade, mas a constituem. Citam-se, a título de exemplo, as regras do xadrez. Essas regras, para além de regularem como o jogo deve ser jogado, criam a própria possibilidade de se jogar xadrez.³⁰⁶

Por outro lado, as regras regulativas são aquelas que orientam e regulam atividades já existentes. Elas não criam novos fatos institucionais, mas determinam como as atividades devem ser conduzidas dentro de um contexto social. Um exemplo de regra regulativa seria uma lei de trânsito que estabelece limites de velocidade. Essa lei não cria a atividade de dirigir, mas regula como ela deve ser realizada.³⁰⁷

MacCormick também explora a noção de reconhecimento normativo, que é fundamental para a existência dos fatos institucionais. Para que uma norma constitutiva crie um fato institucional, ela deve ser reconhecida e aceita pelas pessoas como válida. Esse reconhecimento faz-se, portanto, essencial para que a norma tenha força normativa e possa regular o comportamento social de maneira efetiva.³⁰⁸

³⁰⁵ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 219.

³⁰⁶ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006; PIRES, Teresinha Inês Teles. A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: dimensão normativa, raciocínio prático e justificação das decisões jurídicas. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 15, n. 2, p. 49-70, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/88a3/95fa1a5b13c606234dc12e0ff3d0f48d4a53.pdf>. Acesso em: 23 set. 2023.

³⁰⁷ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006; PIRES, Teresinha Inês Teles. A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: dimensão normativa, raciocínio prático e justificação das decisões jurídicas. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 15, n. 2, p. 49-70, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/88a3/95fa1a5b13c606234dc12e0ff3d0f48d4a53.pdf>. Acesso em: 23 set. 2023.

³⁰⁸ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006; PIRES, Teresinha Inês Teles. A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: dimensão normativa, raciocínio prático e justificação das decisões jurídicas. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 15, n. 2, p. 49-70, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/88a3/95fa1a5b13c606234dc12e0ff3d0f48d4a53.pdf>. Acesso em: 23 set. 2023.

Além disso, destaca a importância da institucionalização das normas. As normas constitutivas e regulativas precisam ser institucionalizadas para que possam criar e sustentar fatos institucionais de forma estável e duradoura. A institucionalização envolve a formalização e a incorporação das normas em estruturas sociais e jurídicas, como leis, regulamentos e práticas institucionais.³⁰⁹

De igual modo, aborda a interdependência entre fatos institucionais e normas jurídicas. Os fatos institucionais fornecem a base factual para a aplicação das normas jurídicas, enquanto as normas jurídicas, por sua vez, criam e mantêm os fatos institucionais. Essa interdependência é fundamental para a compreensão da dinâmica entre direito e sociedade.³¹⁰

Outra contribuição importante de MacCormick é a análise da legitimidade das normas e instituições jurídicas. Entende que a legitimidade das normas depende do reconhecimento coletivo e da aceitação dessas normas. Sem esse reconhecimento, não há força normativa e não há como criar fatos institucionais eficazes.³¹¹

Da relação entre fatos institucionais e a função social das normas jurídicas, é possível assentir que as normas jurídicas desempenham um papel crucial na organização e na regulação da vida social, criando estruturas estáveis que permitem a cooperação e a convivência social. Os fatos institucionais, portanto, são essenciais para a realização das funções sociais do direito.³¹²

A teoria dos fatos institucionais de MacCormick propugna, ademais, que as normas e os fatos institucionais têm uma dinamicidade e que, por isso, evoluiriam, em resposta às novas demandas e circunstâncias sociais. A mudança normativa, nesse sentido, poderia levar à criação de novos fatos institucionais e à transformação das estruturas sociais existentes.³¹³

³⁰⁹ MENDES MOREIRA, André; LIMA CARNEIRO, Filipe. O ato cooperativo e a incidência da contribuição ao pis/pasep e cofins: interpretação da expressão ato cooperativo do art. 70 da lei n. 5.764/71 sob a luz da teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário (RDIET)*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 290-316, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/issue/view/678>. Acesso em: 29 set. 2023.

³¹⁰ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

³¹¹ BIAZEVIC, Juan. *O raciocínio jurídico de Neil MacCormick: um estudo comparativo entre legal reasoning and legal theory e rhetoric and the rule of law*. São Paulo: Dialética, 2023.

³¹² MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

³¹³ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006; TEMPSKI FERREIRA DA COSTA, Daniel; WALTER DA ROSA, Luísa. A resolução de casos difíceis a partir do pensamento de Neil MacCormick: a necessidade da análise de precedentes das supremas cortes de nações democráticas. *Interfaces Científicas – Direito*, [s. l.], v. 9, n. 1, p. 110–123, 2022. DOI: 10.17564/2316-381X.2022v9n1p110-123. Disponível em: <https://periodicos.grupotiradentes.com/direito/article/view/10862>. Acesso em: 29 set. 2023.

4.3 UMA COMPARAÇÃO CONCEITUAL ENTRE AS CONCEPÇÕES DE FATOS INSTITUCIONAIS DE JOHN ROGERS SEARLE E DE NEIL MACCORMICK

Ao examinar as teorias dos fatos institucionais propostas por John Rogers Searle e Neil MacCormick, é possível identificar uma série de semelhanças e diferenças que elucidam suas abordagens distintas em relação à natureza e ao funcionamento desses conceitos fundamentais na sociedade contemporânea.

Ambos os filósofos concordam que os fatos institucionais são construções sociais, criadas e mantidas por meio da interação humana e da atribuição coletiva de significado. Essa perspectiva reconhece que as normas e instituições sociais não existem de forma independente, mas são produtos das práticas e convenções compartilhadas por uma comunidade.

Apesar dessa concordância fundamental, MacCormick e Searle enfatizam diferentes aspectos dos fatos institucionais em suas análises. Searle destaca o papel central da linguagem e dos atos de fala na criação e manutenção dos fatos institucionais, argumentando que eles são fundamentais para conferir autoridade e legitimidade às normas sociais e jurídicas.

Por outro lado, MacCormick adota uma abordagem mais ampla, incorporando considerações éticas, políticas e culturais em sua análise dos fatos institucionais, reconhecendo que sua interpretação e aplicação podem variar de acordo com o contexto social e histórico:

Apesar de a teoria construída por MacCormick decompor o critério de coerência entre coerência normativa e coerência narrativa, o autor reconhece que, na análise das decisões judiciais ambos os aspectos de coerência devem caminhar juntos. Se a coerência narrativa tem um caráter diacrônico (fatos narrados no tempo) e a coerência normativa caracteriza-se por ser sincrônica (um olhar sobre a norma vigente naquele momento), ambas devem refletir um ideal de sistematicidade que a ordem jurídica, se não revela, deve pelo menos perseguir.³¹⁴

Uma diferença importante entre as duas teorias reside na concepção da relação entre fatos brutos e fatos institucionais. Searle enfatiza a distinção entre os dois tipos de fatos, argumentando que os fatos institucionais dependem da atribuição de significado pela comunidade.

³¹⁴ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Roseane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. Revista NEJ – Eletrônica, [s. l.], v. 16, n. 2, p. 207-221, mai./ago. 2011. Disponível em: https://www.academia.edu/11898740/A_no%C3%A7%C3%A3o_de_coer%C3%Aancia_na_teoria_da_argumen ta%C3%A7%C3%A3o_jur%C3%ADtica_de_Neil_Maccormick_caracteriza%C3%A7%C3%A3o_limit%C3%A7%C3%A7%C3%B5es_possibilidades. Acesso em: 29 set. 2023.

MacCormick, ao contrário, sugere que essa distinção não é tão clara e que fatos brutos e fatos institucionais podem estar intimamente interligados, pois a concepção, elaborada por Searle, de fato bruto “só se sustenta se for entendido como acontecimento ou evento relacionado ao ‘mundo fenomênico natural, desrido de relato linguístico’³¹⁵. Uma vez enunciado linguisticamente, deixa de ser bruto para ser social, institucionalizado por sistema de regras linguísticas constitutivas e regulativas”³¹⁶

Outra diferença significativa está na forma como concebem a relação entre os fatos institucionais e a autoridade legal. Para Searle, os fatos institucionais são fundamentais para a criação e manutenção da ordem jurídica, enquanto MacCormick enfatiza a importância da interpretação e aplicação das normas jurídicas pelos tribunais e instituições legais.

Além disso, as teorias de MacCormick e Searle oferecem percepções valiosas sobre a dinâmica das mudanças sociais e jurídicas. Mas, enquanto Searle destaca a capacidade das práticas linguísticas e institucionais de moldar e transformar as normas sociais ao longo do tempo; MacCormick, por sua vez, considera a interpretação e a aplicação das normas jurídicas pelos tribunais e instituições legais como um mecanismo-chave dessa mudança social e jurídica.

No entanto, apesar de suas diferenças, ambos os filósofos compartilham o objetivo comum de explicar como as normas sociais e jurídicas são criadas, contestadas e transformadas dentro de uma comunidade, de modo a uma melhor compreensão da natureza e do funcionamento dos fatos institucionais na sociedade contemporânea, destacando a complexidade e a diversidade dessas perspectivas dentro do campo da sociologia jurídica e da filosofia do direito.

4.4 CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS INSTITUCIONAIS

Entendida a concepção de fatos brutos e institucionais e num caminhar com destino aos fatos que são passíveis de análise em controle concentrado de constitucionalidade, faz-se necessária a classificação dos fatos institucionais. Apesar da evolução da teoria da argumentação jurídica “nas últimas décadas, não há, no entanto, igual dedicação aos problemas de criação e interpretação normativa em comparação com os de conhecimento e comprovação fática”³¹⁷

Nessa perspectiva, classificar espistemologicamente os fatos a partir da distinção entre “[...] ações genéricas e ações individuais [...] é determinante para o estudo do poder probatório

³¹⁵ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 70.

³¹⁶ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 70.

³¹⁷ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 70.

nos problemas de validação de normas [ou seja, essa classificação relaciona-se diretamente aos fatos]”³¹⁸. A classificação se principia, então, pela diferenciação entre fatos genéricos e fatos individuais:

[...] “fatos genéricos” (isto é, classes de fatos, como terremotos, descarrilhamento de trens, batalhas ou dores de cabeça) e “fatos individuais” (isto é, o fato particular ocorrido em um momento e em um espaço determinado, como é o terremoto que assolou a região X ontem, o descarrilhamento do expresso de Irún, a batalha de Trafalgar ou a minha dor de cabeça durante toda essa semana).³¹⁹

Essa distinção redonda na classificação dos fatos institucionais sociais, que podem ser tanto genéricos como individuais. Volta-se ao exemplo do casamento, entendido, em todas as suas espécies (casamento homoafetivo, hétero, religioso, civil), como fato institucional social genérico.

Já os fatos institucionais individuais são aqueles em que é possível individualizar a sua existência “a partir do tempo e espaço de sua realização”³²⁰. Tome-se, como exemplo, a circunstância da promulgação da Lei 9.279, em 14 de maio de 1996.

Contudo, frise-se que:

A oposição do individual ao genérico não implica conferir a este a condição de abstração. A ordenação da realidade pode ser construída e, por isso, conhecida por classes genéricas de fatos. O que pretendemos é afirmar que esses últimos são empiricamente determináveis. E isso se dá pela relação com os fatos-espécies, que nada mais são do que os individuais, ou seja, aqueles identificados num dado tempo e espaço. O fato “em fevereiro de 2011, ocorreu um terremoto no Japão” é individualizado. Por isso, é um fato-caso de um fato-tipo, ou seja, entre ambos há a correlação de fato-espécie (“o território japonês é suscetível de movimentos subterrâneos de placas rochosas”) com fato-genérico (“terremoto”). Assim, o fato-caso vivifica o fato-espécie, que, por sua vez confirma o fato-genérico.

Essa subdivisão entre fatos individuais e genéricos é “fundamental na distinção entre as jurisdições constitucional e comum. A atividade probatória dos juízes constitucionais, se

³¹⁸ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 71.

³¹⁹ LAGIER, Daniel González. Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I). *Jueces para la democracia*. Madrid: Asociación Jueces para la Democracia, n. 46, p. 17-26, 2003. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=409550>. Acesso em: 1 jul. 2023 *apud* HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 71.

³²⁰ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 73.

comparada com a dos juízes comuns, lida, imediatamente, com fatos genéricos, e estes, imediatamente, com os individuais”³²¹.

4.5 OS FATOS JURÍGENOS

A já vista distinção entre fatos brutos e fatos institucionais constitui-se num suporte para distinguir os fatos não jurígenos dos fatos jurígenos:

[...] ou seja, o [fato] institucionalizado pelo sistema jurídico, daquele [fato] dado por outros sistemas de referência, tais como economia, política, medicina, sociologia e antropologia. Aquele [fato institucionalizado] só existe se constituído pelo sistema jurídico, logo a sua autonomia se predica em relação a outro sistema de referência. Falar em fatos jurígenos é trabalhar a juridicização, ou seja, constituição de fatos em linguagem jurídica.³²²

O sistema jurídico é composto de regras, constitutivas de fatos jurígenos, que “criam objetivações mediante sistema articulado de símbolos que vão orientar os destinatários da linguagem do direito positivo quanto ao reconhecimento dos fatos da vida social juridicizados”³²³.

Desse modo, os fatos:

(em sentido amplo, a abranger não só os fatos brutos, sociais, como também os institucionais provenientes de outros sistemas de referência) tornam-se jurígenos, pois ingressam no sistema jurídico conduzidos pela linguagem do direito, via “quadro esquemático da hipótese da proposição normativa”, ou seja, usam o antecedente ou a hipótese fática da composição dual da norma jurídica.³²⁴

Três são as formas constitutivas dos fatos jurígenos, “na perspectiva da constitucionalidade legislativa”³²⁵: (i) processo legislativo; (ii) decisão judicial; e (iii) fundamentação consequencialista de uma decisão judicial ou proposta legislativa.

E, nesse contexto, as seguintes considerações podem ser estabelecidas:

³²¹ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 73.

³²² HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 74.

³²³ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 74.

³²⁴ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 74-75.

³²⁵ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 75.

[Os] fatos jurígenos (legislativo, jurídico propriamente dito e consequencialista) são essenciais para o texto legislativo e a decisão constitucional. A diferença é que aquele descreve fatos jurígenos legislativos, sob a fórmula “se p, então d”; já esta não prescreve, mas descreve fatos jurígenos jurídicos, não a ocorrer, mas ocorridos, segundo a fórmula: “dado que ocorreu o fato F”. A decisão judicial, por vezes, avalia fatos legislativos e consequencialistas. Em suma, dos infundáveis fatos possíveis, o legislador privilegia alguns na articulação da hipótese da norma geral e abstrata, descrevendo-os deonticamente. Eis a primeira fenda para o seu ingresso no universo do direito, não com a mesma estrutura linguística, mas na forma de enunciado conotativo fatos legislativos jurígenos). Esse enunciado serve de modelo para a construção dos fatos jurídicos nas normas individuais e concretas; fatos individuais vertem-se fatos jurídicos quando enunciado protocolar denotativo, postado, sintaticamente, no antecedente de uma norma individual e concreta (decisão judicial); identificam o relato no antecedente da norma individual e concreta da ocorrência do fato legislativo. Tanto o legislativo como o jurídico têm nos fatos consequencialistas um possível parâmetro de construção normativa. Assim, a hipótese da norma volta-se para os fatos sociais para, no primeiro corte linguístico, descrevê-los em enunciado conotativo fatos legislativos jurígenos). No segundo, produzir outra linguagem agora para descrevê-lo como jurídico, por ter já ocorrido nos moldes do enunciado conotativo (fatoss jurídicos jurígenos). O fato só se torna jurídico porque ingressou pela porta aberta da hipótese.³²⁶

4.6 QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO

Nesta etapa final deste capítulo, faz-se possível, então, tentar distinguir, ao menos minimamente, em breves linhas, a questão de fato da questão de direito, pois se evidencia tema importante para empreender a análise fática no processo objetivo.

Sob esse olhar, registre-se que a questão de fato diz respeito aos elementos concretos e específicos de um caso. Envolve fatos que ocorreram no mundo real e que são relevantes para a decisão judicial. Para a resolução de uma questão de fato, as partes devem, então, apresentar provas, sejam testemunhais, documentais ou periciais.

Nesse ponto, para decidir, o juiz avaliará, então, essas provas, para determinar os fatos relevantes e atestar sua veracidade. No caso de acidente de trânsito, por exemplo, as partes apresentam suas evidências para tentar provar toda a dinâmica do acidente e, somente, após, o juiz analisará essas provas.³²⁷

³²⁶ HERANI, Renato Gugliano. *A prova da constitucionalidade*. Curitiba: Prismas, 2016. p. 84-85.

³²⁷ NEVES, Antonio Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

Já a questão de direito refere-se à interpretação e aplicação das normas jurídicas. Ela não depende de provas concretas, mas sim da análise jurídica. As partes apresentam argumentos baseados na legislação, jurisprudência e doutrina, e o juiz decide com base nesses argumentos e em sua própria interpretação. Por exemplo, em um litígio contratual, as partes podem discordar sobre a interpretação de uma cláusula específica do contrato, e o juiz analisa o texto legal e os princípios contratuais para resolver a questão de direito.³²⁸

Nessa ambiência, anote-se que:

Um juiz para se assegurar de ter feito conforme a lei, em certa ocasião tem dois pontos a considerar; um é a questão de fato, e o outro é a questão de direito. A primeira consiste em assegurar que tal fato existiu em tal lugar ou tal tempo; a segunda consiste em assegurar que a lei deu uma disposição de tal ou tal natureza, aplicável a este fato individual. A questão de direito se decide segundo o texto da lei, ou segundo as decisões anteriores, quando não há lei escrita. A questão de fato por meio das provas.³²⁹

É importante destacar, por fim, que essas categorias fáticas não são estanques. A questão de direito não pode prescindir da influência dos fatos, e vice-versa, pois “o fato não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o facto”³³⁰. Assim, “quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto”³³¹.

³²⁸ NEVES, Antonio Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

³²⁹ BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Tradução de Don José Gomes de Castro. Madrid: Don Gomes Jordam, 1835. p. 24. Disponível em: <https://archive.org/details/tratadodelaspru00bentgoog/page/n12/mode/2up>. Acesso em: 29 ago. 2023.

³³⁰ NEVES, Antonio Castanheira. *Questão-de-facto e questão-de-direito. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967. p. 586.

³³¹ NEVES, Antonio Castanheira. *Questão-de-facto e questão-de-direito. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967. p. 586.

5. ESTUDO DE CASO

Chega-se à segunda e última etapa desta pesquisa. E nela, com alicerce nos princípios e conceitos vistos no decorrer da primeira parte do trabalho, far-se-á a análise pormenorizada dos fatos de que se valeu o eminente Ministro Dias Toffoli para fundamentar o seu voto condutor, no relevante julgamento da ADI 5.529/DF.

Nesse sentido, ressalte-se a intenção de que as questões pertinentes à compreensão do conceito filosófico dos fatos estejam devidamente esclarecidas e fixadas, de modo que, até intuitivamente, se possa identificá-los, sendo este o resultado pretendido do presente estudo.

Pois bem. Foi em maio de 2021 que o STF concluiu o julgamento da ADI 5.529/DF.

Naquela assentada, o Plenário reputou materialmente inconstitucional o parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996³³², também conhecida como Lei de Propriedade Industrial (LPI), que prorrogava a vigência de patentes no país.

Em seguida, estabeleceu a modulação de efeitos em razão do disposto no art. 27 do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS)³³³.

Na ADI 5.529/DF, o então Procurador-Geral da República (PGR), Rodrigo Janot Monteiro de Barros, alegou ofensa aos arts. 5º, *caput*, XXXII e LXXVIII; 37, *caput* e § 6º; e 170, IV e V, da Constituição Federal.

Nesse sentido, o Ministério Público Federal (MPF) sustentou que a regra prevista no referido dispositivo legal seria inconstitucional, pois acarretaria a indeterminação no prazo de vigência das patentes.

³³² Lei 9.279/1996: “Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito.

Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.”

³³³ TRIPS: “Artigo 27 Matéria Patenteável 1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4 do Artigo 65, no parágrafo 8 do Artigo 70 e no parágrafo 3 deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente. 2. Os Membros podem considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessário evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente, desde que esta determinação não seja feita apenas por que a exploração é proibida por sua legislação. 3. Os Membros também podem considerar como não patenteáveis: (a) métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais; (b) plantas e animais, exceto micro-organismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema *sui generis* eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.”

Assim, aduziu que, no caso, a demora na análise pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) dos pedidos de registro de patentes resultaria na extensão do prazo de exploração exclusiva para além de 20 anos.

O PGR ainda argumentou que, embora relevante para o desenvolvimento tecnológico do país, o sistema de privilégio de exploração da propriedade industrial poderia estar sendo utilizado como um instrumento de reserva de mercado, pelo que suscitaria, no caso, a incidência do princípio da função social da propriedade.

Destacou, ademais, a inobservância da previsibilidade e da estabilidade necessárias ao mercado, ao afirmar que o ato impugnado comprometeria a realização de investimentos e o desenvolvimento tecnológico e científico no país, bem como prejudicaria o consumidor, que estaria condicionado à qualidade e ao preço impostos pelo titular da patente por tempo indeterminado.

Desse modo, acrescentou que o dispositivo provocaria a transferência para a sociedade do ônus causado pela demora na apreciação dos pedidos de patentes pelo INPI, em contrariedade ao que estabelece o art. 37, § 6º, da CF/1988.

Ao final, ponderou que teria havido afronta direta ao princípio da isonomia, pois, no seu entender, agentes econômicos em situações idênticas receberiam tratamentos diversos, conforme a duração dos respectivos trâmites administrativos. Além disso, teriam sido violados os princípios da eficiência e da duração razoável do processo, com o consequente estímulo ao prolongamento do procedimento de exame do pedido de patente.

Vê-se, uma vez mais, que o PGR, absolutamente, não trouxe argumentos abstratos, despidos de fatos concretos, de modo a instaurar o conflito de normas nos moldes da inafastável dogmática jurídica pertinente ao processo objetivo.

Pois bem. Destaque-se, neste momento, apenas por oportuno, que a norma inscrita no parágrafo impugnado vigia desde 1996, e a ação direta foi proposta, como visto, no ano de 2016. Somente em 8/5/2021, o eminente Ministro Dias Toffoli, Relator do caso por sucessão, em alentada decisão, reconheceu e deferiu medida cautelar para suspender a vigência do repisado dispositivo.

Um dos fundamentos desse *decisum ad referendum* teve alicerce justamente na auditoria do TCU, que resultou no Acórdão 1.199/2020, no qual se constatou que, em decorrência da regra do parágrafo único do art. 40, as patentes de produtos farmacêuticos duravam em média 23 anos, chegando, em alguns casos, ao prazo de vigência de 29 anos ou mais.

Por conseguinte, detectou o TCU que, quanto maior o prazo de exclusividade usufruído pelo titular da patente, mais seria onerado o Poder Público, considerada a necessidade de

aquisição de medicamentos em larga escala para execução de políticas públicas em saúde. Os prejuízos financeiros decorrentes de períodos tão longos de monopólio, então, foram estimados pela auditoria em cerca de R\$ 1 bilhão.

Frise-se que, embora o eminente Relator tenha justificado, no *decisum* precário, que houve pedido superveniente da PGR para o deferimento da cautelar em razão da pandemia causada pelo SAR-CoV-2 (coronavírus), não parece razoável concluir, contudo, que o STF agiu com celeridade na causa (a ADI em questão foi proposta em 2016 e distribuída inicialmente ao eminente Ministro Luiz Fux).

Sobreleva-se, para essa conclusão, o contundente argumento trazido pelo próprio Ministro Dias Toffoli quanto aos custos causados ao erário, acrescidos do período decorrido desde a propositura da ação direta. Assim, ainda que se concorde com a urgência da ocasião da liminar deferida, que é inegável, não há que se concluir que a questão seria irrelevante no passado.

Portanto, considerada a importância desse julgamento, não apenas para o sistema da propriedade industrial no Brasil, como, principalmente, para o direito empresarial, deve-se perquirir, antes da análise dos fatos constantes do voto condutor da ADI 5.529/DF, como se deu a evolução da propriedade intelectual no plano internacional, bem como analisar os seus reflexos, de modo a contextualizar a situação pertinente ao caso.

Esse exame é de todo necessário, pois a relevância da propriedade industrial no plano internacional se constitui no fundamento inicial, o ponto de partida, para a justificação do exame minudente feito pelo eminente Ministro Dias Toffoli das questões fáticas submetidas à sua percuciente análise.

5.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO CENÁRIO PERTINENTE AO JULGAMENTO DA ADI 5.529/DF

É da gênese do sistema de proteção ao esforço intelectual humano a concepção de que a criação artística proporcionará efeitos na mente e nos sentidos (direitos autorais), enquanto a criação industrial produzirá alterações no mundo material (propriedade industrial). A lógica dessa divisão reside precisamente nos efeitos das criações sobre o mundo fenomênico ou sobre o próprio homem, considerados os seus sentidos e as suas emoções.³³⁴

³³⁴ O saudoso Professor Newton Silveira ensina, em magistério doutrinário, que: “Embora ambos os tipos de criações resultem do trabalho intelectual de seus autores, era relativamente fácil distinguir uma criação da outra através de seus efeitos. A criação no campo das artes vai produzir efeitos na mente (e na sensibilidade) das outras pessoas; a criação no campo da indústria vai produzir efeitos no mundo material (uma nova máquina, um novo processo de fabricação, um novo produto que produzam um efeito útil). O direito de autor foi classificado como parte do Direito Civil (tendo como requisito a originalidade da obra) e o direito do inventor como parte do Direito

Assim, Newton Silveira destaca, em paráfrase, que os privilégios industriais e os desenhos e modelos de fábrica seriam criações no domínio do útil, encaminhadas à solução de problemas de utilidade, ao aumento dos bens econômicos. As obras literárias e artísticas “constituiriam concepções no terreno do belo. E, as obras científicas, no terreno do verdadeiro”.³³⁵

A esse respeito, o referido autor ensina, ainda, que a contraposição entre as criações no campo da técnica e no campo da estética tem um denominador comum no fato de ambas constituírem criações intelectuais.³³⁶

No mesmo sentido, a tese de Walter Godoy dos Santos Junior:

O produto do esforço intelectual humano é transportado para o mundo dos fatos por meio de determinada forma, cujo conceito proposto abrange todos os recursos colocados à disposição do homem para trazer à realidade objetiva concepções técnicas ou estéticas suscetíveis de receber a tutela do Estado. Com efeito, a forma une o concreto ao abstrato, tornando possível a organização do caos interno, próprio dos sentimentos e pensamentos humanos, além de permitir que a obra seja devidamente comunicada e, a partir daí, que se estabeleçam relações jurídicas entre ela e o seu criador, bem como com terceiros.³³⁷

Essa divisão conceitual entre a propriedade industrial e o direito autoral, espécies da propriedade intelectual, como se verá adiante, está na origem de dois importantíssimos tratados internacionais.

Comercial (tendo como principal requisito a novidade, objetivamente considerada). Essa divisão da propriedade intelectual sobre as criações do espírito em duas áreas do direito privado tornou-se inadequada no mundo contemporâneo. Enquanto a obra artística não foi publicada e os planos de uma invenção estão guardados na gaveta do inventor, ambos (autor e inventor) encontrariam guarida no Direito Civil, até porque, estando na esfera da privacidade, são, nessa fase, objeto de direitos de personalidade. No momento em que vão para o mercado, as obras artísticas e a invenção passam a ser produtos, objeto do tráfico comercial. Essa divisão tradicional se complicou quando surgiu a primeira lei do *software* no Brasil (1987), pois os programas de computador são obras técnicas, mas que facilitam uma operação mental. A solução encontrada (um tanto forçada) foi enquadrá-lo como um direito de autor especial (através de lei específica que mistura normas de direitos autorais com normas de propriedade industrial). Essa ruptura com o sistema tradicional foi tão grande que já se fala em substituir o direito da propriedade intelectual pelo direito da informação. Para complicar mais ainda, surgiu a lei das cultivares (uma espécie de propriedade intelectual no campo), que tem por objeto novas variedades vegetais (sementes e partes reprodutoras de plantas).” (SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual*: propriedade industrial, direito do autor, software, cultivares. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2005.).

³³⁵ SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual*: propriedade industrial, direito do autor, software, cultivares. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 15.

³³⁶ SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual*: propriedade industrial, direito do autor, software, cultivares. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2005.

³³⁷ SANTOS JUNIOR, Walter Godoy dos. *O regime jurídico da proteção da forma na propriedade intelectual*. 2018. Tese (Doutorado em Direito Comercial). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-08092020-020903/pt-br.php>. Acesso em: 29 set. 2023.

Com efeito, em 1873, iniciaram-se, em Viena, os trabalhos preparatórios da Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial ou, simplesmente, Convenção da União de Paris, cujo escopo era a proteção de direitos ligados à criação industrial (marcas, patentes, desenhos industriais, nome empresarial, entre outros institutos abarcados pela propriedade industrial). O Brasil, diga-se, esteve entre os primeiros a assinar a referida Convenção em 1883.³³⁸

Por outro lado, para a proteção dos direitos autorais (propriedade literária, artística e científica), foi concebida a Convenção de Berna de 1886, fruto dos trabalhos que resultaram na *Association Littéraire et Artistique Internationale* de 1878, criada por insistência do escritor francês Victor Hugo.³³⁹

Posteriormente, as Convenções de Berna e de Paris passaram a ser administradas pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), constituída também por uma convenção firmada por diversas nações no ano de 1967, após o fim da Segunda Guerra Mundial, e modificada, posteriormente, em 1979.

A OMPI, por sua vez, foi incorporada como órgão das Nações Unidas em 1974, com sede em Genebra, na Suíça. Deve-se ressaltar que, no ano de 2009, a organização abriu escritório no Brasil com o objetivo de apoiar a implementação de projetos e atividades de propriedade intelectual no país.

Do ponto de vista da doutrina, a importância desse tratado está na inovação proporcionada pelo disposto no seu art. 2º, VIII, na medida em que unifica os escritórios internacionais que administravam as Convenções de Paris e de Berna e reúne os conceitos de propriedade industrial e de direito de autor, ao definir a propriedade intelectual, que seria:

A soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, as interpretações dos artistas intérpretes e as execuções de radiodifusão, as invenções em todos os domínios da atividade humana, as descobertas científicas, os desenhos e modelos industriais, as marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como as firmas comerciais e denominações comerciais, a proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

³³⁸ A Convenção de Paris já foi revista sete vezes: Madri (1890), Bruxelas (1900), Washington (1911), Haia (1925), Londres (1934), Lisboa (1958) e Estocolmo (1967), em vigor no Brasil desde 1992. Novo processo de revisão foi iniciado em 1980, na cidade de Genebra.

³³⁹ A Convenção de Berna foi revista em Paris (1896) e Berlim (1908); complementada em Berna (1914); revista em Roma (1928), Bruxelas (1948), Estocolmo (1967) e Paris (1971); e emendada em 1979.

Note-se, assim, que a OMPI não apenas ofereceu ao mundo um conceito único para as criações da mente³⁴⁰, mas também passou a ser responsável pela administração, no plano mundial, do sistema da propriedade intelectual, conferindo, portanto, uniformidade de tratamento às criações intelectuais e uma certa padronização das legislações internas sobre o tema.³⁴¹

Seguindo na linha do tempo, mais recentemente, chega-se ao Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, denominado TRIPS (ou *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), que foi o resultado de uma longa negociação entre países no âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, cognominado GAAT (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*).

Em verdade, o TRIPS é um anexo do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC), também conhecido como “Ata Final da Rodada do Uruguai”³⁴², de maneira que todos os países que compõem a OMC passaram a adotar, como requisito da prática comercial internacional, uma padronização de proteção aos direitos de propriedade intelectual, sustentando patamares mínimos de proteção no plano das legislações internas.

Essa justificativa é expressa na declaração constante da exposição de motivos que levaram os países-membros a firmarem o TRIPS:

Desejando reduzir distorções e obstáculos ao comércio internacional e levando em consideração a necessidade de promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual e assegurar que as medidas e procedimentos destinados a fazê-los respeitar não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio legítimo.³⁴³

³⁴⁰ De acordo com a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), “A propriedade intelectual (PI) refere-se às criações da mente: tudo, desde obras de arte até invenções, passando por programas de computador, marcas e outros sinais comerciais.”. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_450_2020.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁴¹ Importante destacar, ainda, o Tratado de Cooperação em Matéria de Patente (PCT), firmado em 1970, que oferece assistência aos solicitantes que buscam proteção internacional por meio de patente para suas invenções e assiste os escritórios de propriedade industrial de todo o mundo nas decisões sobre a outorga de patentes, assim como coloca à disposição do público o acesso à extensa informação técnica com relação às invenções. Ao apresentar uma solicitação internacional de patente de acordo com o PCT, os depositantes têm a possibilidade de proteger sua invenção em nível mundial, mais precisamente em 148 países.

³⁴² O TRIPS é o Anexo 1C do Acordo Geral da OMC.

³⁴³ BRASIL. *Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994*. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Brasília, Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm. Acesso em: 29 set. 2023.

Nesse diapasão, cumpre salientar que as Convenções de Paris e de Berna consolidaram, no plano internacional, normas que disciplinam relações entre particulares, instituindo uma verdadeira federação de países unidos por um direito comum.³⁴⁴

Esse direito regula, no plano jurídico interno de cada Estado-membro, as relações jurídicas travadas entre os seus nacionais, conceito que, para efeitos das referidas convenções, abrange todos os cidadãos dos Estados-membros.

Já o TRIPS, fruto de intensa pressão dos países desenvolvidos e, sobretudo, da indústria farmacêutica, avançou sobre a soberania dos países em desenvolvimento, estabelecendo normas cogentes a serem compulsoriamente observadas pelos signatários, como padrão mínimo de proteção da propriedade intelectual, sob pena de aplicação de sanções comerciais impostas pela Organização Mundial do Comércio (OMC).³⁴⁵

Por meio desse mecanismo, uma violação de patente norte-americana no Brasil poderá dar ensejo a retaliações dos Estados Unidos, por exemplo, na importação de carne ou de suco de laranja aqui produzidos.

Da mesma maneira, o Brasil poderia impor, legitimamente, barreiras a produtos norte-americanos em caso de concessão de benefícios indevidos, por aquele Estado, a determinado ramo de atividade que resulte em prejuízo aos produtos brasileiros.

A respeito da uniformização e da imposição das normas do TRIPS no plano internacional, Cláudio Roberto Barbosa ressalta que:

Na verdade, a harmonização já havia começado com os padrões mínimos das Convenções de Paris e Berna[que,] em anos recentes, com a necessidade crescente do comércio e da “tecnologia” internacional, juntamente com a transformação do valor agregado, uma padronização maior foi sendo exigida, culminando com a

³⁴⁴ A respeito da noção de Federação no Brasil, o eminentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski ensina que: “A centralização do sistema federativo brasileiro atingiu, sem dúvida, o seu ápice após 1964, notadamente depois da edição da Constituição de 1967, cujos preceitos, nesse particular, foram basicamente reproduzidos na Carta de 1969. De fato, o Estado no Brasil, em que pesa a retórica liberal dos militares que se sucederam no poder, caracterizou-se a partir de então por uma ingerência crescente nos campos econômico e social, levada a efeito, de forma predominante, através da União, que se viu aquinhoadas com grande parte das competências antes conferidas aos Estados, os quais viram drasticamente reduzidos o seu poder *residual*. Melhor sorte não coube aos Municípios que, à semelhança dos Estados, passaram ainda a padecer de uma crônica carência de recursos, concentrados ao nível federal, dentre outros problemas.” (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A reforma do Judiciário e o federalismo brasileiro. *Revista do Advogado*, [s. l.], n. 56, p. 39-43, set. 1999.).

³⁴⁵ A respeito, ver os comentários de Pedro Marcos Nunes Barbosa: “Por outro lado, após vinte anos de vigência do Acordo TRIPS e do advento da Lei 9.279/96, uma consciência coletiva do uso adequado da propriedade intelectual como propulsora de políticos de candidatos ao Executivo, ou Legislativo, se tem a exposição de um direcionamento da propriedade intelectual que dê primazia aos interesses públicos primários internos. Aliás, boa parte dos projetos legislativos (apresentados na Câmara dos Deputados) é dotada de ótica patrimonialista expansionista, em regra procurando minar um controle mais preciso do sistema de patentes.” (BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito civil da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.).

aprovação do *Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights – TRIPS* ao final da Rodada Uruguai do GATT. [Desse modo,] o TRIPS estabeleceu não só padrões mínimos de proteção, mas também a possibilidade de execução dos direitos ali designados através de sanções comerciais, permitindo que o Estado-membro use o Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC para este fim, o que não era permitido pelos outros tratados relativos à propriedade intelectual.³⁴⁶

É o que se extrai, também, do voto condutor, proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli, no julgamento da ADI 5.529/DF:

O acordo internacional estabelece um patamar mínimo de proteção à propriedade industrial a ser adotado por cada Estado-parte, no intuito declarado de “reduzir distorções e obstáculos ao comércio internacional”, com atenção à “necessidade de promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual e assegurar que as medidas e procedimentos destinados a fazê-los respeitar não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio legítimo”. Os países membros comprometeram-se a adaptar suas legislações nacionais aos termos do TRIPS, o que, no caso do Brasil, ocorreu por meio da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.³⁴⁷

Constata-se, assim, que a propriedade intelectual, fruto das transformações sociais e econômicas decorrentes da Revolução Industrial e da Revolução Francesa, tornou-se internacional, não somente em razão do histórico da evolução da matéria e de sua expansão pelo mundo por meio de tratados, convenções e acordos internacionais³⁴⁸, mas também porque estabeleceu, ao longo dos anos, por força do desenvolvimento do comércio internacional, profunda identidade com o direito internacional.³⁴⁹

³⁴⁶ BARBOSA, Cláudio Roberto. *A relação entre informação, propriedade intelectual, jurisdição e direito internacional*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

³⁴⁷ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 4. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoIncidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁴⁸ Em sequência, a relação dos decretos que internalizaram os principais tratados e acordos multilaterais na área da propriedade intelectual no Brasil: Decreto 1.355/1994 (Promulga a ata final que incorpora os resultados da rodada Uruguai de negociações comerciais multilaterais do GATT), Decreto 81.742/1978 (Promulga o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes – PCT), Decreto 75.699/1975 (Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas), Decreto 75.572/1975 (Promulga a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, revisão de Estocolmo, 1967), Decreto 75.541/1965 (Promulga a Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual).

³⁴⁹ Com relação a essa profunda identidade, Maristela Basso destaca que: “Os direitos de propriedade intelectual estão vinculados, historicamente, ao Direito Internacional porque houve uma interação entre o movimento de proteção dos direitos de propriedade intelectual e o Direito Internacional. Como se sabe, as Convenções da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (1883) e da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (1886) desempenharam um papel fundamental para a evolução desses direitos no âmbito dos direitos internos e do Direito Internacional”. Talvez tenha sido por essa razão que o curso de Propriedade Intelectual

De fato, é inegável que o aparecimento das convenções sobre propriedade intelectual e o desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), com o posterior surgimento da Organização Mundial do Comércio (OMC), foram elementos facilitadores da promoção, da expansão e da unificação desses direitos pelo mundo.

Nesse sentido, talvez a propriedade intelectual seja um dos únicos ramos do direito a permitir que advogados, brasileiros e estrangeiros, possam atuar com desembaraço nos 192 países membros da OMPI ou nos 164 integrantes da OMC.

De todo modo, é imperioso refletir sobre os efeitos da evolução internacional, descrita anteriormente, em relação ao Brasil³⁵⁰, principalmente no tocante ao Acordo TRIPS, tanto no

ministrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo pelo Professor Newton Silveira tenha nascido no Departamento de Direito Internacional, e não no de Direito Comercial ou no de Direito Civil, como se poderia supor. (BASSO, Maristela. Os fundamentos atuais do direito internacional da propriedade intelectual. *Revista CEJ*, Brasília, n. 21, p. 16-30, abr./jun. 2003. p. 16. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/114959/fundamentos_atuais_direito_basso.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.).

³⁵⁰ Joseph Stiglitz, Prêmio Nobel de Economia, comenta que: “Os Estados Unidos tentaram aplicar seu regime de propriedade intelectual a outros países, através da Organização Mundial do Comércio (OMC) e de outros acordos bilaterais e multilaterais de comércio. Atualmente, o mesmo objetivo é perseguido por meio do chamado Acordo Estratégico Trans-Pacífico de Associação Econômica (‘Trans-Pacific Partnership’). Acordos de comércio são, teoricamente, um importante instrumento de diplomacia: a integração no comércio promove outros acordos, em outras dimensões. Mas as tentativas do escritório de representação do comércio dos Estados Unidos de convencer os outros estão voltadas para os que consideram os lucros corporativos mais importantes do que a vida humana. Isto assinala o posicionamento internacional estadunidense: o estereótipo do norte-americano estúpido. O poder econômico normalmente fala mais alto do que valores morais. Em muitas instâncias nas quais os interesses corporativos americanos prevalecem, em relação à propriedade intelectual, nossas políticas ajudam a aumentar a desigualdade no exterior. Na maioria dos países é muito parecido com os Estados Unidos: as vidas da população mais pobre são sacrificadas no altar dos lucros corporativos. [...] Todo o conhecimento é baseado em conhecimentos anteriores. Se eles tornam-se menos acessíveis, a inovação fica comprometida. [...] Na verdade, um importante *insight* de Robert W. Fogel, historiador econômico e ganhador de um prêmio Nobel que morreu no mês passado, foi que a sinergia entre melhorias na saúde e a tecnologia são responsáveis por uma grande parte da explosão do crescimento econômico desde o século XIX. É por isso que os regimes de propriedade intelectual que criam rendas monopolistas e bloqueiam o acesso à saúde provocam desigualdades e dificultam o crescimento de forma generalizada. Existem alternativas. Advogados de direitos da propriedade intelectual têm superestimado seu papel de promotora da inovação. A maioria das inovações-chave – das ideias básicas que levaram aos computadores aos transistores, lasers ou a descoberta do DNA – não foram motivadas por lucros financeiros. Foram provocadas pela busca do conhecimento. É evidente: recursos precisam estar disponíveis. Mas o sistema de patentes é apenas uma maneira, e frequentemente não é a melhor, de prover esses recursos. As pesquisas financiadas pelos governos, fundações e o sistema de premiações (que oferece um prêmio a quem faz a descoberta e depois a torna amplamente acessível usando o poder dos mercados para benefícios reais) são alternativas, com maiores vantagens e sem as desvantagens do aumento de desigualdades do atual sistema de direitos de propriedade intelectual.” STIGLITZ, Joseph. É hora de questionar as patentes. Tradução de Cristiana Martin. *Outras Palavras*, [s. l.: s. n], 2013. Disponível em: <http://outraspalavras.net/posts/stiglitz-e-hora-de-questionar-as-patentes/>. Acesso em: 29. set. 2023.

Richard Posner também adverte, no mesmo sentido, que: “*Propertization is not the only method of providing incentives to engage in a socially valuable activity like basic research. Another method, particularly important in scientific fields, is public financing of basic research.*” POSNER, Richard. Intellectual property: the law and economics approach. *Journal of Economic Perspective*, [s. l.] , v. 19, n. 2, primavera 2005.

campo da propriedade industrial³⁵¹ como no que se refere ao direito do autor,³⁵² para que se possa, efetivamente, cumprir o ideal do legislador constitucional brasileiro de promover o interesse social e o desenvolvimento cultural, tecnológico e econômico do país.

Lembre-se de que na Mensagem 192/1991³⁵³, que contém a exposição de motivos referente ao PL 824/1991³⁵⁴, posteriormente aprovado e convertido na Lei 9.279/1996³⁵⁵, que veio a regular os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, consta que uma das tarefas impostas ao Estado é criar ambiente favorável aos investimentos, com estabelecimento de regras claras e estáveis para o exercício da atividade econômica e o funcionamento do mercado.

Nesse sentido, adverte Ruth Okediji que, até o formal encerramento da descolonização, a propriedade intelectual constituía um meio explícito para assegurar territórios e mercados nas colônias europeias. Após esse período, gradualmente, a propriedade intelectual passou a ser

³⁵¹ De acordo com estudo feito na Câmara dos Deputados para a revisão da Lei 9.279/1996: “O déficit na balança comercial na área de patentes e direitos correlatos aumentou 3.600% de 1993, logo antes da entrada em vigor da OMC, até 2012, representando mais de US\$ 3 bilhões negativos anuais (Banco Central do Brasil). O déficit na área de saúde em 2010 foi de US\$ 10 bilhões. [...] Das patentes depositadas no Brasil, mais de 76% são de estrangeiros. Dos restantes 24%, uma significativa parcela é de empresas de capital estrangeiro. Isso porque o termo ‘residentes’ inclui empresas estrangeiras que possuem escritório legalmente constituído no Brasil. O sistema atual de patentes tem servido para reserva de mercado.”. Vide, nessa direção, o comentário de Pedro Marcos Nunes Barbosa (2013): “[...] cada vez mais o Brasil se torna objeto das especulações estrangeiras, além de permanecer como ‘vítima’ das remessas de *royalties* ao exterior. Num verdadeiro círculo nada virtuoso – permita-se aqui o trocadilho – inventou uma solução que fomentou problemas. E, hoje, tal como uma dependência química, as doses de ‘solução’ são aparentemente maiores ao tempo em que despertam efeitos mais tímidos. [...] No âmbito das patentes farmacêuticas, *verba gratia*, há uma tendência a multiplicidade de patentes de segundo uso, de pedidos de exclusiva sobre meras formulações, e cada vez menos desenvolvimento de novos princípios ativos. Portanto, observa-se uma *banalização* de requisito legal sobre atividade inventiva”. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. A revisão da lei de patentes: inovação em prol da competitividade nacional. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2013. p. 40. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/altosestudos/seminarios/lancamento-patentes-9-10-13/a-revisao-da-lei-de-patentes>. Acesso em: 10 jun. 2021.).

³⁵² Do mesmo estudo para a revisão da Lei 9.279/1996, extrai-se que: “A título de ilustração, a tabela do Banco Central do Brasil, a seguir, indica fluxo de capital ingresso e egresso, na área de direitos autorais, entre Brasil e EUA. Apesar de não serem dados sobre patentes, os números evidenciam o enorme déficit na balança comercial entre os dois países, na área de direitos autorais. Em 2008, ingressaram no Brasil US\$ 27.204.000,00 (vinte e sete milhões, duzentos e quatro mil dólares) referentes a direitos autorais de brasileiros nos Estados Unidos. Ao passo que egressaram para os EUA US\$ 2.359.143.000,00 (dois bilhões, trezentos e cinquenta e nove milhões, cento e quarenta e três mil dólares)”. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. A revisão da lei de patentes: inovação em prol da competitividade nacional. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2013. p. 40. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/altosestudos/seminarios/lancamento-patentes-9-10-13/a-revisao-da-lei-de-patentes>. Acesso em: 10 jun. 2021.).

³⁵³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Mensagem n. 192, de maio de 1991*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1991. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagen/d/pdf/DCD09MAI1991.pdf#page=136>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁵⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Mensagem n. 192, de maio de 1991*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1991. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagen/d/pdf/DCD09MAI1991.pdf#page=136>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁵⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 824, de 1991*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=183001>. Acesso em: 23 set. 2023.

uma maneira de os países europeus controlarem a competição advinda de suas antigas colônias, na medida em que tais direitos globais passaram a ser uma característica entrancheirada das relações econômicas mundiais.³⁵⁶

Ressalta, ainda, a mencionada autora que, dado o imenso esforço político e econômico empregado na rodada de negociações do Uruguai, alguns doutrinadores apontam que o TRIPS foi o apogeu do terceiro multilateralismo promovido pela propriedade intelectual³⁵⁷ e que esse acordo despertou a atenção do público global sobre os efeitos no bem-estar social dos países em desenvolvimento decorrentes da proteção da propriedade intelectual.

Nesse diapasão, torna-se importante a advertência de Martin Chanock, no sentido de que as leis sempre foram um atalho do colonialismo, um instrumento de poder do colonizador e parte de um processo de coação. Ainda, foram elas também uma nova forma de conceber relações de poder e uma arma contra as comunidades africanas que estavam em processo de mudanças básicas nas suas economias:

The law was the cutting edge of colonialism, an instrument of the power of an alien state and part of the process of coercion. And it also came to be a new way of conceptualizing relationships and powers and a weapon within African communities which were undergoing basic economic changes, many of which were interpreted and fought over by those involved in moral terms. The customary law, far from being a survival, was created by these changes and conflicts. It cannot be understood outside of the impact of the new economy on African communities. Nor can it be understood outside of the peculiar institutional setting in which its creation takes place. African legal conceptions, strategies and tactics are formed both by the impact of capitalism and by the interaction of the communities thus affected with the concepts, strategies and power of British colonial legal institutions.³⁵⁸

Na mesma direção está o diagnóstico de Pedro Marcos Nunes Barbosa, para quem “na propriedade intelectual, ramo jurídico extremamente internacionalizado, poucos espaços sobraram para a constituição e adaptação do direito à realidade local”³⁵⁹.

³⁵⁶ OKEDIJI, Ruth L. The international relations of intellectual property: narratives of developing country participation in the global intellectual property system. *Singapore Journal of International & Comparative Law*, n. 7, p. 315-385. 2003.

³⁵⁷ O primeiro e o segundo representados, respectivamente, pelas Convenções de Paris e de Berna.

³⁵⁸ CHANOCK, Martin. *Law Custom and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*. New York: Cambridge University Press, 1985. p. 4 *apud* OKEDIJI, Ruth L. The international relations of intellectual property: narratives of developing country participation in the global intellectual property system. *Singapore Journal of International & Comparative Law*, n. 7, p. 315-385, 2003.

³⁵⁹ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito civil da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 31.

Nesse sentido, ressalta que o rigorismo assoberbado proveniente dos tratados internacionais (como a Convenção União de Paris e o Acordo TRIPS), para com os institutos que flexibilizam o direito do proprietário, acabou por aprisionar a possibilidade concreta na delimitação e condução dos poderes do titular.

5.2 A OBSERVÂNCIA DO *AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS* (TRIPS) NO JULGAMENTO DA ADI 5.529/DF

Veja-se a premissa estabelecida pelo Ministro Dias Toffoli em seu voto condutor, no julgamento da ADI 5.529/DF em questão:

Destaco que o acordo [TRIPS] facultava aos países em desenvolvimento o direito de postergar a adoção de medidas de adequação ao documento pelo prazo de 4 anos. Ainda, no caso de setores tecnológicos anteriormente não contemplados pela proteção patentária, como era o caso dos fármacos no Brasil, teria o país o prazo adicional de 5 anos para que o acordo se tornasse obrigatório. No entanto, o Brasil antecipou-se a esses prazos, tendo renunciado ao período de transição.³⁶⁰

Ora, até a assinatura do TRIPS e a consequente edição da Lei 9.279/1996, não havia no Brasil a possibilidade de se conceder patentes para produtos farmacêuticos. Mais: havia uma faculdade expressa para que países em desenvolvimento, como o Brasil e a Índia, prorrogassem a aplicação dos dispositivos do TRIPS com relação aos produtos da indústria farmacêutica.

Como é de conhecimento geral, a Índia utilizou-se dessa prerrogativa e conta hoje com um dos parques industriais mais avançados do mundo na indústria farmacêutica, colocando-se, ao lado da China, entre os países exportadores de insumos para a produção de diversos medicamentos e também de vacinas, até mesmo para o Brasil, que não apenas ignorou a imunidade temporal conferida pelo TRIPS, como também conferiu a prerrogativa de extensão de proteção de patentes de medicamentos, objeto de questionamento na ADI 5.529/DF.

No ponto, destaque-se a lúcida manifestação do eminentíssimo Ministro Dias Toffoli sobre causa e consequência da controvérsia constitucional estabelecida na referida ação:

[...] desde a instituição da Lei nº 9.279/1996, a qual, para se adequar ao Acordo TRIPS, tornou patenteáveis determinados produtos antes não sujeitos à

³⁶⁰ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 4. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadelpub/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

exploração exclusiva (como os fármacos). Internalizado o acordo e editada a Lei nº 9.279/1996 sem que fosse utilizado o prazo de transição conferido aos países em desenvolvimento, a autarquia federal não estava devidamente equipada para receber a carga adicional de novos produtos registrados, o que gerou um grande passivo de pedidos. Pretendia-se com o parágrafo único do art. 40 que, mesmo em caso de demora na apreciação, fosse garantido ao requerente o prazo suficiente para auferir as vantagens da exploração exclusiva do invento, por meio de uma extensão do prazo do *caput*.³⁶¹

Com efeito, o art. 33 do TRIPS estabelece que a vigência da patente não será inferior ao prazo de 20 anos, contados a partir da data do depósito, assegurando, no mínimo, 20 anos de vigência da patente desde o depósito. Nesse sentido, uma vez mais, o eminentíssimo Ministro Relator advertiu que:

A lógica do Acordo TRIPS é que o mero depósito do pedido de patente já gera uma presunção em favor do requerente. E isso se encontra devidamente garantido no *caput* do art. 40 da nossa Lei de Propriedade Industrial. [...]. Portanto, o prazo adicional a partir da concessão conferido pelo parágrafo único do art. 40 não deriva do Acordo TRIPS. O parágrafo único é, assim, norma do tipo TRIPS-Plus, ou seja, ela vai além do prazo de proteção exigido pelo Acordo TRIPS, o qual, reitero, se limita a estabelecer o prazo mínimo de 20 anos para a vigência da patente, contados a partir do depósito. Ademais, o Brasil não é signatário de nenhum tratado que exija essa prorrogação. Desse modo, eventual declaração de inconstitucionalidade da norma questionada não terá, como consequência, o descumprimento de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. A manutenção tão somente do art. 40, *caput*, c/c o art. 44 da lei, atende perfeitamente o Acordo TRIPS, por garantir a vigência da patente por 20 anos a partir do depósito, com a possibilidade de indenização retroativa pela exploração indevida do objeto no período anterior à concessão do privilégio.³⁶²

De fato, o próprio TRIPS estabelece, no seu art. 1º, que os Estados-membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida no Acordo, desde que tal proteção não contrarie as suas disposições, bem como que os Estados-

³⁶¹ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 11-12. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadelpub/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁶² Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 12-13. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadelpub/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

membros determinarão livremente a forma que reputarem apropriada para implementar as disposições desse Acordo no âmbito de seus respectivos sistemas e prática jurídicas.

No mérito, os efeitos nocivos do parágrafo único do art. 40 foram sintetizados pelo Ministro Eros Grau, em parecer acostado aos autos da ADI 5.529/DF, nos seguintes termos:

(i) prolonga, injustificadamente, o privilégio de exploração exclusiva de produtos e processos industriais, em prejuízo de quantos possam concorrer como titulares da patente e, ainda, dos consumidores, beneficiários da livre concorrência nos mercados; (ii) impede que virtuais concorrentes do depositante do pedido de patente tenham conhecimento da data a partir da qual poderão explorar economicamente os produtos ou processos objeto da patente, o que compromete calculabilidade e previsibilidade indispensáveis à atuação dos agentes econômicos no mercado, vale dizer, certeza e segurança jurídica; e (iii) permite, viabiliza, incita comportamentos adversos à livre concorrência da parte de depositantes de pedidos de patente, comportamentos voltados, tanto quanto isso se torne possível, ao retardamento do processo de exame do pedido de patente conduzido pelo Poder Executivo; quanto mais lento for esse exame, mais extenso será o privilégio de utilização exclusiva dos produtos e processos patenteados.³⁶³

Seguindo esse entendimento, assim como outras lições extraídas do direito comparado em que não se encontra dispositivo semelhante, o STF, por maioria, conheceu da ação direta e julgou procedente o pedido para declarar a constitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996, nos termos do voto do Relator.

Na sequência, foi apresentada uma proposta de modulação dos efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999, momento em que, novamente, veio à baila um dos dispositivos do TRIPS, justamente em razão da diferenciação proposta pelo Relator em relação às patentes da área farmacêutica.

De fato, o art. 27 do TRIPS determina que haja isonomia na proteção patentária, sem distinção entre campos tecnológicos e origem da invenção:

ARTIGO 27 Matéria Patenteável 1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4 do Artigo

³⁶³ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 18-19. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

65, no parágrafo 8 do Artigo 70 e no parágrafo 3 deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente. 2. Os Membros podem considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessário evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente, desde que esta determinação não seja feita apenas por que a exploração é proibida por sua legislação. 3. Os Membros também podem considerar como não patenteáveis: *a*) métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais; *b*) plantas e animais, exceto micro-organismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema *sui generis* eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.³⁶⁴

Contudo, tal como ressaltado pelo eminentíssimo Relator, esse dispositivo tem âmbito específico de aplicação, qual seja, o dos requisitos de patenteabilidade de uma invenção, o que decorre da interpretação sistemática do Acordo TRIPS.

Nesse sentido, o eminentíssimo Ministro Dias Toffoli trouxe à colação trecho da obra do saudoso professor Denis Borges Barbosa, cujo magistério, no caso, é o seguinte:

A cláusula em questão se insere em um artigo cujo título e matéria efetiva é “*Patentable Subject Matter*”. Ou seja, aquilo que pode ser objeto de um pedido de patente. Parece razoável assim o entendimento de que, em princípio, as disposições do Art. 27 se voltam aos requisitos de patenteabilidade, ou seja, aos pressupostos da concessão da patente. As regras relativas ao conteúdo dos direitos, prazo e limitações eventuais, enfim, todas as questões relativas às vicissitudes da patente após sua concessão são tratadas em disposições específicas. No entanto, o Art. 27 menciona que “*patents shall be available and patent rights enjoyable [...]*.” Literalmente, menciona-se o exercício do direito, e não só os pré-requisitos de sua concessão. Mas, para emprestar alguma sistematicidade ao texto, torna-se necessário interpretar que os pressupostos de exercício a que se refere o Art. 27 sejam incondicionais e intrínsecos à dos direitos. Com efeito, uma patente, já desde sua nascença, existe sob certas limitações de exercício. Que só possa valer no país que a concede, é um dos

³⁶⁴ BRASIL. Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Brasília: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm. Acesso em: 29 set. 2023.

pressupostos do direito. Que só viajá por, no máximo, tantos ou quantos anos, é outro pressuposto incondicional e intrínseco. Que não seja oponível aos outros eventuais inventores que não tenham pedido proteção, pode ser outro requisito imposto pela lei nacional, sempre como limite intrínseco e incondicional ao exercício do Direito. A coerência de um texto tão precisamente redigido, como o do TRIPS, exige que se trate, neste artigo, exclusivamente dos pressupostos de obtenção e dos pressupostos de exercício da futura patente. Ou seja, o Art. 27 deve ser lido de forma a impor que, ao momento em que a patente seja concedida, não exista, nesta origem, nenhuma diferença quanto aos três elementos que menciona. Por exemplo, no tocante ao campo de tecnologia, o Art. 27 proíbe que se conceda patente de medicamentos só oponível contra produtos importados. Quanto ao local de invenção, veda que se neguem patentes se a invenção for realizada em certo território (por exemplo, na África do Sul), ou se restrinja o exercício apenas às invenções concebidas em determinada área (por exemplo, o MERCOSUL). Mas fugiria à sistemática do Acordo entender-se que o Art. 27 se refira ao uso efetivo, que é não pressuposto intrínseco e incondicional, mas condição de manutenção do direito, dependente para sua implementação de atos posteriores e eventuais do titular da patente ou de terceiros.³⁶⁵

Dessa maneira, o eminentíssimo Ministro Dias Toffoli concluiu que a vedação prevista no art. 27 do TRIPS se refere apenas à dimensão da patenteabilidade da invenção, e não aos desdobramentos da concessão da patente, como na hipótese analisada pelo STF. Nesse espectro, sublinhou o seguinte:

Nesse quadro, não surpreende o fato de inúmeras jurisdições, citadas em meu voto, concederem tratamento diferenciado às patentes farmacêuticas no que tange aos períodos de vigência, seja para possibilitar mecanismos de extensão da exploração exclusiva, seja para vedar qualquer instrumento dessa natureza, como ocorre na Colômbia e no Peru, em que essa vedação decorre do reconhecimento, no âmbito da Comunidade Andina, da existência de correlação entre a ampla concorrência e o acesso a medicamentos em países em desenvolvimento.³⁶⁶

Por tais razões, o Tribunal acolheu a proposta de modulação dos efeitos da decisão de declaração de constitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da LPI, conferindo a ela

³⁶⁵ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 230.

³⁶⁶ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 83. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

efeitos *ex nunc*, ou mais precisamente, a partir da publicação da ata do julgamento, de forma a manter as extensões de prazo concedidas com base no preceito legal, preservando-se, assim, a validade das patentes já concedidas e ainda vigentes em decorrência do aludido preceito.

Com efeito, ficaram ressalvadas da modulação (*i*) as ações judiciais propostas até o dia 7 de abril de 2021, inclusive (data da concessão parcial da medida cautelar no presente processo); e (*ii*) as patentes que tenham sido concedidas com extensão de prazo relacionadas a produtos e processos farmacêuticos e a equipamentos e materiais de uso em saúde.

Em ambas as situações operou-se o efeito *ex tunc*, o que resultou na perda das extensões de prazo concedidas com fundamento no parágrafo único do art. 40 da Lei da Propriedade Intelectual, respeitado o prazo de vigência da patente estabelecido no *caput* do art. 40 da Lei 9.279/1996, ou seja, 20 anos, e resguardados eventuais efeitos concretos já produzidos em decorrência da extensão de prazo das referidas patentes.

Muito bem. Feita essa necessária rememoração e contextualização de todos os aspectos extrínsecos e intrínsecos relacionados ao julgamento da ADI 5.529/DF e observadas, por certo, as concepções sobre a epistemologia ontológica dos fatos, nos exatos termos do que foi visto no capítulo anterior, dar-se-á início à identificação dos fatos, constantes do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli, que serviram de fundamentos à declaração da constitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996.

Nessa perspectiva, opta-se por seguir os tópicos elencados pelo eminentíssimo Ministro Relator em seu voto, de modo a manter-se a linha de coerência de sua Excelência quanto à análise da matéria e, ainda, para não interferir na dinâmica de desenvolvimento do seu raciocínio, muito embora alguns trechos serão necessariamente suprimidos, nesta última etapa do trabalho, sem, contudo, comprometer a referida continuidade.

Anote-se, também, que serão apresentados exclusivamente somente aqueles fatos que serviram de fundamentos, repita-se, para a declaração da constitucionalidade material do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996.

Eles estarão em destaque, pois assim o fez o eminentíssimo Ministro Dias Toffoli, Relator da ADI 5.529/DF ao identificá-los. Desse modo, o reconhecimento desses fatos acontecerá de maneira bastante simples, durante a apuração dos trechos do voto sob análise, de interesse da pesquisa.

5.3 OS FATOS COMO FUNDAMENTOS DO VOTO CONDUTOR PROFERIDO PELO EMINENTE MINISTRO DIAS TOFFOLI, NO JULGAMENTO DA ADI 5.529/DF, NO

QUAL O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 40 DA LEI 9.279/1996

5.3.1 Da adequação da via eleita

Pois bem. No início do julgamento, o eminente Ministro Dias Toffoli, analisando questão preliminar, posicionou-se contrariamente em relação a dois argumentos, que se entendem imbricados, trazidos em manifestação do Senado Federal (SF), para o não conhecimento da ação direta de constitucionalidade.

O primeiro deles, de que faltaria à PGR interesse de agir, pois, ainda que a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996 fosse declarada, esse reconhecimento não solucionaria o *backlog*³⁶⁷ resultante da ineficiente atuação administrativa do Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI), e essa seria a segunda alegação, razão pela qual a ação direta de inconstitucionalidade não seria a via adequada para o objetivo proposto.

A percepção que se tem, já neste início de análise, é de que a sustentada falta de interesse da agir da PGR estaria relacionada à necessária remissão ao fato de que a administração do INPI é reconhecidamente ineficiente. E, para além disso, reconhecer-se a inconstitucionalidade seria ineficaz, pois não resolveria tal inoperância. Assim, por esse motivo, não caberia, em tese, a análise dessa questão no processo objetivo.

Entretanto, o eminente Relator rechaçou esses argumentos. Assentou que o pedido de declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996 se baseou, justamente, e principalmente, na ineficiência administrativa do INPI para a apreciação dos pedidos de concessão de patentes. Um fato concreto.

5.3.2 Da inconstitucionalidade material do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996

A análise da inconstitucionalidade material do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996 teve início com uma síntese das deletérias consequências fáticas relacionadas à sua vigência. Elas foram elencadas em parecer da lavra do eminente Ministro Eros Grau, ofertado pela Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina, Biotecnologia e Especialidades (ABIFINA). Nele, uma vez mais, esses desdobramentos adversos da vigência do dispositivo questionado foram assim sintetizados:

³⁶⁷ Sobre o *backlog*, ver o Plano de Combate ao *Backlog*. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/plano-de-combate-ao-backlog>. Acesso em: 23 set. 2023.

(i) prolonga, injustificadamente, o privilégio de exploração exclusiva de produtos e processos industriais, em prejuízo de quantos possam concorrer como titulares da patente e, ainda, dos consumidores, beneficiários da livre concorrência nos mercados; (ii) impede que virtuais concorrentes do depositante do pedido de patente tenham conhecimento da data a partir da qual poderão explorar economicamente os produtos ou processos objeto da patente, o que compromete a calculabilidade e a previsibilidade indispensáveis à atuação dos agentes econômicos no mercado, vale dizer, certeza e segurança jurídica; e (iii) permite, viabiliza, incita comportamentos adversos à livre concorrência da parte de depositantes de pedidos de patente, comportamentos voltados, tanto quanto isso se torne possível, ao retardamento do processo de exame do pedido de patente conduzido pelo Poder Executivo; quanto mais lento for esse exame, mais extenso será o privilégio de utilização exclusiva dos produtos e processos patenteados.³⁶⁸

Sua Excelência, o Ministro Dias Toffoli, então, concluiu:

De fato, o parágrafo único do art. 40 é problemático sob diversos aspectos, em razão da circunstância fundamental de que ele acaba por **tornar o prazo de vigência das patentes indeterminado**. Com efeito, **não se sabe o prazo final da vigência de uma patente no Brasil até o momento em que essa é efetivamente concedida, o que pode demorar mais de uma década**. A indeterminação do prazo é circunstância que, por si só, descortina uma série de violações constitucionais que tornam inequívoca, em meu entender, a **inconstitucionalidade norma**. O prazo indeterminado tem **como consequência prática a ausência, de fato, de limitação temporal para a proteção patentária no Brasil**. Isso porque o prazo das patentes sempre estará condicionado a uma variável absolutamente aleatória, consistente **no tempo de tramitação do processo no INPI**. A aludida ausência de limitação redunda no cenário absurdo de termos patentes vigendo no país por prazos extremamente extensos, de cerca de 30 anos, o que desborda dos limites da razoabilidade e faz nosso país destoar das demais jurisdições em matéria de proteção da propriedade industrial. São décadas de monopólio, em solo brasileiro, de produtos que frequentemente já estão em domínio público no exterior e com preços muito mais acessíveis. Estando vigente o parágrafo único do art. 40, **o prazo entre o depósito e a concessão de uma patente sempre**

³⁶⁸ Parecer elaborado pelo Ministro Eros Grau para a Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina, Biotecnologia e Especialidades (ABIFINA), documento eletrônico 6, p. 17-18. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

será indeterminado, com ou sem backlog no INPI, visto que o tempo de processamento pelo escritório de patentes é um elemento indeterminado, dadas a complexidade envolvida na análise desse tipo de pedido – que é variável e depende do produto e do setor tecnológico pertinentes – e as intercorrências que podem ocorrer no trâmite administrativo –, algumas delas ensejadas pelos próprios requerentes no intuito de se beneficiarem da extensão automática prevista na norma questionada. Portanto, **mesmo que o INPI venha a superar o atraso crônico na análise dos pedidos de patentes (o que será objeto de análise mais à frente neste voto), remanescerá a constitucionalidade da norma**. Vejam que não estou a questionar aqui um prazo certo fixado pelo legislador no que tange a sua adequação e suficiência para atender determinado propósito. Não estou a questionar, por exemplo, se o parágrafo único deveria prever uma prorrogação de 5 anos, e não de 10, para as patentes de invenção. Adentrar na seara da definição de prazos seria uma intrusão em competência tipicamente legislativa. Questiono uma previsão normativa que, embora travestida de prazo determinado, descortina, na realidade, **regra arbitrária, que torna automática a prorrogação da vigência de patentes no Brasil e possibilita a formação de monopólios por tempo indeterminado e excessivo, em franca violação da segurança jurídica; do art. 5º, inciso XXIX, da CF/88; do princípio da eficiência da administração pública (art. 37, *caput*); dos princípios da ordem econômica (art. 170) e, no caso dos fármacos, do direito à saúde (art. 196).**³⁶⁹ (grifos no original)

A partir dessa atestação, o Ministro Dias Toffoli analisou, de modo pormenorizado, cada um dos fatos que o levaram a concluir pela constitucionalidade material do fadado parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996.

5.3.2.1 Os fatos caracterizadores da violação do princípio da eficiência da administração pública (art. 37, *caput*, da CF/1988) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988)

Para identificar a contrariedade ao princípio da eficiência da administração pública, assim como a violação à razoável duração do processo, o eminentíssimo Ministro Dias Toffoli, ao

³⁶⁹ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 19. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

fundamentar o seu voto condutor, elencou diversos fatos concretos e incontrovertíveis que entendeu suficientes para caracterizar esses desrespeitos à Constituição.

De início, observou que o Brasil, ao abrir mão do prazo de cinco anos estipulado pelo TRIPS para que os países signatários do GATT pudessem adequar as suas legislações e estruturas administrativas para a implantação do novo sistema de proteção industrial, acabou por renunciar, então, à possibilidade de, nesse período mais extenso, adotar “medidas para absorver o aumento do número de depósitos, considerando que a Lei 9.279/1996 abrangeu setores tecnológicos anteriormente não submetidos à proteção patentária”³⁷⁰, a exemplo da indústria farmacêutica.

Constatou-se, pois, que o resultado imediato dessa renúncia foi o acúmulo de pedidos de registros de patentes no INPI e a promulgação da Lei 9.279/1996, contendo o dispositivo do parágrafo único do art. 40, como forma de mitigar possível prejuízo causado pelo atraso na análise dos requerimentos, postergando, assim, o término do prazo de proteção patentária, de acordo com a duração do processo administrativo.

Não por outro motivo, constatou o eminente Relator que essa prorrogação do prazo da patente:

[...] acaba por induzir o descumprimento dos prazos previstos no *caput* do dispositivo, pois ameniza as consequências da mora administrativa e prolonga o período de privilégio usufruído pelos depositantes, em prejuízo dos demais atores do mercado, além da própria Administração Pública [...].³⁷¹ (grifo no original)

Prossegue. O *backlog* não seria um problema exclusivo do Brasil, pois estudos realizados pela London Economics³⁷², em 2010, atestaram que esse atraso no trâmite de processos para concessão de patentes é algo comum no mundo, motivado pela quantidade de pedidos pendentes de análise e pela complexidade técnica dos novos inventos.

³⁷⁰ Trecho constante do voto proferido pelo eminente Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 21. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoIncidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁷¹ Trecho constante do voto proferido pelo eminente Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 21. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoIncidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁷² LONDON ECONOMICS. *Economic study on patent backlog and a system of mutual recognition*. Final report to the Intellectual Property Office. Londres: London Economics, 2010. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7e244ded915d74e62245fa/p-backlog-report.pdf>. Acesso em: 23 set. 2023.

Da mesma forma, é comum que, nos países estudados, tais como Canadá, Estados Unidos, Japão, Reino Unido, Coréia do Sul, Índia e Alemanha, os requerentes também ajam de modo estratégico, nesse período de análise dos requerimentos, com o fim de que, assim, para além de conseguirem estender ao máximo o processamento administrativo dos pedidos, possam dissuadir possíveis concorrentes.

Mas, em que pese tratar esse *backlog* de fenômeno mundial, o eminentíssimo Ministro Dias Toffoli observou, a partir de estudo da Confederação Nacional da Indústria (CNI) e com base no Acórdão 1.199/2000 do Tribunal de Contas da União (TCU), que o Brasil ocupa “**o topo da lista dos cinco escritórios do mundo com maior demora na análise de patentes**”³⁷³. (grifo no original).

E o caso se agrava quando o assunto diz respeito à indústria farmacêutica, pois o referido acórdão do TCU mostrou que, “entre 2008 e 2014, a quase totalidade dos pedidos de patentes incidiu na previsão do parágrafo único do art. 40, visto que “[...] ‘tiveram a extensão para além dos vinte anos, com o agravante do aumento do número que teve prolongamento maior que três anos’ [...]”³⁷⁴. (grifo no original)

Em vista disso, e nos termos do que estabelece o art. 9º, § 1º, da Lei 9.868/1999, o eminentíssimo Ministro Dias Toffoli requisitou, então, informações adicionais e atualizadas ao INPI para que pudesse, a partir das respostas do aludido instituto, melhor compreender o cenário do estado processual dos pedidos de patentes no Brasil.

Em resposta, o INPI informou:

[...] que conta com **143.815 processos pendentes, número ainda bastante elevado** (doc. 232, Tabela 1 – Quantidade de pedidos de patentes pendentes de decisão, quanto ao deferimento ou indeferimento, por principais áreas tecnológicas).

A situação dos processos pendentes é a seguinte: (i) 16.654 estão em etapa de exame formal preliminar, a qual antecede a publicação do pedido (art. 20 da LPI); (ii) **25.139 estão com os pedidos publicados, mas pendentes de requerimento de exame técnico** (art. 33 da LPI), não podendo entrar para a fila de exame; (iii) 1.942 aguardam retorno da ANVISA (art. 229-C da LPI) para serem posteriormente encaminhados à divisão técnica específica; (iv) **94.152 (65,46%) se encontram na**

³⁷³ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 23. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁷⁴ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 23. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

etapa de exame técnico, aparentemente, o maior gargalo do INPI; e (v) 5.928 estão na segunda instância. Dentre os pedidos pendentes, os que aguardam concessão há mais de 10 anos, no caso de invenção, ou de 8 anos, no caso de modelo de utilidade, totalizam nada menos do que 8.837, dos quais (i) 545 estão em etapa formal, prévia à publicação; (ii) 409 encontram-se pendentes de retorno da ANVISA; (iii) 3.958 estão na fase de exame técnico e (iv) 3.919 estão na segunda instância (doc. 232, Tabela 2 – Quantidade de pedidos de patente pendentes de decisão com mais de dez anos de depósito e com incidência, portanto, do parágrafo único do art. 40 da LPI).³⁷⁵ (grifos no original)

Causou espécie ao eminentíssimo Relator a situação referente a “**centenas de pedidos retidos ainda na etapa formal**”³⁷⁶. (grifo no original)

Por esse motivo, chamou a atenção do Plenário para a “gravidade da demora administrativa em solucionar um problema que já é histórico e que inviabiliza a continuidade do processo ainda em seu nascedouro, em **clara violação do princípio da eficiência**”. Ou seja, o fato concreto verificado, da desídia na solução dessa inoperância do INPI, contraria o art. 37, *caput*, da CF/1988.

Verificou, também, que:

“[...] no relatório do INPI consta que existem, atualmente, 36.022 patentes de invenção em vigor há mais de 20 anos, por força do parágrafo único do art. 40 da LPI. Desse universo, 21 foram concedidas com 10 ou mais anos de extensão de prazo, totalizando, em tais casos, mais de 30 anos de proteção efetiva [...]”³⁷⁷. (grifo no original)

Concatenando os dados fornecidos pelo INPI e os constantes da referida auditoria feita pelo TCU, reconhecida pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli como um minucioso trabalho de fiscalização, “no qual se evidenciaram as diversas fragilidades do procedimento de análise de

³⁷⁵ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 23. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeltronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁷⁶ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 25. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeltronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁷⁷ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 25. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeltronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

patentes que impactam o tempo de trâmite dos processos perante o órgão [INPI]”³⁷⁸, concluiu sua Excelência que “**existe uma confluência de fatores que contribuem para o quadro de demora na tramitação dos processos no INPI, não sendo possível atribuir o backlog existente no órgão como uma razão isolada**”³⁷⁹. (grifo no original).

Assim, dentre esses outros fatores confluentes, incluem-se “o incremento da complexidade das tecnologias envolvidas, a falta de recursos suficientes para atendimento e **até mesmo os atrasos causados de forma deliberada pelo próprio depositante ou por terceiros**”³⁸⁰. (grifo no original)

Desse modo, explicitou o eminentíssimo Relator que:

[...] o INPI opera, atualmente, em situação precária, com processos de trabalho ineficazes, defasagem tecnológica e carência de recursos humanos, o que o posiciona em patamar inferior a seus equivalentes no plano internacional e evidencia a necessidade urgente de reformulação das práticas do órgão. É um contrassenso que um órgão estatal cuja função é exatamente impulsionar o desenvolvimento tecnológico e a inovação no país execute suas funções sem uma estrutura tecnológica e de pessoal minimamente compatível com sua elevada missão institucional.³⁸¹ (grifos no original)

Veja-se, também, trecho do mencionado Acórdão 1.199/2000, constante do voto em comento:

Grande poder financeiro de empresas transnacionais de fármacos que se beneficiam da extensão do período de exploração exclusiva por poderem praticar preços sem concorrentes. Estima-se que a entrada de medicamentos genéricos reduza os preços em média em 35%; Dispositivo na Lei de Propriedade

³⁷⁸ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 25. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁷⁹ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 27. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁸⁰ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 27. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁸¹ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 26-27. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

Industrial de período de patente mínimo de dez anos após concessão, para os exames finalizados após dez anos de depósito (parágrafo único do art. 40), mesmo com proteção ao requerente por meio de possibilidade de indenização em caso de exploração da concorrência após o pedido da patente (retroatividade da patente à data do pedido); e Anuênciam prévia da Anvisa em exame de pedidos de patentes farmacêuticos.³⁸² (grifos no original)

Outro importante elemento fático constante do voto condutor está na descoberta da estratégia do *evergreening*, técnica decretada pelo TCU, bastante utilizada pelas indústrias farmacêuticas para maximizar o período de exclusividade na exploração de determinados medicamentos ou produtos. Consiste:

[...] no depósito sucessivo de pedidos de patentes derivadas de uma patente original com o intuito de prolongar a exploração exclusiva, tendo em vista que o mero depósito tem o efeito de inibir a concorrência, dada a possibilidade de indenização retroativa do detentor da patente (art. 44 da LPI).³⁸³

Não bastasse isso, concluiu o TCU que “**aqui o quadro é agravado pela existência do parágrafo único do art. 40 da LPI, que prevê a extensão da vigência das patentes a partir de sua concessão**”³⁸⁴. (grifo no original)

Diante de tal fato, alicerçado no Acórdão 1.199/2020 do TCU e em estudos que mostram as estratégias, como a prática de *evergreening*, utilizadas pelas empresas, principalmente farmacêuticas, para maximizar o período de exploração exclusiva dos seus produtos e causar impactos positivos sobre os seus preços, além de análise feita pela Fiocruz, na qual se atestou a utilização dessas estratégias também no Brasil, o eminentíssimo Ministro Dias Toffoli asseverou de modo contundente:

³⁸² Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 27. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoIncidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁸³ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 29. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoIncidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁸⁴ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 29. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoIncidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

O relatório do TCU aponta, assim, para a **existência de correlação entre a demora no trâmite administrativo dos pedidos de patente no INPI e a previsão contida no parágrafo único do art. 40 da LPI**, havendo indícios de que a possibilidade de extensão do prazo conferida pelo preceito favorece condutas tendentes a prolongar o processo administrativo na autarquia federal. A auditoria do TCU também estimou o possível impacto financeiro nas compras governamentais de medicamentos decorrente da ampliação do tempo em que o inventor explora com exclusividade seu invento por força do parágrafo único do art. 40 da LPI. Observou-se que, entre 2010 e 2019, “apenas para um subconjunto de medicamentos adquiridos pelo Ministério da Saúde, os efeitos da ampliação do prazo de proteção concedida pela patente, prevista no parágrafo único do art. 40 da LPI, podem ter chegado **perto da cifra de R\$ 1 bilhão**”. Nesse quadro, além de recomendar uma série de providências administrativas tendentes a racionalizar o procedimento de análise dos pedidos de patentes, o TCU recomendou a revogação do parágrafo único do art. 40 da LPI.³⁸⁵ (grifos no original)

Considerou, ainda, a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), que indicou que aquele órgão seria favorável à revogação do dispositivo, mas que isso deveria ser feito no âmbito do Legislativo federal. E, também, as informações prestadas pelo INPI de que estaria buscando implantar solução tecnológica para controle de fluxo de pedidos e que teria implementado, desde 2019, o “**Plano de Combate ao Backlog de Patentes**, o qual **visa diminuir em 80% até dezembro de 2021, o número de pedidos de patente de invenção depositados até 31/12/2016 pendentes de decisão com exame técnico iniciado**”³⁸⁶ (grifo no original).

Contudo, o eminentíssimo Relator, convicto de sua decisão, formada após a análise vertical dos autos e fundado nos fatos concretos e incontrovertíveis trazidos à colação, os quais foram indicados e grifados, concluiu pela violação do princípio da eficiência da administração pública (art. 37, *caput*, da CF/1988) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988), uma vez que o parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996 retroalimenta o *backlog*:

³⁸⁵ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 32. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁸⁶ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 36. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

Ressalto que remanesce no órgão [INPI] séria deficiência operacional **causada pelo reduzido quadro de pessoal (apenas 52% dos cargos do órgão estão ocupados)**, o que redunda em um **número ainda grande de pedidos de patentes por examinador (459)**. Não obstante, como visto, a demora crônica na análise de pedidos de patentes não pode ser imputada apenas às falhas operacionais da autarquia federal. Ainda que fossem superadas as falhas do órgão, **remanesceria vigente em nosso ordenamento norma jurídica que comprovadamente estimula o prolongamento dos processos administrativos na instituição**. Desse modo, ainda que o INPI reduza significativamente seu estoque de pedidos pendentes, a vigência do parágrafo único continuaria a dar margem para condutas de retardamento do processo administrativo, com todos os danos que decorrem disso. **Na realidade, há elementos suficientes nos autos que apontam para o fato de que a norma questionada retroalimenta o backlog**, contribuindo para gerar o fenômeno que ela busca contornar, em direta afronta aos **princípios da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) e da eficiência administrativa (art. 37, caput, CF)**.³⁸⁷ (grifo no orginal)

5.3.2.2 Dos impactos do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996 sobre o setor farmacêutico e da violação do direito à saúde (art. 196 da CF/1988)

Em continuidade na identificação dos fatos que fundamentaram a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996, nessa parte do voto, o eminente Ministro Dias Toffoli faz um alerta ao Plenário de que a maioria dos pedidos de patentes da indústria farmacêutica, aceitos pelo INPI em 2021, terá vigência superior a 20 anos.

E, com suporte em estudo do Grupo Direito e Pobreza da Universidade de São Paulo (USP), destacou que, “**dentre as dez patentes com maior período de vigência efetiva (período que vai do depósito até o decurso da vigência da patente), nove são do setor farmacêutico. Todas vigerão por mais de 28 anos**”³⁸⁸ (grifo no original).

Há exemplo, nesse estudo, de patente que vigeu por 30 anos!

Nesse cenário, tanto o Grupo Direito e Pobreza quanto a Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde do Ministério da Saúde (Ofício

³⁸⁷ Trecho constante do voto proferido pelo eminente Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 36. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁸⁸ Trecho constante do voto proferido pelo eminente Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 41-42. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

250/2021/SCTIE/MS) concordam que “**o impacto da extensão do prazo de vigência de patentes no Sistema Único de Saúde (SUS)**”³⁸⁹ aumenta:

[...] a carga econômica imposta para a sociedade [...] colocando em risco a sustentabilidade das políticas de assistência farmacêutica [...] dificulta a implementação efetiva da política nacional de medicamentos genéricos, e traz imprevisibilidade para a adoção de estratégias de desenvolvimento e produção do setor farmacêutico no país.³⁹⁰ (grifo no original)

Isso porque “**existe uma demanda coletiva por serviços públicos de saúde, motivo pelo qual uma proteção excessiva ao objeto da patente tende a desequilibrar os interesses envolvidos, prejudicando a coletividade em favor dos particulares**”³⁹¹, o que desnatura, inclusive, o instituto da propriedade, o que será visto adiante, pois há que se considerar o princípio da função social da propriedade. (grifo no original)

Nesse contexto, estudo promovido pelo Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), colacionado aos autos da ADI 5.529/DF pela Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS, concluiu que o prejuízo estimado do Ministério da Saúde na compra de medicamentos com patentes prorrogadas pelo parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996 e, por esse motivo, contabilizado apenas o pagamento de *royalties*, até janeiro de 2016, foi de **R\$ 193.638.899,00**.³⁹² (grifo no original)

Nesse estudo, compararam-se, ainda, projeções de gastos adicionais do Ministério da Saúde, em razão da extensão das patentes, também com referência ao ano de 2016:

Conclui-se que o prejuízo acumulado, a partir da hipótese de entrada de medicamentos genéricos em substituição dos medicamentos patenteados nas compras

³⁸⁹ Trecho constante do voto proferido pelo eminente Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 42. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁹⁰ Trecho constante do voto proferido pelo eminente Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 43. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁹¹ Trecho constante do voto proferido pelo eminente Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 42. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁹² Trecho constante do voto proferido pelo eminente Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 44. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

do SUS, com os sete medicamentos adquiridos via compra centralizada alcançou a cifra de R\$ 2.026.853.179,00. Já o prejuízo acumulado com os nove medicamentos adquiridos por compra centralizada e demandas judiciais alcançou a cifra de R\$ 2.139.243.073,30.³⁹³

Trabalho acadêmico de 2019, do mesmo modo, indicou que o custo excedente ocasionado pela extensão das patentes e suportado pelo Poder Público com a compra de medicamentos, em comparação ao que seria pago em produtos genéricos, chegou ao montante de **R\$ 1,2 bilhão**³⁹⁴.

E, uma vez mais, com suporte no Acórdão 1.199/2000 do TCU, o eminentíssimo Ministro Dias Toffoli, constatou:

Como visto, na auditoria do TCU que resultou no Acórdão n. 1.199/2020 consta que, em decorrência da regra do parágrafo único do art. 40 da LPI, **as patentes de produtos farmacêuticos duram em média 23 anos, podendo chegar ao prazo de vigência de 29 anos ou mais**. Por conseguinte, constatou-se no acórdão do TCU que, **quanto maior o prazo de exclusividade usufruído pelo titular da patente, mais será onerado o poder público**, considerando-se a necessidade de aquisição de medicamentos em larga escala para a execução de políticas públicas em saúde (doc. 124, p. 74). Os prejuízos financeiros decorrentes de períodos tão longos de monopólio foram estimados pela auditoria em cerca de **R\$ 1 bilhão**. **Por óbvio, esse contexto se torna ainda mais gravoso e dotado de urgência por estarmos em plena emergência internacional de saúde.**³⁹⁵ (grifos no original)

Forte nesses fundamentos fáticos concretos e incontrovertíveis e, ainda, e principalmente, na circunstância de que os gastos do Ministério da Saúde, sobretudo com a compra de insumos e medicamentos para o enfrentamento da covid-19 (relembre-se: **fato bruto**), que então se travava naquele período, já teria alcançado a cifra de R\$ 39 bilhões, o eminentíssimo Ministro Dias

³⁹³ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 45. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoIncidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁹⁴ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 45-46. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoIncidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁹⁵ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 46. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoIncidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

Toffoli, uma vez mais, reputou inconstitucional o parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996, dessa vez por contrariedade ao art. 196 da CF/1988, assentando que:

Nesse cenário, a discussão acerca da necessidade de superação do parágrafo único do art. 40 da LPI, que já era premente, tornou-se inadiável diante da emergência da crise de saúde pública decorrente da Covid-19, escancarando a relevância de se buscar o bem comum nas decisões públicas. Por todo o exposto, conclui-se que o prolongamento indevido dos prazos de vigência de patentes reveste-se de caráter injusto e inconstitucional, por privilegiar o interesse particular em detrimento da coletividade, impactando de forma extrema a prestação de serviços de saúde pública no país e, consequentemente, contrariando o direito constitucional à saúde, que, relembrase, “é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196 da CF). Verifica-se, dessa forma, que a extensão do prazo de vigência das patentes afeta diretamente as políticas públicas de saúde do país e obsta o acesso dos cidadãos a medicamentos, ações e serviços de saúde, causando prejuízos não apenas a concorrentes e consumidores, mas, principalmente, àqueles que dependem do Sistema Único de Saúde para garantir sua integridade física e sua sobrevivência.³⁹⁶ (grifos no original)

5.3.2.3 Da violação da segurança jurídica e do art. 5º, XXIX, da CF/1988

Neste tópico, o eminentíssimo Relator, de início, conclui que a “**indeterminação do prazo** contido no parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996 gera **insegurança jurídica e ofende o próprio Estado Democrático de Direito**”³⁹⁷. (grifo no original)

Desse modo, como fundamento fático incontrovertível para o reconhecimento da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996 por contrariedade à segurança jurídica e ao art. 5º, XXIX, da CF/1988, que determina que seja assegurado, por lei, aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como

³⁹⁶ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 50. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁹⁷ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 51. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, haja vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país, há que se destacar o estudo feito pela Fiocruz, sobre patentes de medicamentos, que “**mostrou que o risco de altas indenizações inibe a venda de genéricos enquanto pendente o pedido administrativo da patente**”³⁹⁸:

A opção legislativa, portanto, foi de fornecer, no caso de violações de direitos de propriedade industrial, critérios pré-determinados para o valor da indenização, sob a justificativa de fornecer maior segurança jurídica e previsibilidade. No entanto, ao fixar a compensação possível de ser obtida sob critérios excessivamente elevados, e principalmente ao não diferenciar especificamente a indenização cabível em casos de exploração indevida ocorrida antes ou depois da concessão da patente, a lei brasileira cria enormes desincentivos à inovação e à concorrência, uma vez que imputa um risco excessivo a terceiros. Como se verá a seguir, esses critérios estão muito acima do que determina o Acordo TRIPS e outras legislações nacionais sobre o tema. No caso específico de medicamentos, a LPI cria um sistema que limita o acesso a medicamentos e, por consequência, o direito à saúde, na medida em que **prevê proteção excessiva ao depositante de um pedido de patente, que muitas vezes sequer será concedida, dificultando assim o acesso a medicamentos a preços mais acessíveis, inclusive pelo sistema público de saúde.**³⁹⁹ (grifos no original)

Também fundamento do seu voto, nesse trecho, uma vez mais a auditoria do TCU, que, empiricamente, à vista do art. 44 da Lei 9.279/1996, segundo o qual ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente, constatou que “terceiros interessados na exploração da técnica não se arriscam explorá-la, enquanto não decidida a pretensão do depositante. **Com isso, a patente, mesmo se ainda não concedida, apresenta eficácia econômica em face de seus concorrentes a partir do depósito**”⁴⁰⁰. (grifo no original)

³⁹⁸ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 59. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocesso_eletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoIncidente=4984195. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁹⁹ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 59. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocesso_eletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoIncidente=4984195. Acesso em: 29 set. 2023.

⁴⁰⁰ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 61. Disponível em:

À vista do exposto, concluiu, então, o eminentíssimo Relator que:

[...] resta demonstrado que o art. 44 da LPI exerce um efeito inibidor sobre os eventuais concorrentes e efetivamente protege o objeto da patente ao longo do procedimento para a concessão do direito, motivo pelo qual não prosperam os argumentos em sentido contrário, com a devida vênia. Com efeito, o que se observa a partir da análise dos dados levantados neste processo é que o parágrafo único do art. 40 da LPI enseja profunda distorção na lógica de proteção patentária. A regra questionada promove essa distorção ao viabilizar vantagem excessiva aos detentores do privilégio, em detrimento de interesses caros à sociedade, tais como os valores da livre concorrência, os direitos dos consumidores e o direito à saúde, dentre outros.⁴⁰¹ (grifos no original)

5.3.2.4 Da violação da função social da propriedade intelectual (art. 5º, XXIX, c/c o art. 170, III, da CF/1988), da livre concorrência e da defesa do consumidor (art. 170, IV e V, da CF/1988)

Na última parte de seu voto, o eminentíssimo Ministro Dias Toffoli, ciente de toda a situação fática ensejadora da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996, constata, de imediato, que esse dispositivo também contraria a função social da propriedade.

Nesse contexto, fundado em todos os elementos fáticos já expostos nos tópicos anteriores do seu voto, cabe destacar, agora, o que o eminentíssimo Relator afirmou sobre as questões neste tópico relacionadas:

[...] o parágrafo único do art. 40 da LPI autoriza o adiamento da entrada da concorrência no mercado e a permanência dos efeitos da exclusividade por prazo indeterminado e excessivo, com sérios impactos sobre os preços dos produtos e, consequentemente, sobre o acesso dos consumidores a tais produtos. Assim, o prolongamento arbitrário do privilégio vem em prejuízo do mercado como um todo, proporcionando justamente o que a Constituição buscou reprimir, ou seja, a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, aprofundando a desigualdade entre os agentes econômicos e transformando o que era justificável e razoável em inconstitucional. O direito de propriedade industrial, para ser exercido, deve ser considerado necessário e adequado para o fim a que se destina, sem incorrer em agressão ou nulificação dos

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

⁴⁰¹ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 61. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

demais preceitos constitucionais aplicáveis, como os princípios que regem a ordem econômica. Ocorre que, no caso presente, verifica-se contrariedade a tais princípios, notadamente à livre concorrência e à defesa do consumidor, pois **o artigo questionado barra a atuação de agentes econômicos da indústria por prazo que se prolonga de forma incerta e imprevisível, permitindo uma proteção injustificadamente longa à propriedade industrial.**⁴⁰² (grifos no original)

Consideradas, ainda, outras circunstâncias importantes, mas desnecessárias à conclusão desta etapa do trabalho, faz-se importante destacar, por último, que, também com suporte em elementos fáticos, o eminentíssimo Ministro Dias Toffoli reconheceu que:

A regra impugnada proporciona, também, uma situação anti-isomônica no tratamento dos depositantes de pedidos de patente perante o INPI, pois os requerentes usufruirão de prazos de vigência distintos, mesmo sendo portadores do mesmo direito e ainda que tenham depositado o pedido na mesma data. Esse contexto é agravado também pelo fato de que a prorrogação é aplicável para todo e qualquer setor tecnológico, de forma automática e independente da análise de cada caso concreto.⁴⁰³ (grifo no original)

Vê-se, assim, pois, que o voto condutor proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli, que reconheceu e declarou a constitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996, fundou-se, principalmente, como visto, em fatos. Não por outro motivo, ao exortar o Legislativo a buscar uma solução para a demora na análise dos pedidos de patentes, constatou sua Excelência tratar-se “de uma realidade”⁴⁰⁴ que precisa ser combatida.

E, mais, diante da concretude fática levada a efeito para o reconhecimento da desconformidade do dispositivo impugnado com a Constituição Federal, entendeu o eminentíssimo Relator existir um verdadeiro estado de coisas constitucional relacionado à vigência das patentes no Brasil. Não por outro motivo, assentou:

⁴⁰² Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 64-65. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

⁴⁰³ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 66. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

⁴⁰⁴ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 70. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

Conforme registrado no julgamento da ADPF n. 347 – sobre as audiências de custódia e a situação do sistema penitenciário brasileiro –, o estado de coisas inconstitucional, instituto cunhado pela jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, pressupõe três requisitos: “[...] situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades”. É exatamente o que se tem aqui, **em meu entendimento**. Somados a demora do INPI em analisar os pedidos e o prazo adicional concedido pelo parágrafo único do art. 40 da LPI, os prazos de vigência das patentes acabam sendo extraordinariamente maiores do que os praticados em outras jurisdições, com todos os impactos negativos já citados neste voto, os quais descortinam situação de violação generalizada de direitos fundamentais sociais. A inércia ou a incapacidade reiterada e persistente das autoridades está configurada pelos **25 anos de acúmulo (backlog)** na análise de pedidos de patentes. A inação da administração pública por tão longo período tornou o atraso do INPI um problema crônico, que demanda o esforço de múltiplos atores para contorná-lo (a autarquia federal, a ANVISA, o Ministério da Saúde e o TCU, por exemplo). É preciso combater o problema em suas diversas frentes. **Além da impreterível superação do preceito questionado, as recomendações/determinações emitidas pelo Tribunal de Contas da União ao INPI e demais órgãos da administração pública federal precisam ser devidamente seguidas**⁴⁰⁵ (grifos no original)

O Supremo Tribunal Federal não acolheu a proposta de reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, mas placitou, por maioria, os fundamentos do voto condutor.

⁴⁰⁵ Trecho constante do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 5.529/DF, documento eletrônico 440, p. 71-72. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublish/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em: 29 set. 2023.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa buscou-se demonstrar que voto condutor proferido pelo eminente Ministro Dias Toffoli, no julgamento da ADI 5.529/DF, indicou, de forma inconteste, a superação do dogma então existente, mas, ainda, de algum modo, persistente na mente de muitos juristas, da impossibilidade de remissão aos fatos, em processo objetivo, para a verificação de alegada constitucionalidade material.

Como visto, foi possível verificar, de modo indubitável, que os fundamentos que subsidiaram a convicção externada pelo eminente Relator da ADI 5.529/DF tiveram como base, principalmente, os fatos levados a efeito naquele julgamento.

Mais. Correlacionando-se o referido julgamento com a proposição legislativa constante do PL 3.640/2023, demonstra-se o acerto desse projeto de lei em explicitar a possibilidade de produção probatória nas ações de controle abstrato e concentrado, e, desse modo, tornar estreme de dúvidas a viabilidade de análise fática em processo objetivo.

Observe-se que isso não ocorre, atualmente, com a Lei 9.868/1999, ao limitar a questão fática a possível esclarecimento de dúvida do Relator, caso entenda necessário, e que também não há posicionamento claro do STF quanto à possibilidade de ter os fatos como fundamentos para a declaração de constitucionalidade material de lei ou dispositivo legal que venha a ser impugnado.

Assim, para confirmar essa constatação, analisaram-se, de modo aprofundado, os referidos fundamentos fáticos constantes do voto condutor do eminente Ministro Dias Toffoli, proferido no julgamento da já aludida ADI 5.529/DF.

A corroborar, ainda, a salutar correlação entre a proposição legislativa e o voto em questão, o fato de que, para decidir de modo consequencialista em ações diretas de constitucionalidade, há que se considerar e confrontar, fundado na Constituição Federal, a realidade diante do caso concreto.

Nesse desiderato, viu-se que, para chegar ao deslinde da proposta constante deste trabalho, foi necessário revistar a origem do dogma que selou a impossibilidade da análise dos fatos no modelo de controle abstrato de constitucionalidade.

Vislumbrou-se, assim, no capítulo segundo, a inauguração do controle abstrato no Brasil, considerando-se, principalmente, que a parametrização e as diretrizes conceituais, para o tratamento do processo objetivo, foram estabelecidas logo no julgamento da Rp 94/DF, apreciada pelos Ministros do STF em 17/7/1947. Tratou-se, portanto, de incontroversa

referência para o regramento do processamento das ações de controle concentrado no país, a partir de então.

Permeado que estava o referido período histórico pelo latente positivismo jurídico e uma vez estabelecida a jurisdição constitucional no país, entendeu-se, por bem, trazer a explicação da filosofia juspositivista pela óptica do próprio Hans Kelsen, algo incomum nos livros de doutrina que abordam o tema.

Assim, em conclusão ao capítulo segundo, constatou-se que foi uma opção político-jurídico-processual do STF não analisar fatos em sede de processo objetivo. Como visto, permeava à época a noção de que as normas jurídicas não seriam fatos, mas, sim, o sentido dos fatos.

Em sequência, no capítulo terceiro, procurou-se demonstrar que a superação desse dogma e a consequente evolução do processo objetivo no Brasil foram resultado do desenvolvimento da hermenêutica constitucional, principalmente aquelas que interpretam materialmente a Constituição, considerando os fatos da realidade como fator preponderante para a sua concretização.

Desse modo, inicialmente, tratou-se de mostrar que a Constituição evolui à medida que ela é interpretada. Passo seguinte, demonstrou-se que a moderna interpretação constitucional é o resultado da busca por um sentido mais profundo da Constituição como um instrumento necessário ao estabelecimento da adequação rigorosa do direito com a sociedade; do Estado com a legitimidade, que alicerça a sua razão de existir; “da ordem governativa com os valores, as exigências, as necessidades do meio social, onde essa ordem atua dinamicamente, num processo de mútua reciprocidade e constantes prestações, características de todo sistema político com base no equilíbrio entre governantes e governados”⁴⁰⁶.

E, além da análise material da Constituição, outra característica comum aos métodos analisados é a percepção de que não “há, inegavelmente, fenômeno jurídico que não se desenvolva em certa condicionalidade histórico-social”⁴⁰⁷. Enfim, na Constituição, “a sistematização, a hierarquia de fins não é historicamente fixa, mas depende da assunção de ‘metavalores’ por parte da interpretação ‘adequada aos fatos’ emergentes”⁴⁰⁸.

No capítulo quarto, optou-se por vislumbrar o fato sob a perspectiva da filosofia da linguagem. Isso porque, no capítulo segundo, tratou-se da filosofia juspositivista, que moldou

⁴⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 487.

⁴⁰⁷ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 70.

⁴⁰⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Diritto costituzionale: il sistema delle fonti del diritto*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1998. v. 1, p. 83.

a adoção do processo objetivo no Brasil. E também porque, no capítulo terceiro, o enfoque esteve nas correntes de pensamento jusfilosóficos, que propuseram uma interpretação material da Constituição.

Desse modo propugnou-se o estudo ontológico “do fato” na perspectiva da filosofia da linguagem proposta por John Rogers Searle e, ainda, na visão de Neil MacCormick.

Os conceitos de fatos brutos, fatos institucionais, fatos institucionais individuais, fatos institucionais genéricos, fatos não jurígenos e fatos jurígenos, além da diferenciação entre questão de fato e questão de direito, foram vistos de modo a subsidiar, até mesmo o leitor leigo, para o estudo de caso, de modo a possibilitar a identificação dos fatos que serviram de fundamento para o eminente Ministro Dias Toffoli declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996.

Por fim, no capítulo quinto, fez-se possível constatar, pela análise dos qualificados fundamentos constantes do voto em questão, que foram os fatos considerados que demonstraram, de modo inconteste, a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/1996.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ABELLÁN, Marina Felicia Gascón. La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción. *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, n. 41, p. 63-87, 1994. Disponível em: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/_Revistas/6/REDC_041_063.pdf. Acesso em: 5 ago. 2023.
- ABELLÁN, Marina Felicia Gascón. *La prueba judicial*: valoración racional y motivación. Universidad de Castilla-la Mancha, p. 1-22 Disponível em: www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/.../Prueba.pdf. Acesso em: 1 set. 2023.
- ABELLÁN, Marina Felicia Gascón. *Los hechos en el derecho*: bases argumentales de la prueba, Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Mexico, 2003, p. 31-109.
- ABELLÁN, Marina Felicia Gascón. *Los hechos en el derecho*: bases argumentales de la prueba. 2. ed. Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- ABELLÁN, Marina Felicia Gascón. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28888>. Acesso em: 29 jul. 2023.
- ABELLÁN, Marina Felicia Gascón; BELTRÁN, Jordi Ferrer; LAGIER, Daniel González; TARUFFO, Michele. *Estudios sobre la prueba*. México: Universidad Autónoma de México, 2011. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1971>. Acesso em: 1 set. 2023.
- ALCHOURRÓN, Carlos E; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/introduccion-a-la-metodologia-de-las-ciencias-juridicas-y-sociales--0/html/>. Acesso em: 15 set. 2023.

ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 15, n. 57, p. 223-328, jan./mar. 1978.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. *Jueces y ponderación argumentativa*. México: Unam, 2016. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2196/2.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2023.

ALMELA, Ramón. Metamorfología (I): ámbito y modelos de la morfología, *Revista de investigación lingüística*. Murcia: Departamento de Lengua Española y Lingüística General, n. 1, vol. V, p. 5-29, 2002. Disponível em: <http://revistas.um.es/ril/issue/view/321>. Acesso em: 28 jul. 2023.

ÁLVAREZ, Roberth Uribe. Una aproximación al discurso iusfilosófico de la prueba, *Revista Facultad de derecho y ciencias políticas*, Medelin, Colombia, n. 111, p. 337-356, 2009. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3193851>. Acesso em: 30 abr. 2023.

ALVES, Pedro de Oliveira. Mutações constitucionais na “Escola de Smend”: divergências entre as perspectivas de Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, [s. l.], v. 17, n. 1, p. 103-130, 2022. DOI: 10.22456/2317-8558.119238. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/119238>. Acesso em: 29 set. 2023.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: RT, 2000.

ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Krüger. O controle de constitucionalidade abstrato como processo objetivo. In: TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda (orgs.). *Um código de processo constitucional para o Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. 370 p.

AMARAL, Diogo Freitas do. *História das ideias políticas: apontamentos*. Lisboa: Almedina, 2010. v. I, 410 p.

ARAUJO, Marcelo de. John Searle e a ontologia do mundo social: subsídios para uma teoria acerca do objeto do conhecimento jurídico. In: MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (Org.). *Epistemologia e metodologia do direito*. Campinas, SP: Millennium, 2011. p. 17-32.

ARAÚJO, Marcelo Cunha. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ARROYO, César Landa. Justicia constitucional y political questions, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 4, p. 173-204, 2000. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1976077>. Acesso em: 15 set. 2023.

ARROYO, César Landa. *Las razones del derecho: teoría de la argumentación jurídica*. México: Universidad Autónoma de México, 2007. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=710>. Acesso em: 1 set. 2023.

ARROYO, César Landa. *Tribunal constitucional y estado democrático*. Peru: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

ATIENZA, Manuel. Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos. *Revista de Teoria y Filosofia del Derecho*, n. 6, p. 7-30, 1997. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/los-lmites-de-la-interpretacin-constitucional-de-nuevo-sobre-los-casos-trgicos-0/>. Acesso em: 27 jul. 2023.

ATIENZA, Manuel. Argumentación jurídica y estado constitucional. *Anales de jurisprudência*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, n. 261, p. 353-369. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anales-jurisprudencia/article/view/1907/1796>. Acesso em: 4 ago. 2023.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAINI, Gustavo Martins. *Teoria da mutação constitucional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Dialética, 2021.

BAKKER, Gerald; CLARK, Len. *La explicación*: uma introducción a la filosofía de la ciência. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

BALDASSARE, Antonio. Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale. *Costituzionalismo.it*, Roma, n. 2, 30 maio 2007. Disponível em: <http://www.costituzionalismo.it/articoli/248/>. Acesso em: 4 ago. 2023.

BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

BARBOSA, Cláudio Roberto. *A relação entre informação, propriedade intelectual, jurisdição e direito internacional*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito civil da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 712 p.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os fundamentos e a construção do novo modelo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. 808 p.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BASSO, Maristela. Os fundamentos atuais do direito internacional da propriedade intelectual. *Revista CEJ*, Brasília, n. 21, p. 16-30, abr./jun. 2003. p. 16. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/114959/fundamentos_atuais_direito_basso.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. 304p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. 704 p.
- BAZÁN, Víctor. Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión. *Revista Derecho del Estado*, n. 20, p. 121-144, 2007. Disponível em: <https://metabase6.metarevistas.org/index.php/derest/article/view/707/669>. Acesso em: 17 ago. 2023.
- BELAUNDE, Domingo García. *Derecho procesal constitucional*. Peru: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 1998.
- BELAUNDE, Domingo García. De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, n. 3, 1999, p. 121-156. Disponível em: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/arsiu/cont/3/cnt/cnt3.pdf>. Acesso em: 29 set. 2023.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. *Sistema constitucional aberto*: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. *Jueces para la democracia*, n. 47, p. 27-34, 2003. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668796>. Acesso em: 21 mai. 2023.
- BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Tradução de Don José Gomes de Castro. Madrid: Don Gomes Jordam, 1835. Disponível em: <https://archive.org/details/tratadodelaspru00bentgoog/page/n12/mode/2up>. Acesso: 29 ago. 2023.
- BERNARDES, Juliano Tavares. *Controle abstrato de constitucionalidade*: elementos materiais e princípios processuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

BIAZEVIC, Juan. *O raciocínio jurídico de Neil MacCormick: um estudo comparativo entre legal reasoning and legal theory e rhetoric and the rule of law*. São Paulo: Dialética, 2023.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, p. 111-130, jan./dez. 2004. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15196-15197-1-PB.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2023.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O contrôle jurisdiccional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/11037/10017>. Acesso em: 29 set. 2023.

BITTENCOURT, C. L. A interpretação como parte integrante do processo legislativo. *Revista do Serviço Público*, [s. l.], v. 4, n. 3, p. 121-127, 2022. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/9036>. Acesso em: 4 ago. 2024.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. Bauru: Edipro, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. 869 p.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História constitucional do Brasil*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo; SARAIVA, Paulo Lopo. Proposta: código de processo constitucional. *Folha de S. Paulo*, A3, 10 jan. 2023. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/169635/codigo_processo_constitucional_saraiva.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

BORGES VALADÃO, Rodrigo. A luta contra a teoria pura do direito na República de Weimar e o caminho para o nacional-socialismo. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, [s. l.], v. 3, n. 3, 2020.

DOI: 10.46818/pge.v3i3.177. Disponível em: <https://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/177>. Acesso em: 29 set. 2023.

BOROWSKI, Martin. A doutrina da estrutura escalonada do direito de Adolf Julius Merkl e a sua recepção em Kelsen. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Org.). *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. São Paulo: GEN/Forense Universitária, 2013.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *La acción de inconstitucionalidad*. México: Universidad Autónoma de México, 2000. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2553/9.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2023.

BRUGGER, Walter. *Dicionário de filosofia*. 2. ed. São Paulo: Herder, 1969. Disponível em: <https://archive.org/details/brugger-walter.-diccionario-de-filosofia-1969>. Acesso em: 29 set. 2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BURG, Amanda Karolini; NOGUERIA AMORIM FILHO, Nelson; DAS NEVES GONÇALVES, Everton. A teoria estruturante do direito de Friedrich Müller no Brasil: uma análise a partir dos estudos acadêmicos realizados no programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina. *Direito Público*, [s. l.], v. 19, n. 103, 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6394>. Acesso em: 29 set. 2023.

BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

BUSS, Dietrich. Interpreting law: text understanding – text application – working with texts. Paper presented at the international conference “Law and Language / Language and Law”, Duesseldorf, May 18, 2006. In: Dieter Stein / Alexander Lorz / Frances Olsen (eds.): *Law and Language. Theory and Society*. Düsseldorf: düsseldorf university press 2008, 239-266. Disponível em: https://www.germanistik.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Philosophische_Fakultaet/Germanistik/Germanistische_Sprachwissenschaft/Dateien/Busse/Text/Busse-2008-05-ur.pdf. Acesso em: 14 ago. 2023.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 21-I, p. 209-220, 1998. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1998-v1-n21-postpositivismo>. Acesso em: 29 ago. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *A revisão da lei de patentes: inovação em prol da competitividade nacional.* Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/altosestudos/seminarios/lancamento-patentes-9-10-13/a-revisao-da-lei-de-patentes>. Acesso em: 10 jun. 2021.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial.* São Paulo: Max Limond, 2002.

CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do tribunal constitucional.* 2. ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994.

CANO, Roberto-Marino Jiménez. *El derecho como institución social:* Searle y Hart. Entre La ética, La política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Madrid: Dykinson, 2008. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/8591ad2f-a8ce-4611-97d0-8750ef4aa716/content>. Acesso em: 29 set. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional.* 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais.* São Paulo: RT, 2008.

CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico.* 5. ed. Madrid: Editora Trotta, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *La jurisdicción constitucional de la libertad.* Tradução de Héctor Fix-Zamudio. México: Universidad Autónoma do México, 1961. Disponível em: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10889>. Acesso em: 29 set. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARBONE, Andrea. *La “terza via” al giudizio di legittimità costituzionale:* contributo allo studio del controllo di costituzionalità degli statuti regionali. Milão: Dott. A. Giuffrê Editore, 2007.

- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição*. 21. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. 978 p.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma teoria crítica da constituição*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.
- CELANO, Bruno. *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzionali*. Roma: Aracne, 2010.
- CHANOCK, Martin. Law Custom and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia. New York: Cambridge University Press, 1985. p. 4 *apud* OKEDIJI, Ruth L. The international relations of intellectual property: narratives of developing country participation in the global intellectual property system. *Singapore Journal of International & Comparative Law*, n. 7, p. 315-385, 2003.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. I.
- CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137, jan/mar, 1988. Disponível em: [As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro \(senado.leg.br\)](http://senado.leg.br). Acesso em: 29 set. 2023.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle de constitucionalidade das leis e o poder de tributar na CF/1988*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 490 p.

COMANDUCCI, Paolo. Kelsen vs Searle: A Tale of Two Constructivists. *Analisi e Diritto: a cura di P. Camanducci e R. Guastini*. Turim: G. Giappichelli, 1999, p. 101-115. Disponível em: www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi.../comanducci.pdf. Acesso em: 1 set. 2023.

COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

COSSIO, Carlos. El substrato filosófico de los métodos interpretativos. *Revista Universidad*, Santa Fé, Argentina, n. 6, p. 77-78. Disponível em: [RU006-III_05_A003.pdf \(unlp.edu.ar\)](http://www.unlp.edu.ar). Acesso em: 29 set. 2023.

COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrone, 1964.

COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método*: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008, 421p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

COSTA, Ruth Barros Pettersen da. *A efetividade do mínimo existencial à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Dialética, 2021.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Breve histórico do Supremo Tribunal Federal e do controle de constitucionalidade brasileiro. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Crise e desafios da Constituição*: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 201-255.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. A verdade processual em Ferrajoli. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 2001.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. O uso do poder e os direitos humanos. *Correio Braziliense*, Brasília/DF, 12 dez. 2005, p. 13. Disponível em: https://www.academia.edu/44126260/CORREIO_BRAZILIENSE_OPINI%C3%83O_12_DE_ZEMBRO_05_O_uso_do_poder_e_os_direitos_humanos. Acesso em: 29 set. 2023.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Algumas premissas para um devido processo penal. In: MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza de Assis; SAAD, Marta; DE MORAES, Mauricio Zanoide (orgs.). *Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho*. Belo Horizonte: D. Plácido, 2019.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico: nova fronteira da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2012.

DE FRANCO, A. et al. Dimensioni istituzionali dei fenomeni urbani e della pianificazione. Un'applicazione dell'ontologia sociale di John Searle. *Territorio*, v. 2022, 2023, p. 120.

DE LIMAS TOMIO, Fabrício Ricardo; ROBL FILHO, Ilton Norberto; KANAYAMA, Rodrigo Luis. Controle de constitucionalidade abstrato e concentrado no Brasil, Espanha, Itália, México e Portugal. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 36, p. 301-325, 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/885/88552786011.pdf>. Acesso em: 29 set. 2023.

DE QUEIROZ, Daiane. Homeschooling: análise do julgamento do recurso extraordinário 888.815 e a metódica concretista de Friedrich Müller. *Brazilian Journal of Development*, [s.l.], v. 6, n. 6, p. 41383-41398, 2020.

DE SOUZA NETTO, José Laurindo; HIROSHI LOCOHAMA, Celso; PINTO FEISTLER, Ricardo. A segurança jurídica na simultaneidade de ações de controle concentrado de constitucionalidade. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, v. 13, n. 24, p. 100-124, 2021. Disponível em: <https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/276>. Acesso em: 29 set. 2023.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959. v. 2.

DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da próva*. Tradução de Enrico Maciel. 5. ed. Rio de Janeiro: Jacintho, 1942. Disponível em: http://www.guiadoconcursopublico.com.br/apostilas/03_158.pdf. Acesso em: 28 jul. 2023.

DEMO, Pedro. *Metodologia científica em ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DENTI, Vittorino. Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México: Universidad Autónoma de México, n. 13-14, 1972, p. 3-22. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/890/1150>. Acesso em: 28 jul. 2023.

DIDIER JUNIOR, Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). In: DIDIER JUNIOR, Freddie (org.). *Ações constitucionais*. 5. ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2001. p. 441-523.

DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias del espíritu*. Madrid: Revista Occidente, 1956.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. III.

DOMÍNGUEZ, Francisco Caamaño. Los vértices de la desconfianza: constitución, ley y juez (Releyendo “Justicia constitucional y democracia”, de Victor Ferreres Comella). *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, n. 65, p. 387-396, maio/ago. 2002. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25626redc065385.pdf>. Acesso em: 29 set. 2023.

DÖRGE, Friedrich Christoph; HOLWEGER, Matthias. The non-existence of institutional facts. *Synthese*, v. 199, n. 1, p. 493-4974, 2021. Disponível em:

<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s11229-020-03010-6.pdf>. Acesso em: 29 set. 2023.

DUGUIT, Léon. *Le trasformazioni dello Stato*. Antologia di scritti. A cura di Augusto Barbera, Carla Faralli e Massimiliano Panarari. Torino: Giappichelli, 2003.

DUGUIT, León. *Manuel de droit constitucional*. 4. ed. Paris: E. de Boccard, 1923 *apud* GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Formas de prestação de serviços públicos. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/85/edicao-1/formas-de-prestacao-de-servicos-publicos>. Acesso em: 29 ago. 2023.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1928. p. 36. Disponível em: <https://archive.org/details/traitdedroitco01dugu/page/88/mode/2up>. Acesso em: 29 set. 2023.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Controle abstrato de constitucionalidade*: análise dos princípios processuais aplicáveis. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. 3 ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1976. t. I. Disponível em: <https://idoc.pub/documents/teoria-general-de-la-prueba-judicial-tomo-ii-hernando-devis-echandia-k5469091g948>. Acesso em: 29 set. 2023.

EISLER, Rudolf. Wörterbuch der philosophischen Begriffe. 4. ed. 1929. v. 2, p. 474 *apud* KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. p. 1. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ESSER, Joseph. *Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. A Constituição de 1934. In: D'ÁVILA, Luiz Felipe (Org.). *As Constituições brasileiras: análise histórica e propostas de mudança*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. A evolução da jurisdição constitucional. *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*, Madrid, n. 13, 2009.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. 20 anos da Constituição de 1988: a evolução da jurisdição constitucional no Brasil. In: FERREIRA, Fernando G. de Andréa; GALVÃO, Paulo Braga (Org.). *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira*. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado Editores, 2009.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRER, Ana Giacomette. Valoración de la prueba por el juez constitucional. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; SUÁREZ, César de Jesus Molina (orgs.). *El juez constitucional en el siglo XXI*. México: Universidad Autónoma de México, 2010. p. 287-326, t. II. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2807/14.pdf>. Acesso em: 29 set. 2023.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*. México: Universidad Autónoma de México, 1968. Disponível em: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9645>. Acesso em: 1 set. 2023.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Aproximación al Derecho procesal constitucional. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 3, p. 89-120, 1999. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AJJC/article/view/50078>. Acesso em: 15 ago. 2023.

FLUSSER, Vilem. *Língua e realidade*. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2007.

FORNOS, Iván Escobar. Valoración de la prueba por el juez constitucional. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; SUÁREZ, César de Jesus Molina (orgs.). *El juez constitucional en*

el siglo XXI. México: Universidad Autónoma de México, 2010, p. 253-286, t. II. Disponible em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2807/13.pdf>. Acesso em: 29 set. 2023.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

FREITAS, Maria Carolina Rodrigues; STANCATI, Maria Martins Silva. Breves esclarecimentos sobre pesquisa qualitativa – desmistificando um método. In: BELLO, Enzo; ENGELMANN, Wilson (coords.). *Metodologia da pesquisa em direito*. Caxias do Sul: Educs, 2015. 243 p. Disponível em: https://fundacao.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook_metodologia_da_pesquisa.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

FRIOL, Rafaela Gandolpho. Responsabilidade civil do estado-legislador por fato de leis inconstitucionais. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 80, p. 132-158, maio/jun. 2008.

FRIOL, Rafaela Gandolpho. Nós, os legitimados indiretos, e a denúncia popular de inconstitucionalidade. *Revista científica virtual da escola superior da advocacia da OAB-SP*, n. 8, p. 68-75, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 437.

GALINDO, José Gregorio Hernández. A propósito de un libro. Importancia de la prueba en los procesos constitucionales. Elementos de juicio. *Revista de Temas Constitucionales*, n. 8, p. 345-348, 2008. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/elementos-de-juicio/article/view/10350/9432>. Acesso em: 12 mai. 2023.

GAMA, Tacio Lacerda. *Competência tributária*. São Paulo: Noeses, 2009.

GANUZAS, Fco. Javier Ezquiaga. Sobre “inconstitucionalidad y derogación”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 2, p. 65-78, 2001. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-inconstitucionalidad-y-derogacion/>. Acesso em: 29 ago. 2023.

GARCIA, Othon M. *Comunicação em prosa moderna*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1978.

GATTI JUNIOR, Décio; SANTOS, Leonardo Batista dos. Ciência, evolução e educação em Herbert Spencer. *Estudos Avançados*, São Paulo, Brasil, v. 36, n. 105, p. 305-320, 2022. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/198603>. Acesso em: 29 set. 2023.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAY, John Chipman. *The nature and sources of the law*. Nova Iorque: Macmillan, 1921. Disponível em: <https://archive.org/details/natureandsource02graygoog/page/n208/mode/2up?q=224>. Acesso em: 29 jan. 2024.

GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo: estudios de teoría y metatoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/464443030/Guastini-R-1999-Distinguiendo-Estudios-de-teoria-y-metateoria-del-derecho-J-Ferrer-Beltran-Trad-Barcelona-Gedisa-pdf>. Acesso em: 29 set. 2023.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quatier Latin do Brasil, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. Fatos e instituições: um mundo feito de normas. *Diálogo Jurídico* (Fortaleza. 2002), Fortaleza, v. 4, p. 43-52, 2005.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 17-18, p. 271-302, 1995. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1995-n17-18-un-concepto-normativo-de-coherencia-para-una-teoria->. Acesso em: 29 ago. 2023.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedural da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/resulib.htm>. Acesso em: 29 set. 2023.

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. 2023.

HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del estado constitucional. *Teoría y realidad constitucional*, n. 14, 2004, p. 153-176. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1070937>. Acesso em: 8 ago. 2023.

HÄBERLE, Peter. *Verdad y estado constitucional*. Tradução de Guillermo José Mañón Garibay. México: Universidad Autónoma de México, 2006. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1876>. Acesso em: 1 set. 2023.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 295-327. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4361660/mod_resource/content/2/259501734-Teoria-Do-Estado-Herman-Heller.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

HERANI, Renato Gugliano. Anomia do processo constitucional objetivo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 188, p. 209-228, out./dez. 2010.

HERANI, Renato Gugliano. *Controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais*. São Paulo: Método, 2010.

HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. Curitiba: Prisma, 2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.* Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional.* Tradução de Carlos dos Santos Almeida e outros. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. *10 Harvard Law Review* 457 (1897). Disponível em: <https://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2024.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional.* 5. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 711 p.

HUNGARO, Fernando Martinez; AMARAL, Sergio Tibiriçá. *Controle de constitucionalidade: origem, modelos e evolução histórica no Brasil e no mundo.* ETIC – Encontro de Iniciação Científica, Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, v. 8, n. 8, 2012, p. 1-30. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/3172/2922>. Acesso em: 29 set. 2023.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 12, p. 257-299, 1992. Disponível em: http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa12_08.pdf?portal=4. Acesso em: 29 ago. 2023.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Tradução de João Batista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado Editora, 1984.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas.* Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional).* Tradução de Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/resulib.htm>. Acesso em: 17 mar. 2022.

KELSEN, Hans. *O estado como integração*: um confronto de princípios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*: versão condensada pelo próprio autor. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. 344 p.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2019. 672 p.

KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 28, n. 4, out./dez. 2023. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/13471/7120>. Acesso em: 29 jan. 2024.

LAGIER, Daniel González. Los hechos bajo sospecha. La objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. *Analisi e Diritto*: a cura di P. Camanducci e R. Guastini. Turim: G. Giappichelli, p. 69-87, 2000. Disponível em: www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2000/gonzales.pdf. Acesso em: 2 set. 2023.

LAGIER, Daniel González. Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II). *Jueces para la democracia*. Madrid: Asociación Jueces para la Democracia, n. 47, p. 35-51, 2003b. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668797>. Acesso em: 1 jul. 2023.

LAGIER, Daniel González. Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I). *Jueces para la democracia*. Madrid: Asociación Jueces para la Democracia, n. 46, p. 17-26, 2003. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=409550>. Acesso em: 1 jul. 2023.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 1983.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do trabalho científico*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 311 p.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LEIBHOLZ, Gerhard. El Tribunal Constitucional de la Republica Federal Alemana y el problema de la apreciacion judicial de la política. *Revista de estudios politicos*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, n. 146, p. 89-100, 1966. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2079744>. Acesso em: 29 ago. 2023.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 27. ed. São Paulo: Saraivajur, 2023. 1576 p.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A reforma do Judiciário e o federalismo brasileiro. *Revista do Advogado*, [s. l.], n. 56, p. 39-43, set. 1999.

LIMA, João Alberto de Oliveira. Sistematização de normas regulatórias: uma abordagem baseada no neo-institucionalismo. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 375-402, 2016.

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: 2 abr. 2023.

LONDON ECONOMICS. *Economic study on patent backlogs and a system of mutual recognition*. Final report to the Intellectual Property Office. Londres: London Economics, 2010. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7e244ded915d74e62245fa/p-backlog-report.pdf>. Acesso em: 23 set. 2023.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 1.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar: la teoría constitucional de Rudolf Smend*. Madri: Tecnos, 1987.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. *A influência dos interesses (subjetivos) no controle abstrato de constitucionalidade*. 2022. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Soraya-Lunardi-2/publication/43168970_A_influencia_dos_interesses_subjetivos_no_controle_abstrato_de_constitucionalidade/links/6262d21abca601538b5f989c/A-influencia-dos-interesses-subjetivos-no-controle-abstrato-de-constitucionalidade.pdf. Acesso em: 10 ago. 2023.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. La argumentación silogística: una defensa matizada. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 30, p. 321-334, 2007. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-argumentacion-silogistica-una-defensa-matizada--0/>. Acesso em: 29 ago. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MARTINS JÚNIOR, Lázaro Alves. Crítica à múltipla filiação registral e os seus efeitos nas linhas sucessórias à luz da interpretação constitucional com fulcro na teoria dos valores substantivos – substantive values – e do direito fundamental à felicidade. *Revista Quaestio Iuris*, [s. l.], v. 12, n. 4, p. 305-366, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/39696>. Acesso em: 29 set. 2023.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Roseane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. *Revista NEJ – Eletrônica*, [s. l.], v. 16, n. 2, p. 207-221, mai./ago. 2011. Disponível em: https://www.academia.edu/11898740/A_no%C3%A7%C3%A3o_de_coer%C3%A3ncia_na_teoria_da_argumenta%C3%A7%C3%A3o_jur%C3%ADcica_de_Neil_Maccormick_caracteriza%C3%A7%C3%A3o_limit%C3%A7%C3%A3o%C3%A7%C3%A3o_possibilidades. Acesso em: 29 set. 2023.

MARTINS, Eduardo. *Manual de redação e estilo*. São Paulo: O Estado de S. Paulo, 1990.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Ricardo Marcondes. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 259-284, jan./mar. 2020. Disponível em: <https://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1139>. Acesso em: 29 set. 2023.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

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

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

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. 371 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 3, p. 1-24, jun. 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_3/Revista-dialogo-juridico-03-2001-gilmar-mendes.pdf. Acesso em: 22 out. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. A representação interventiva. *Direito Públíco*, Porto Alegre, v. 2, n. 9, jul./set. 2005. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/issue/view/147>. Acesso em: 29 set. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9.868/99 e 9882/99. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 19, p. 1-14, jul./ago./set. 2009. Disponível em: <https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/39/controledoconstitucionalidade.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO. Comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. 732 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraivajur, 2013. 552 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. 2050 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 637 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártilres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. 1364 p.

MENDES MOREIRA, André; LIMA CARNEIRO, Filipe. O ato cooperativo e a incidência da contribuição ao pis/pasep e cofins: interpretação da expressão ato cooperativo do art. 70 da lei nº 5.764/71 sob a luz da teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário (RDIET)*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 290-316, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/issue/view/678>. Acesso em: 29 set. 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de la Nación. Pesquisa de jurisprudência. México, 2011. Disponível em: <http://200.38.163.161/UnaEj.asp?nEjecutoria=40171&Tpo=3>.

MIDÓN, Marcelo Sebastián. *Derecho probatório: parte general*. Mendonza: Jurídicas Cuyo, 2007. Disponível em: <http://books.google.com.br>. Acesso em: 28 jul. 2023.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 39. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2023. 1112 p.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. t. II. 1120 p.

MORAIS, Carlos Blanco de. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 78, p. 153-226, 2012.

MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues. *A sociedade e o Supremo Tribunal Federal: o caso das audiências públicas*. São Paulo: Fórum, 2012.

MORESO, José Juan. Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 23, p. 105-118, 2005. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=17123>. Acesso em: 29 ago. 2023.

MÜLLER, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. *Revista española de derecho constitucional*. Madrid, n. 27, p. 111-126, 1989. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=77386>. Acesso em: 9 set. 2023.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

MÜLLER, Friedrich. El derecho de creación judicial, formulado desde el punto de vista de la teoría del derecho. Tradução de Luis-Quintin Villacorta Mancebo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, [s. l.], v. 20, 2012. Disponível em: [El Derecho de Creación Judicial - formulado desde el punto de vista de la Teoría Estructurante del Derecho | Muller | Revista Brasileira de Direito Constitucional \(esdc.com.br\)](http://esdc.com.br/El-Derecho-de-Creacion-Judicial-formulado-desde-el-punto-de-vista-de-la-Teoria-Estructurante-del-Derecho_Muller_Revista-Brasileira-de-Direito-Constitucional.html). Acesso em: 29 set. 2023.

NAVARRO, Pablo E. Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 14, p. 243-268, 1993. Disponível em: http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia_06_01.pdf. Acesso em: 28 jul. 2023.

NAVARRO, Pablo E. Lagunas de conocimiento y laguna de reconocimiento. *Análisis filosófico*, 2, p. 190-228, 2006. Disponível em: <http://www.sadaf.org.ar/af/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Antonio Castanheira. *Questão-de-facto e questão-de-direito*. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967. p. 586.

NEVES, Antonio Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no estado democrático. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 356-376.

NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

OCHOA, Carla Huerta. *Conflitos normativos*. México: Universidad Autónoma do México, 2003. Disponível em: <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/resulib.htm>. Acesso em: 29 ago. 2023.

OCHOA, Carla Huerta. La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México: Universidad Autônoma de México, n. 108, p. 927-950, 2003. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revistas/resulart.htm>. Acesso em: 29 ago. 2011.

OKEDIJI, Ruth L. The international relations of intellectual property: narratives of developing country participation in the global intellectual property system. *Singapore Journal of International & Comparative Law*, n. 7, p. 315-385, 2003.

OLAVE, Ruperto Pinochet. El documento electrónico y la prueba literal. *Ius et Práxis*. Talca, v. 8, p. 377-412, 2002. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2270152>. Acesso em: 1 out. 2022.

ORDÓÑEZ, Ulises Schmill. Observaciones a “inconstitucionalidad y derogación”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 2, p. 79-119, 2001. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=28734>. Acesso em: 29 ago. 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (WORLD TRADE ORGANIZATION – WTO). *Annex 1 C. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*. Genebra: WTO, [1994]. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (WIPO). *O que é propriedade intelectual?* Genebra: WIPO, 2021. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_450_2020.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

ORUNESU, Cláudio; RODRÍGUEZ, Jorge L.; SUCAR, Germán. Inconstitucionalidad y derogación. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 2, p. 11-58, 2001. Disponível em: http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/02461632092135052754491/discusiones2/Vol2_03.pdf?portal=4. Acesso em: 29 ago. 2023.

OTERO, Paulo. *Lições de introdução ao estudo do direito*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 1998. v. I.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direito constitucional: primeiras linhas*. Curitiba: Intersaberes, 2022.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos*. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 356 p.

PANARARI, Massimiliano. Scienze sociali e giuridiche nella Francia tra Otto e Novecento: le “affinità elettive” delle teorie. Note sul positivismo sociologico di Léon Duguit. *Quaderni di Teoria Sociale*, [s. l.J, v. 2, n. 2, p. 209-238, 2023. Disponível em: <https://riviste.morlacchilibri.com/index.php/quaderniditeoriasociale/article/view/298/317>. Acesso em: 29 set. 2023.

PAULSON, Stanley L. La distinction entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 26, p. 547- 582, 2003. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaAutor.html?Ref=8184&portal=4>. Acesso em: 29 ago. 2023.

PEGORARO, Lucio, La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, n. 6, p. 393-416, 2002, ISSN 1138-4824.

PINON, Stéphane. El sistema constitucional de Francia. *Revista de derecho constitucional europeo*, 14, p. 17- 74, 2010. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3707660>. Acesso em: 15 set. 2023.

PINTO DO MONTE, Joao Pedro Pinto; TINOCO DE GÓES, Ricardo. Da constituição e do texto constitucional: análise filosófico-jurídica pós-positivista e hipótese de mutação constitucional democrática. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [s. l.J, v. 16, n. 1, 2024. disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadodireitos/article/view/36057>. Acesso em: 27 mar. 2024.

PIRES, Teresinha Inês Teles. A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: dimensão normativa, raciocínio prático e justificação das decisões jurídicas. *Revista do Direito Público*,

Londrina, v. 15, n. 2, p. 49-70, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/88a3/95fa1a5b13c606234dc12e0ff3d0f48d4a53.pdf>. Acesso em: 23 set. 2023.

PIZZORUSSO, Alessandro. La justicia constitucional italiana, entre modelo difuso y modelo concreto. Fundamentos, cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional: Junta General del Principado de Astúrias, Oviedo, n. 4, p. 237-261, 2006. Disponível em: <http://constitucion.rediris.es/fundamentos/indice.html>. Acesso em: 9 set. 2023.

POSNER, Richard. Intellectual property: the law and economics approach. *Journal of Economic Perspective*, [s. l.] , v. 19, n. 2, spring 2005.

POZZA, Pedro Luiz. *Controle de constitucionalidade no Brasil e no direito comparado*. 2005. 48 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil, 2005. Disponível em: <https://dadospdf.com/download/controle-de-constitucionalidade-no-brasil-e-no-direito-comparado- 5a44b1fdb7d7bc891f796e0a.pdf>. Acesso em: 29 set. 2023.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

RADBACH, Gustav. *Filosofía del derecho*. Tradução de José Medina Echavarría. Madrid: Cometa, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Giovanni; ANTISSERI, Dario. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Edições Paulinas, 1991.

REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 434.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RECONDO, Felipe. 82,4% das leis dos Estados são inconstitucionais. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, p. A4, 28 out. 2007.

REYES, César I. Astudillo, Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional, *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, n. 8, p. 41-87, 2007. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2567350>. Acesso em: 25 jul. 2023.

RIGAUX, François. The concept of fact in legal science. In: NERHOT, Patrick (org.). *Law, interpretation and reality: essays in epistemology, hermeneutics and jurisprudence*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1990. Disponível em: <http://books.google.com.br>. Acesso em: 20 set. 2023.

ROBLES, Gregorio. *O direito como texto*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

RODRÍGUEZ CARRILLO, Silverio. Valoración de pruebas en los procesos constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; SUÁREZ, César de Jesus Molina (orgs.). *El juez constitucional en el siglo XXI*. México: Universidad Autónoma de México, 2010, p. 341-354, t. II. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2807/16.pdf>. Acesso em: 29 set. 2023.

ROSA, F. A. de Miranda. *Sociologia do direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RUÍZ, Ángeles Ahumada. Marbury versus Madison doscientos años (y más) después. Fundamentos, cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional: Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, n. 4, p. 109-150, 2006. Disponível em: <http://constitucion.rediris.es/fundamentos/indice.html>. Acesso em: 9 set. 2023.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 58/59, p. 253-254, 2007. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3163765>. Acesso em: 15 set. 2023.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. A propósito del “juez actor”, del “juez investigador y del “juez preservador”, en derecho procesal constitucional. In: HÄBERLE, Peter; BELAUNDE, Domingo García (orgs.). *El control del poder: homenaje a Diego Valadés*. 2011, t. II.

SÁNCHEZ GIL, Rubén. *El principio de proporcionalidad*. México: Universidad Autónoma de México, 2007. Disponível em: <https://repositorio.unam.mx/contenidos/el-principio-de-proporcionalidad-5019062>. Acesso em: 29 set. 2023.

SÁNCHEZ GIL, Rubén. La intensidad del control constitucional sobre el legislador. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; SUÁREZ, César de Jesus Molina (orgs.) *El juez constitucional en el siglo XXI*. México: Universidad Autónoma de México, 2010, p. 583-606, t. II. Disponível em: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/30793>. Acesso em: 29 set. 2023.

SANCHÍS, Luis Prieto. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 23, p. 161-195, 2000. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=17126>. Acesso em: 29 ago. 2023

SANCHÍS, Luis Prieto. *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*. Peru: Palestra, 2007.

SANTOS JUNIOR, Walter Godoy dos. *O regime jurídico da proteção da forma na propriedade intelectual*. 2018. Tese (Doutorado em Direito Comercial). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-08092020-020903/pt-br.php>. Acesso em: 29 set. 2023.

SANTOS JUNIOR, Walter Godoy; CEZAR, Eduardo Barreto; MARQUES, Erickson Gavazza. Abuso do direito na propriedade intelectual. *Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade*, v. 2, p. 191-215, 2022. Disponível em: <https://revista.ioda.org.br/index.php/rrddis/article/view/40>. Acesso em: 29 set. 2023.

SANTOS JUNIOR, Walter Godoy; CEZAR, Eduardo Barreto; MARQUES, Erickson Gavazza. Propriedade intelectual internacional e a ação direta de inconstitucionalidade 5.529/DF. *Artigos. IP-iurisdictio*. ISSN 2509-5692. Disponível em: <https://ip-iurisdictio.org/propriedade-intelectual-internacional-e-a-acao-direta-de-inconstitucionalidade-5-529-df/>. Acesso em: 29 set. 2023.

SANTOS JUNIOR, Walter Godoy; SILVEIRA, Newton; ARROSI, L. S. *Curso de propriedade industrial*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2023. v. 1. 168 p.

SANTOS, Daniel Guarnetti dos. Panorama sobre o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos no Brasil. *Revista da AGU*, Brasília, v. 10, n. 27, p. 155-184, jan./mar. 2011. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/176/version/167>. Acesso em: 29 set. 2023.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e commercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2.

SANTOS, Raquel. “Lei Maria da Penha”: cinco anos, mas a violência contra a mulher continua. *Tribuna do Direito*, São Paulo, p. 20, ago. 2023.

SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de (coord.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

SAYRE, Paul Lombard. *Philosophy of law*. 2. ed. USA: Willian S. Hein & Co., 1999. Disponível em: <http://books.google.com.br>. Acesso em: 20 set. 2022.

SCHEDLER, Andreas. Argumentos y observaciones: de críticas internas y externas a la imparcialidad judicial. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 22, p. 65-94, 2005, Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/argumentos-y-observaciones--de-criticas-internas--y-externas-a-la-imparcialidad-judicial-0/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHNEIDER, Hans-Peter, Jurisdicción constitucional y separación de poderes. *Revista española de derecho constitucional*, n. 5, p. 35-62, 1982. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=249978>. Acesso em: 15 set. 2023.

SEARLE, John Rogers. *Speech acts: An essay in the philosophy of language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969. v. 626. Disponível em: <https://archive.org/details/speechactsssayi0000sear/page/n219/mode/2up>. Acesso em: 29 set. 2023.

SEARLE, John Rogers. *Os actos de fala: um ensaio de filosofia da linguagem*. Coordenação de tradução de Carlos Vogt. Coimbra: Almedina, 1981.

SEARLE, Jonh R. *The construction of social reality*. New York: Free Press, 1995. Disponível em: <https://archive.org/details/constructionofso00sear/page/n5/mode/2up>. Acesso em: 29 set. 2023.

SEARLE, John Rogers. *La construcción de la realidad social*. Tradução de Antoni Domènec. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997.

SEARLE, John Rogers. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real*. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

SEARLE, John Rogers. ¿Qué es institución? *Revista de Derecho Político*: Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, n. 66, p. 89-120, 2006. Disponível em: http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=EJEMPLAR&revista_busqueda=1146&clave_busqueda=142651. Acesso em: 1 set. 2023.

SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescência de la bipolaridade tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelsiano) de los sistemas de justicia constitucional. *Direito Público*, [s. l.J, n. 2, out./dez. 2003. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/449/1/Direito%20Publico%20n22003_Francisco%20Fernandez%20Segado.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

SEGADO, Franscisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

SEGADO, Franscisco Fernández. *La giurisdizione costituzionale in América Latina e la sua problemática nel XX secolo*. Tradução de Milena D'Onghia. San Ceario di Lecce: Pensa, 2007.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, João Mário Estevam. *Proteção patentária de funcionalidades de software à luz da Constituição Federal de 1988*. 2024. 188p. Tese (Doutorado em Direito Empresarial). Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2024.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Moacir Antonio Machado da. O Ministério Público na ação intervenciva. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, [s. l.], n. 52, p. 101–142, 2018. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/view/450>. Acesso em: 29 set. 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 798, p. 23-50, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual*: propriedade industrial, direito do autor, software, cultivares. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 15.

SILVIA, Christine Oliveira Peter; GONTIJO, André Pires. O amicus curiae no processo constitucional: o papel do “amigo da Corte” na construção do decision-making no âmbito do Supremo Corte dos Estados Unidos, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XV, p. 261-276, 2009. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2009/pr/pr17.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2023.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SOUZA, Bruna Caroline Lima de. Audiências públicas no poder judiciário e os direitos da personalidade: uma análise à luz das teorias de Jürgen Habermas e

Peter Häberle. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 150-167, 2021. Disponível em: 8419-Texto do Artigo-26735-1-10-20220315.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Tradução de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOARES, Fabiana de Menezes. Logística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Cadernos da Escola do Legislativo*, n. 14, p. 7-33, jan./dez. 2007. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno14/fabiana.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2023.

SOARES, Gustavo Torres. A perícia na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, debates em direito público. *Revista de Direito dos Advogados da União*, n. 2, p. 206-224, out. 2003.

SPADARO, Antonio. Las motivaciones de las sentencias de la Corte como “técnica” de creación de normas constitucionales, *Cuadernos de Derecho Público*, n. 24, p. 9-28, 2005. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1708696>. Acesso em: 6 jul. 2023.

STIGLITZ, Joseph. É hora de questionar as patentes. Tradução de Cristiana Martin. *Outras Palavras*, [s. l.: s. n], 2013. Disponível em: <http://outraspalavras.net/posts/stiglitz-e-hora-de-questionar-as-patentes/>. Acesso em: 29. set. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y verdad. Derechos y libertades. Pavia: *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 11, p. 99-124, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional brasileiro concretizado*. São Paulo: Método, 2006.

TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimização de uma justiça constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, p. 9-28, abr./jun. 2007.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007.

TAVARES, André Ramos. Processo “objetivo” como processo aberto ao concreto. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 4, p. 13-31, out./dez. 2007.

TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional: superando as teses do “legislador positivo” e do ativismo de caráter jurisdiccional. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (orgs.). *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: Universidad Autónoma de México, 2008. p. 825-846.

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

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional da empresa*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. p. 174.

TEMPSKI FERREIRA DA COSTA, Daniel; WALTER DA ROSA, Luísa. A resolução de casos difíceis a partir do pensamento de Neil MacCormick: a necessidade da análise de precedentes das supremas cortes de nações democráticas. *Interfaces Científicas – Direito*, [s. l.], v. 9, n. 1, p. 110–123, 2022. DOI: 10.17564/2316-381X.2022v9n1p110-123. Disponível em: <https://periodicos.grupotiradentes.com/direito/article/view/10862>. Acesso em: 29 set. 2023.

TEUBNER, Gunther. El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho. Tradução de Carlos Gómez-Jara Díez. *Doxa: Cuadernos de*

Filosofia del Derecho, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 25, p. 533-571, 2002. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaAutor.html?Ref=8852&portal=4>. Acesso em: 29 ago. 2023.

TILLERS, Peter. Representando la inferencia de hechos en el âmbito jurídico. Tradução de Igor Yáñez Velasco. *Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho*, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 30, p. 383- 414, 2007. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaAutor.html?Ref=34717&portal=4>. Acesso em: 9 set. 2023.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

TROPER, Michel. The fact and the law. In: NERHOT, Patrick (org.). *Law, interpretation and reality: essays in epistemology, hermeneutics and jurisprudence*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1990. Disponível em: <http://books.google.com.br>. Acesso em: 20 set. 2023.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

VACCARI, Giulia. *I fatti scientifici nella giurisprudenza costituzionale*. Il caso del diritto alla salute. 2008. 174p. Tese (Doutorado em Direito) – Università degli Studi di Ferrara, Ferrara.

VALADÉS, Diego (org.). *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

VALLE, Rubén Hernández. La prueba en los procesos constitucionales. *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, n. 50, p. 183-196, 2006. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2528926>. Acesso em: 15 ago. 2023.

VARGAS, Guilherme Angerames Rodrigues. *A interdependência conceitual entre estado e direito: elementos de Duguit*. Anais do curso de extensão em teoria do direito: a tríplice perspectiva do direito e a relação teórica, prática e ética, Cárceres, MT, v. 1, n. 1, p. 67-71, 2012. Disponível em: http://www.unemat.br/faculdade/fadir/cetedi/docs/anais_cetedi.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

VEGA GARCÍA, Pedro de. El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. *Teoria y Realidade Constitucional*, [s. l.], n. 1, p. 65-88, 1998.

VEGA GARCÍA, Pedro de. *Giuspositivismo e positivismo giurisprudenziale*. Tradução de Milena d'Onghia. Lecce: Pensa Editore, 1998.

VELOSO, Zeno. Controle jurisdiccional de constitucionalidade (atualizado conforme as Leis 9.868, de 10/11/99 e 9.882, de 3/12/99). 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000 *apud* FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. A evolução da jurisdição constitucional. *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*, Madrid, n. 13, 2009.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho constitucional comparado*. Tradução de Claudia Herrera. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/resulib.htm>. Acesso em: 9 set. 2023.

VICO, Rodolfo L. Argumentación constitucional. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; SUÁREZ, César de Jesus Molina (orgs.). *El juez constitucional en el siglo XXI*. México: Universidad Autónoma de México, 2010, p. 27-70, t. I.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VILAJOSANA, Josep M. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005.

VILAJOSANA, Josep M. La construcción social de la realidad jurídica. *Revista de Ciencias Sociales*: Prisma Social, Barcelona, n. 4, p. 1-45, jun. 2010. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3632515>. Acesso em: 9 set. 2023.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Diritto costituzionale: il sistema delle fonti del diritto*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1998. v. 1

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón Abellán. 8. ed. Madrid: Editora Trotta, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Itália. Estúdios constitucionais: *Revista del Centro de Estúdios Constitucionales*, Santiago, n. 1, p. 325-335, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011. 160 p.

ZAMORA-CASTILLO, Niceto Alcatá. *Proceso, autocomposición y autodefesa*: contribución al estúdio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autônoma de México, 2000. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=41>. Acesso em: 9 set. 2023.

JURISPRUDÊNCIA CITADA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação 94/DF*. Relator: Ministro Castro Nunes, 17 de julho de 1946. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=508961>. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 794/GO*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 9 de setembro de 1992. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266539>. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direita de Inconstitucionalidade 3.316/MT*. Relator: Ministro Eros Grau, 29 de junho de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469700>. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240/BA*. Relator: Ministro Eros Grau, 30 de agosto de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 556.664/RS*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 12 de setembro de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=526129>. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.080/RR*. Relator: Ministro André Mendonça, 10 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=765088694>. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 629/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 3 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751842822>. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.529/DF*. Relator: Ministro Dias Toffoli, 12 de maio de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757080156>. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 1.199/2020*. Relator: Ministro Vital do Rêgo, 13 de maio de 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2405925>. Acesso em: 29 set. 2023.

LEGISLAÇÃO CITADA

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Mensagem n. 192, 9 de maio de 1991*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1991. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagen/d/pdf/DCD09MAI1991.pdf#page=136>. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 824, de 1991*. Regula direitos e obrigações relativos à Propriedade Industrial. Brasília: Câmara dos Deputados, 1991. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=183001>. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Ato do Presidente de 24/11/2020*. Institui Comissão de Juristas destinada a elaborar anteprojeto de legislação que sistematiza as normas de processo constitucional brasileiro. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: [Portal da Câmara dos Deputados \(camara.leg.br\)](http://camara.leg.br). Acesso em: 30 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.640, de 2023*. Dispõe sobre o processo e o julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal; e altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).
Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=2303044&filename=PL%203640/2023. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1934]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. [Constituição (1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1946]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. [Constituição (1946)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1985]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Brasília: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. *Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. *Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 29 set. 2023.