



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO**

LARISSA MACIEL DO AMARAL

**CONFERINDO LEGITIMIDADE: A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO
CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF.**

FORTALEZA

2014

LARISSA MACIEL DO AMARAL

**CONFERINDO LEGITIMIDADE: A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO
CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

A485c Amaral, Larissa Maciel do.
 Conferindo legitimidade: a participação democrática no controle concentrado de
 constitucionalidade no STF / Larissa Maciel do Amaral. – 2014.
 138 f. : enc. ; 30 cm.

 Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
 Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2014.
 Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.
 Orientação: Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque.

 1. Democracia - Brasil. 2. Legitimidade (Direito) - Brasil. 3. Controle da
 constitucionalidade - Brasil. 4. Poder judiciário e questões políticas – Brasil. I.
 Albuquerque, Felipe Braga (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Mestrado em
 Direito. III. Título.

LARISSA MACIEL DO AMARAL

**CONFERINDO LEGITIMIDADE: A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO
CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana (Presidente)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Francisco Luciano Lima Rodrigues
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Profa. Dra. Gretha Leite Maia de Messias
Universidade Federal do Ceará (UFC)

À Deus.

À minha mamix, assim, com “x”.

AGRADECIMENTOS

Escrever os agradecimentos parece ser a parte mais difícil da escrita de um trabalho deste porte. Tem sempre o medo de esquecer alguém, e, já me antecipo no pedido de desculpas daqueles que se enquadrem aqui.

Devo meu ingresso no Programa de Pós Graduação da UFC ao professor, chefe (durante o estágio na 5ª Vara da Justiça Federal do Ceará) e exemplo acadêmico para a vida, Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias, a ele, e aos quarenta minutos de incentivos incisivos diante da minha primeira desistência, devo meu agradecimento, em especial.

Da minha família, sou agraciada com uma mãe biológica e mais, pelo menos, duas afetivas- Tia Márcia e Tia Lúcia-, a todas meu grande obrigada pelo apoio, confiança, orações e felicidades pelas conquistas. Agradeço ao meu pai, Laércio Júnior, já que reconhecidamente, grande parte da minha maturidade e intelecto são a ele devidas. Ao meu pai por eleição, Cláudio Henrique, exemplo para a vida, agradeço o exemplo de integridade, que procuro seguir a cada dia.

Ao meu irmão, exemplo de dedicação acadêmica, agradeço pelo exemplo de sabedoria e humildade que fazem um par tão perfeito.

Ao meu marido, pela paciência ao me ouvir discutir os assuntos voltados ao constitucionalismo e à democracia, além de agradecer pelo dom de me acalmar quando mais preciso. Te amo.

Ao CNPQ, pelo apoio financeiro com a manutenção da bolsa de auxílio, durante este último ano de dedicação exclusiva à academia.

Ao Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque, pela excelente orientação e paciência, pelo exemplo de dedicação acadêmica que tem representado ao Programa de Pós Graduação em Direito na UFC, e pela coragem de transcender ao estudo da Política, incorporando o senso de dever, seja pelo projeto de extensão de fiscalização de contas e contratos, seja pelo envolvimento político.

Aos professores participantes da banca examinadora Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana, exemplo de dedicação e inteligência ao tratar de Processo, com uma habilidade envolvente e contagiante.

À queridíssima Profa. Gretha, exemplo para a vida de que é possível superar muitos desafios, além de harmonizar vida pessoal e acadêmica, o que já me

pareceu impossível severas vezes. Cada um ao seu modo funciona como fonte de inspiração.

Ao Prof. Dr. Luciano Rodrigues que gentilmente acatou o pedido de participação nesta banca de mestrado, meu muito obrigada.

Ao Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo, coordenador do programa de pós graduação, fonte de um saber que parece não ter fim, até nas coisas mais simples, e isto é completamente admirável.

À professora Maria Vital, exemplo de pulso firme, diplomacia e coração doce, pelos conselhos, pela experiência proporcionada em minha primeira visita ao exterior do país e pelo exemplo de fortaleza feminina que um dia quero alcançar.

Aos amigos para a vida e de uma vida, representados pela Marília Jucá, meu obrigada pela compreensão e paciência que requer ter uma amizade dedicada à voos acadêmicos.

Aos amigos que tenho, que formei, que seguem comigo na academia e na vida, só tenho a agradecer. Alguns merecem serem citados nominalmente tais como a Tainah Sales, Cecília Aguiar, Fernanda Castelo Branco e a todos da turma de 2012 que foram ótimos me apoiando no ingresso ao mundo acadêmico. Aos da turma 2013 e 2014, que já acompanhei como representante discente, meu agradecimento bem especial também por me ensinarem, cada vez mais, a tratar com matérias administrativas e pessoais. Aqui merecem um destaque especial Jana Maria Brito, Evandro Alencar e Samira Macêdo, que dividiram comigo a experiência da representação discente.

A todos os professores que conheci, que me ensinaram e que tornaram-se mais que professores, queridos amigos e exemplos, meu muito obrigada.

A cultura política é como a estátua esculpida na montanha, que pode ser apreciada em todos os ângulos, menos na ganga que a mantém fixa na montanha. Assim é o fato político, preso ao fato social, porque só assim ele é possível, amalgamado por ideias e crenças, conhecimentos e afeições, desejos e necessidades.

Paulo Martinez

RESUMO

O papel da função judicial na democracia moderna foi remodelado. A democracia moderna evolui para uma democracia participativa, que além de resguardar aos cidadãos direitos de liberdades, igualdades e solidariedades, denota uma participação mais intensa dos cidadãos e que ultrapassa a participação mediante voto. A Legitimidade não pode ser traduzida em votos, simplesmente. Havendo dois dos Poderes constituídos, eleitos, e repletos de descrença na representatividade pelos cidadãos, não entende-se que o modelo eletivo seria uma saída à legitimidade do Poder Judiciário. Os influxos democráticos e de pluralismo precisam estar presentes também no Judiciário, principalmente nas Ações de Controle de Constitucionalidade Concentrado, que contém verdadeiros efeitos normativos. A pluralidade procedimental, aliada a uma boa fundamentação conferirá maior legitimidade ao Poder Judicial nas democracias modernas.

Palavras-Chave: Participação democrática. STF. Controle Concentrado.

ABSTRACT

The judicial function in modern democracy it's not the same than after. Modern democracy evolves a participatory democracy, which besides protecting citizens rights to liberty, equality and solidarity, denotes a more intense participation of citizens and that goes beyond participation through voting. The Legitimacy can not be mean equal votes, simply. Having two of the Powers constituted, elected, and disbelief in representation by citizens, I's not correct who that the elective model would be an exit to the legitimacy of the judiciary. Democratics Inflows and pluralism must also be present in the judiciary, especially in Judicial Cases of Concentrate Control of Constitution, which contains true normative purposes. The procedural plurality, combined with a good foundation will be ensure legitimacy to the judiciary in modern democracies.

Keywords: Democratic participation. Brazilian Constitutional Court. Concentrated Control of Constitution.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	JUDICIÁRIO E DEMOCRACIA: ANÁLISE DE COMPATIBILIDADE	15
2.1	Democracia moderna: Evolução político-conceitual	15
2.2	Constitucionalismo e a democracia moderna	23
2.3	Legitimidade Judicial no Regime democrático	31
2.4	Ativismo, Judicialização e o STF no contexto democrático	42
3	O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF	52
3.1	Controle Concentrado de Constitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal	53
3.1.1	<i>Procedimentos em Controle Concentrado no STF</i>	61
a)	<i>Ação Direta de Inconstitucionalidade –ADI</i>	64
a.1)	Objeto	64
a.2)	Competência	65
a.3)	Legitimados	67
a.4)	Efeitos	71
a.5)	Processamento:	77
b)	<i>Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC</i>	80
b.1)	Objeto e Competência	81
b.2)	Legitimados	82
b.3)	<i>Efeitos</i>	82
b.4)	Processamento:	83
c)	<i>Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Constitucional - ADO</i>	85
c.1)	Objeto e Competência	85
c.2)	Legitimados	86
c.3)	Efeitos	88
c.4)	Processamento	89
d)	<i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF</i>	90
d.1)	Objeto e competência	91
d.2)	Legitimados	93

d.3) Efeitos	94
d.4) Processamento	96
4 A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF	100
4.1 Atores da atual democracia	106
4.2 Dos níveis de legitimidade na decisão judicial em Controle Concentrado	109
4.3 Instrumentos de Participação Democrática no Controle Concentrado de Constitucionalidade	111
4.3.1. Amicus Curiae	112
4.3.1.2. Audiências Públicas.....	116
4.3.1.3. Sustentação Oral com Perguntas abertas aos Ministros	119
4.3.1.4 Pareceres Consultivos.....	120
4.3.1.5. Utilização da mídia: Transmissões das sessões por rádio e TV.....	120
5 CONCLUSÃO.....	125
REFERÊNCIAS.....	130

1 INTRODUÇÃO

A democracia moderna fez com que os papéis institucionais dos Poderes Estatais fossem remodelados. Prefere-se, neste trabalho, tratar de funções estatais àquelas comumente tratadas como Poderes, por entender o Poder é corruptível a partir de sua própria natureza. “Judiciário”, “Executivo” e “Legislativo” grafados em maiúsculas representarão os órgãos destas três funções estatais clássicas.

A democracia moderna evolui para uma democracia participativa, que além de resguardar aos cidadãos direitos de liberdades, igualdades e solidariedades, denota uma participação mais intensa dos cidadãos e que ultrapassa a participação mediante voto. Precisa, para sua manutenção, de um ajuste institucional e também dos próprios cidadãos, que devem voltar suas atenções não apenas para o reconhecimento de liberdades, mas também para o senso de dever, de participação ativa nas tomadas de decisão.

A função judicial, por amplamente acessível, torna-se um meio para que a participação cidadã ocorra, seja por iniciativa em algum processo ou por participação na instrução processual. O Judiciário precisa, então, compatibilizar-se com esta nova vertente da democracia. A tradicional função mais distante dos cidadãos por não ser elegível com votos, precisa conferir abertura e sobretudo ouvir os influxos democráticos em sua atuação.

Nesta nova atuação, o Judiciário tem desempenhado papéis políticos cada vez mais intensos, numa árdua tarefa de tentar equilibrar os sistemas de poder no Estado Democrático Brasileiro, implementar e garantir direitos e liberdades, e atuar no sentido de que a ideia de Estado não ruine em meio às crises de legitimidade. Crise de legitimidade esta que o Judiciário não passa isento. A pluralização chega também à função judicial.

Expressões como ativismo judicial e judicialização da política ganham relevo com esta importância que ganha a atuação jurisdicional na nova democracia, atuação que precisa ser acompanhada de perto pelo povo, o real detentor do poder político nas democracias. Sugere-se que este último participe também na atividade judicial, a fim de que as decisões, cada vez mais ativistas e políticas, se revistam de

um maior grau de legitimidade, conferida pela participação democrática nestes processos de tomada de decisão.

O trabalho desenvolve-se no sentido de indicar quais os meios para que esta participação aconteça, sistematizar os meios de participação democrática e seus procedimentos nos processos de controle concentrado de constitucionalidade.

A limitação às Ações de Controle concentrado funciona tanto como corte epistemológico da abordagem na pesquisa, como considera esta manifestação a que mais interessa e atinge ao cidadão comum, já que possui efeitos vinculantes para todas as esferas, conforme previsão constitucional contida no art.102§2º.

A temática é focada na jurisdição constitucional em controle concentrado e na legitimidade desta função jurisdicional, para isto inclui como ator necessário, o detentor do poder político-democrático, o povo. O eixo temático abordado envolve direito, política e jurisdição constitucional. Sobre este enfoque, a pesquisa se enquadra na segunda linha de pesquisa do programa do mestrado acadêmico da Universidade Federal do Ceará, “A implementação dos direitos fundamentais e as políticas públicas”, no projeto vinculado de “Participação política no estado democrático.”

A pesquisa justifica-se pela necessidade de que os influxos democráticos tão mais proclamados nos Poderes Legislativo e Executivo, cheguem também ao Judiciário. Além da inserção do cidadão como protagonista também no Judiciário, a pesquisa foi motivada por um sentimento de descrença política nas esferas do Legislativo e Executivo, e, como hipótese, têm-se que este é o principal motivo de ser o Judiciário instado a manifestar-se sobre questões cada vez mais políticas; como segunda hipótese, fala-se em graus de legitimidade nos pronunciamentos judiciais pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado, em um gráfico ascendente em que uma decisão “normal” estaria no início, uma decisão bem fundamentada em um segundo patamar e em um terceiro, elevando-se o grau de excelência, está uma sentença bem fundamentada em que foram ouvidas e participaram do momento de instrução as pessoas envolvidas, ou interessadas, tudo conforme os meios institucionais já existentes.

Algum esforço deve ser realizado para o reequilíbrio do sistema, tal como o ativismo cidadão, que na pesquisa, destaca-se enquanto necessário protagonista no Poder Judiciário, mas também deve participar nos demais poderes e nas demais esferas, inclusive administrativas, de bairro, voluntariado, na cobrança da qualidade

na representação política e a própria melhoria na educação básica e crítica. O trabalho trata, em certa medida, de um controle cidadão sobre o Poder Judiciário, pautado na atuação no controle concentrado, mas mantém ciente que o ativismo cidadão no regime democrático deverá incidir em todas as esferas da vida civil e social:

Sobre a necessidade de reequilíbrio no sistema estatal, a situação evidenciou-se com mais clareza quando pessoas da cúpula das funções legislativa e executiva figuraram como réus em ação penal no Judiciário, e coube a este, por ora, equilibrar o senso de moralidade estatal.

O Judiciário sempre foi visto com mais distanciamento dos cidadãos comuns; a tendência era não conhecer, já que não se participa do processo de escolha. Já o Legislativo e Executivo, como dependem diretamente do voto dos cidadãos, são mais próximos do dia-a-dia e do conhecimento destes últimos. Até pouco tempo, era muito mais provável um cidadão comum lembrar dos chefes do Executivo, deputados, senadores, e até de alguns dos ministros das mais vastas pastas existentes como auxiliares do Poder Executivo federal, que lembrar o nome de qualquer dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

O cenário, contudo, vem mudando. Com a transmissão ao vivo das sessões plenárias, a realização de audiências públicas, a judicialização de causas que cada vez mais atingem uma grande parcela da população, a publicação e divulgação na imprensa das decisões do judiciário e uma mudança nos atores processuais, a tendência é atingir cada vez mais o cidadão, que, ciente do atingimento de seus interesses, é instado a figurar nos processos judiciais dotados de efeitos vinculantes e de presunção de definitividade.

Assim, os objetivos da pesquisa são no sentido de investigar a atuação da sociedade nas decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, para tanto, pretende indicar quais os meios para a participação da sociedade no controle concentrado de constitucionalidade, sistematizá-los, e, quando possível, fazer o levantamento quantitativo do uso dos instrumentos de participação objetos de estudo. Por fim, pretende confirmar ou refutar a hipótese de que se a aproximação entre judiciário e cidadãos torna suas decisões mais legítimas.

No capítulo segundo, denominado Judiciário e Democracia: análise de compatibilidade, busca-se compatibilizar a ideia do Poder Judiciário nas Democracias modernas, já que o Judiciário não pode mais traduzir-se um Poder

hermético, fechado aos influxos democráticos. Em legitimidade, investidura e nos seus pronunciamentos.

A democracia impõe uma abertura do Judiciário a fim de que o sistema de governo e suas instituições mantenedoras estejam em sincronia e compatibilidade.

São abordadas ideias de como o fenômeno do constitucionalismo tem influenciado as estruturas nos regimes democráticos modernos, como justificar a legitimidade judicial nos regimes ditos democráticos no modelo moderno de democracia e ainda aborda questões relevantes e decorrentes da pulverização de direitos constitucionais submetidos ao Judiciário como ativismo judicial e judicialização da política.

No capítulo terceiro fala-se da Instituição do Supremo Tribunal Federal no Brasil, traçando aspectos históricos e procedimentais. Fala-se em detalhes sobre o procedimento adotado na Corte Constitucional ao tratar das seguintes ações de controle concentrado de constitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), indicando objeto, sujeitos legitimados, efeitos e procedimentos afetos à cada Ação Constitucional.

No capítulo quarto e último trata-se do principal aporte teórico da pesquisa, a obra de Peter Haberle e a constituição de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Além de intérpretes, sugere-se que o povo, real detentor do poder nas democracias, participe dos processos de tomada de poder também no Judiciário, notadamente nas Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade, por seus verdadeiros efeitos normativos. São apresentados os meios institucionais já disponíveis para implementação da sugestão e sugere-se que tão mais legítimas tornam-se os pronunciamentos judiciais quanto democráticos sejam suas fases instrutórias.

A pluralidade procedimental, aliada a uma boa fundamentação conferirá maior legitimidade ao Poder Judicial nas democracias modernas.

2 JUDICIÁRIO E DEMOCRACIA: ANÁLISE DE COMPATIBILIDADE

O sistema democrático de governo traduz a ideia de pluralidade de sujeitos e de participação nos processos de tomada de Poder.

Com a evolução das sociedades, a democracia deixa de ser entendida como sinônimo de participação direta, como nas sociedades gregas, e evolui, na democracia moderna, para os sistemas democráticos indiretos, para uma democracia representativa.

A consolidação da democracia requer Poderes instituídos fortes, que assegurem a democracia representativa, em termos amplos. O Judiciário, assim como as demais funções estatais, precisa adaptar-se na modernidade democrática.

O Judiciário não pode mais traduzir-se um Poder hermético, fechado aos influxos do governo popular. A democracia precisa estar presente tanto ao conferir legitimidade, quanto no momento de investidura e ainda nos pronunciamentos judiciais. A democracia impõe uma abertura do Judiciário a fim de que o sistema de governo e suas instituições mantenedoras estejam em sincronia e compatibilidade.

2.1 Democracia moderna: Evolução político-conceitual

Credita-se à sociedade grega o desenvolvimento da noção de democracia, comunidade em que as decisões políticas eram discutidas entre os cidadãos em espaços públicos (Ágora) e tomavam decisões por maioria de votos. Da Grécia advém a classificação mais célebre das formas de governo, na qual Aristóteles leva em conta, principalmente, o número de pessoas que exercem o Poder soberano:

A monarquia, a primeira dessas formas, representa, segundo Aristóteles, o governo de um só. Atende o sistema monárquico à exigência unitária da organização do Poder político, exprimindo uma forma de governo na qual se faz mister o respeito das leis.

A aristocracia, como segunda forma, na classificação de Aristóteles, significa o governo de alguns, o governo dos melhores. Na etimologia da palavra "aristocracia", deparamo-nos já com a ideia de força. Essa raiz envolve naturalmente para a acepção de força da cultura, força da inteligência, força entendida de modo qualitativo, força, por conseguinte, dos melhores, dos que tomam as rédeas do governo. A exigência de todo governo aristocrático deve ser, segundo Aristóteles, a de selecionar os mais capazes e melhores.

Quanto ao terceiro tipo de governo, contido nessa classificação, Aristóteles fá-lo corresponder à Democracia, governo que deve atender na sociedade aos reclamos de conservação e observância dos princípios de liberdade e igualdade. (BONAVIDES, 1992, p.224/225)

Importa mencionar que a classificação em Aristóteles não foi meramente quantitativa, visto que o filósofo grego preocupou-se em tratar das formas de governo enquanto puros e impuros, sendo consideradas puras as formas de governo que tenham como finalidade a promoção do bem comum, e impuras as com prevalência do interesse pessoal dos governantes.

Em Roma houve acréscimo à classificação Aristotélica inserindo entre elas a forma de governo misto, proposta por Cícero, segundo o qual “aparece, via de regra, por mera limitação ou redução dos Poderes da monarquia, da aristocracia e da democracia mediante determinadas instituições políticas, tais como um Senado aristocrático ou uma Câmara democrática” (BONAVIDES, 1992, p.226).

O final da Idade Média e início da Idade Moderna despertou nos estudiosos renascentistas novas ideias sobre as formas de governo, ora aproximando-o do Poder Divino, ora distanciando-o. Neste período, a política ganhou vários adeptos antropocentristas e de concentração de Poder, oportunidade na qual desenvolveu-se por exemplo, o regime absolutista, notadamente na França. A concentração de Poder fica clara na pessoa do Rei Luis XIV, o Rei Sol, a quem se credita a autoria da célebre frase “*L'État c'est moi*”.

Neste contexto histórico, o Poder Estatal por excelência é o Poder Executivo, que já nos Seis Livros da República (1576), Jean Bodin indicava que, para ter-se uma República bem governada, seria necessária a figura do Rei, dotado de soberania, conseqüentemente de direitos “que são, por sua natureza, incessíveis, inalienáveis e imprescritíveis” (2011, p.327). Ainda na atualidade percebe-se um reflexo deste destaque conferido ao chefe do Poder Executivo que concentra boa parte das atividades estatais, conferindo-lhe a administração do país tanto nas funções típicas de governante quanto de chefe de estado, a possibilidade de edição normativa, sobretudo por medidas provisórias, além de atividades que afetam a atuação judicial como a nomeação de magistrados, a comutação de penas e concessão de indulto, entre outras.

Mesmo dotado de soberania, o chefe de Estado em Bodin não seria ilimitado inconsequentemente, pois não lhe era dado desfazer-se do patrimônio da fazenda pública nem alterar as regras de sucessão ao Poder.

Seguindo a mesma tendência, Maquiavel fez publicar sua obra “O Príncipe” (1532), onde prima a existência de um governante forte e centralizador do Poder Político. Estas são as típicas fundamentações teóricas que favorecem um governo que Aristóteles classificaria como despótico, como ocorreu nos déspotas europeus chamados absolutistas.

O correr da história mostra que para toda ação, surge uma reação e, frente a concentração de Poder dos regimes absolutistas a tônica não foi diferente. Ganham destaque neste contexto as teorias que preconizavam a limitação do Poder estatal. A ciência política busca em teóricos clássicos o substrato teórico que fundamenta a limitação do Poder e a consequente formação dos Estados democráticos.

A limitação do Poder fica evidente com a publicação de *Leviatã*, de Tomas Hobbes (*online*, 2014, *passim*), que baseava o Poder do soberano em uma lei fundamental e limitadora do Poder do Soberano, de claras tendências contratualistas. Segundo Hobbes, a defesa da paz e do bem comum deveria ser proporcionada por uma autoridade inquestionável, a qual os membros cederiam parcela de sua liberdade, e poderia ser materializado em uma pessoa - um monarca - ou mesmo uma assembleia.

Sobre os influxos do contratualismo, Barão de Montesquieu desenvolveu sua teoria da separação dos Poderes. Para o autor, há três espécies de governo: Republicano, o Monárquico e o Despótico. Sendo que em cada Estado há três tipos de Poder:

Existem em cada Estado três tipos de Poder: o Poder legislativo, o Poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o Poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último Poder de julgar e ao outro simplesmente Poder executivo do Estado. (ROUSSEAU, 2001, p.75).

Cada Poder funciona de tal forma que seja o freio dos demais Poderes. Tudo para a contenção do abuso e da boa coordenação da sociedade política. Com

Rousseau surge a ideia de Poder pertencente ao povo, verdade que se reafirma nos novos modelos constitucionalistas. Para este último, “o pacto social estabelece tal igualdade entre os cidadãos, que os coloca todos sob as mesmas condições e faz com que todos usufruam os mesmos direitos.” (2002, p.27) Segue indicando que o corpo político é o detentor do Poder soberano, a soberania não é, “outra coisa senão o exercício da vontade geral.” (2002, p.36).

Falava-se em separação dos Poderes mas com muita autoridade recaindo ainda sobre o Poder Executivo, até que Jonh Locke propôs a submissão do rei ao parlamento, onde as vontades estariam representadas e que deveria, por sua função, resguardar direitos e principalmente, liberdades. Escrevendo sobre a separação dos poderes, supremacia do legislativo e constituição mista em Locke Piçarra (1989, p.74) indica que:

O conceito de lei como acto típico de uma função legislativa <<emancipada>> e superior, tal como foi exposto por Locke, não só se tornou parte integrante da doutrina da separação dos poderes, como levou a considera-la um <<corolário institucional>> daquele ou uma <<exigência racional>> dele deduzida. Desta perspectiva, a supremacia jurídica da função legislativa é o fundamento da exigência do seu exercício orgânica e pessoalmente separado do da função executiva Tal fundamento é forçado pela supremacia política da mesma função, que lhe vem a ser conferida pela sua titularidade e que, no sistema lockeano, é o único elemento que plenamente se adequa àquela supremacia jurídica.

As ideias de Locke ajustam-se aos ideais liberais e ideias políticas republicanas inglesas do século XVIII. O liberalismo e o iluminismo dos séculos XVIII e XIX abriram caminho para as formas representativas de governo, ou, nos dizeres de Jorge Miranda, de um “governo representativo liberal” (2007, p.15), que tinha como os componentes principais:

- a) A soberania nacional ou o princípio de que o Poder reside essencialmente (isto é, potencialmente) no povo, na nação entendida como colectividade distinta dos indivíduos que a constituem;
- b) A incapacidade da nação de exercer o Poder e, por conseguinte. A necessidade de o <<delegar>> em representantes por ela periodicamente eleitos, únicos que o podem assumir;
- c) O sufrágio restrito, só tendo direito de participação política os que tenham responsabilidades sociais (pelas funções exercidas ou pela propriedade);
- d) A natureza puramente designativa da eleição destinada apenas à selecção dos governantes entre os cidadãos mais aptos;
- e) A autonomia dos representantes relativamente aos eleitores, em virtude da natureza da eleição, do princípio de que representam toda a nação, e não só os círculos por que são eleitos, e da proibição do mandato imperativo;

f) A limitação dos governantes pelas regras da separação dos Poderes e pela renovação periódica através das eleições. (MIRANDA, 2007, p.15/16)

Ainda não havia alcançado o nível de representação desejável que materializasse a democracia constitucional representativa, tanto que, com base em um governo representativo liberal, essencialmente delegativo e sufragista, o mundo testemunhou a ascensão de líderes legítimos, porém despóticos, como os que conduziram as catástrofes mundiais das duas grandes guerras.

As guerras mundiais tiveram consequências fundamentais para a ciência política e a moderna teoria da democracia. A democracia passa a ser remodelada, com ênfase no limite e no controle. Neste novo modelo, a eleição passa a ser apenas um dos aspectos que caracterizem um regime democrático que deve ser mais que democrático, deve também ser participativo. Ao mesmo tempo que deve garantir a liberdade dos governados, é necessário que legitime o Poder dos governantes.

Bobbio (2009, p.25) indica que, enquanto os escritores contratualistas medievais tratavam a transmissão do Poder feita pelo povo ao soberano de “uma vez para sempre”, a *translatio imperii*, com a qual o povo, ao transmitir o Poder, despojava-se dele definitivamente, no atual modelo democrático se fala em *concessio imperii*, em que o Poder não foi transferido, apenas concedido e é sempre revogável.

A mácula deixada pelo desastre mundial das grandes guerras e dos regimes nazi-fascistas resulta em uma democracia que suscita encantamentos e desconfianças. A manutenção da ordem e normalidade dos processos de Poder são tão mais difíceis quanto maior a pluralidade dos sujeitos. Bobbio indica ser a democracia:

A democracia é certamente a mais perfeita das formas de governo, ou pelo menos a mais perfeita entre as que os homens foram capazes de imaginar e, pelo menos em parte, de realizar; mas justamente porque é a mais perfeita é também a mais difícil. Seu mecanismo é o mais complicado; mas justamente por ser o mais complicado, é também o mais frágil. (2009,p.35)

A mesma ideia foi retomada por Churchill em discurso na Casa dos Comuns, em 11 de Novembro, 1947, segundo o qual a democracia é o melhor dos regimes de governo, ou pelo menos, o menos ruim de que se dispõe nos exemplos até hoje vivenciados no mundo. Como disse, “ninguém pretende que a democracia

seja perfeita ou sem defeito. Tem-se dito que a democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos” (BASSIOUNI, 1998,p.13).

Principalmente com a instabilidade dos governos que se seguiram à Segunda Guerra, algum esforço foi dedicado ao traçar os contornos e características do regime democrático moderno, como dito, que ultrapassasse a simples delegação em representação.

Bobbio, em sua conferência de 1959 denominada “Qual democracia?”, preocupou-se em traçar três aspectos que caracterizasse o regime democrático frente os regimes autocráticos:

O primeiro aspecto refere-se ao modo de formação da classe dirigente, ou seja, o assim chamado princípio de legitimidade do Poder. Trata-se de responder à pergunta: de onde os que governam tiram a justificação do seu Poder? A característica do regime democrático, nesse aspecto, é o princípio eletivo: a classe política, em regime democrático, tira a justificação do seu Poder da eleição popular. [...]

O segundo aspecto da democracia liga-se ao primeiro e o integra. Para que se possa falar de democracia, não basta que a classe política seja eleita, em outras palavras, que o seu Poder seja fundado em um consenso inicial originário. É necessário que esse consenso seja periodicamente repetido. Não basta o consenso, é necessária uma revisão periódica do consenso. [...]

O terceiro aspecto da democracia refere-se à mobilidade da classe política. Pareto falava em circulação das elites. O regime democrático é caracterizado, com relação ao aristocrático, por uma mais fácil, contínua e rápida circulação no âmbito da classe política. Geralmente chamamos de regime democrático o regime no qual não existe apenas uma classe política, mas duas ou mais em concorrência, e nos regimes que uma supera a outra verifica-se uma renovação radical do grupo dirigente. [...] (2009,p.24/25)

Para Jorge Miranda (2007, p.17) as “traves-mestras” da nova forma de governo pressupõem:

A soberania nacional entendida agora não tanto como princípio de legitimidade quanto como princípio de titularidade do Poder no povo;

- a) A possibilidade de ter o povo, sujeito do Poder, uma vontade actual ou conjectural, jurídica e politicamente eficaz;
- b) A concorrência da vontade do povo, manifestada pelo colégio de todos os cidadãos com direitos políticos, com a vontade manifestada pelos órgãos governativos de carácter representativo – e isso quer a nível de Estado quer a nível local e regional;
- c) A eleição como servindo não apenas para a escolha dos governantes (dos titulares dos órgãos da função política) mas também para a escolha de grandes opções programáticas;
- d) O sufrágio universal e, com ou sem constitucionalização, o papel do partido político.

Os elementos que caracterizam a democracia moderna, notadamente a democracia participativa, culminam na redefinição de seu próprio conceito, que ultrapassa a dimensão política e, alberga também elementos da sociologia. A democracia é assim definida por Alain Touraine:

A democracia não é somente um conjunto de garantias institucionais, ou seja, uma liberdade negativa. É a luta de sujeitos, impregnados de sua cultura e liberdade, contra a lógica dominadora dos sistemas; segundo a expressão de Robert Fraise, ela é a política do sujeito. A grande mudança é que, no início da era moderna, quando a maior parte dos seres humanos se encontravam confinados em coletividades restritas e submetidos mais ao peso dos sistemas de reprodução do que ao domínio das forças de produção, o sujeito afirmou-se identificando-se com a razão e com trabalho; ora, no mesmo momento, nas sociedades invadidas pelas técnicas de produção, consumo e comunicação de massa, a liberdade desligava-se da razão instrumental, correndo o risco, por vezes, de se contradizer para defender ou recriar um espaço de invenção e, ao mesmo tempo, de memória e fazer aparecer um sujeito que fosse, simultaneamente, ser e mudança, filiação e projeto, corpo e espírito. Defender e produzir a diversidade em uma cultura de massa torna-se o grande desafio para a democracia. (1996, p.24).

Em sua obra “Democracia”, Charles Tilly não apresenta um único conceito, mas quatro, dos que julga “principais tipos de definição de democracia”, e apresenta abordagens constitucional, substantiva, procedimental e orientada pelo processo:

Uma *abordagem constitucional* concentra-se sobre as leis que um regime sanciona no que se refere à atividade política. Portanto, podemos olhar ao longo da história e reconhecer diferenças entre oligarquias, monarquias, repúblicas, dentre muitos outros tipos, a partir de uma comparação dos arranjos legais. No caso das democracias, ainda é possível fazer uma distinção entre as monarquias constitucionais, sistemas presidenciais e arranjos parlamentares, sem mencionar outras diferenciações como estrutura federativa *versus* estrutura unitária. Para comparações históricas de larga escala, o critério constitucional possui muitas vantagens, especialmente a relativa visibilidade das formas constitucionais. No entanto, tal como demonstram os casos do Casaquistão e da Jamaica, há grandes discrepâncias entre os princípios afirmados e as práticas cotidianas, o que faz com que as constituições sejam uma evidência enganosa.

Abordagem substantiva focam nas condições de vida e de política que um determinado regime promove: Esse regime promove o bem estar do ser humano, a liberdade individual, segurança, equidade, igualdade social, deliberação pública e resolução pacífica dos conflitos? Em caso afirmativo, podemos estar inclinados a chama-lo de democracia, a despeito daquilo que está escrito em sua constituição. [...]

Os que defendem *definições procedimentais* isolam um determinado conjunto de práticas governamentais para determinar se um regime qualifica-se como democrático. A maior parte dos observadores que adotam essa definição foca sua atenção sobre o processo eleitoral, indagou se eleições genuinamente competitivas envolvendo regularmente um amplo número de cidadãos produz mudança de pessoal e de políticas governamentais. Se as eleições permanecem em processo não competitivo

e constituem uma ocasião para massacrar os oponentes do governo, como no caso do Casaquistão, o analista procedimental as rejeita como evidencia de democracia. Mas se elas realmente promovem mudanças governamentais significativas, elas indicam a presença procedimental da democracia. (Em princípio, alguém Poderia acrescentar ou substituir outros procedimentos de consulta tais como referendos, *recalls*, petições, e até mesmo pesquisa de opinião, mas na prática, o analista procedimental oca particularmente sobre as eleições.) [...] (2013,p.21/22)

A abordagem voltada ao processo é diferente das demais apresentadas e é materializada em um conjunto de processos que devem estar presentes para caracterizar uma ação como democrática. São apresentados cinco critérios formulados classicamente por Robert Dahl e reproduzidos na obra de Charles Tilly:

Participação efetiva. Antes de uma política ser adotada pela associação, todos os membros precisam ter oportunidades iguais e efetivas para tornar conhecidas para os outros em suas visões sobre como deveria ser tal política.

Igualdade de voto. Quando chega o momento de decidir qual política deve ser feita, todo membro deve ter uma oportunidade igual e efetiva de votar, e todos os votos devem ser contabilizados como iguais.

Entendimento esclarecido. Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as alternativas de políticas mais relevantes e suas prováveis consequências.

Controle de agenda. Os membros devem ter a oportunidade exclusiva de decidir como e, se eles escolherem, quais assuntos devem ser colocados na agenda. Portanto, o processo democrático exigido pelos três critérios precedentes nunca é fechado. As políticas da associação sempre são sujeitas a mudanças por parte de seus membros, se eles assim escolherem.

Inclusão dos adultos. Todos os adultos que são residentes permanentes, ou ao menos a maioria, devem ter os plenos direitos dos cidadãos que estão implicados nos quatro critérios anteriores. Antes do século XX esse critério era inaceitável pela maior parte dos defensores da democracia (2013,p.23)

A Democracia tem que ser aprendida e vivenciada na prática para que seja efetiva. Neste sentido, a definição de democracia é perpassada na obra de Feyerabend (2011, p.108):

Uma democracia é um conjunto de pessoas maduras e não uma coleção de ovelhas guiadas por um pequeno grupo de sabe-tudo. A maturidade não é encontrada largada pelas ruas, ela precisa ser aprendida. E não é aprendida nas escolas, pelo menos não nas escolas atuais em que o aluno se depara com cópias dessecadas e falsificadas de decisões passadas; ela é adquirida por meio da participação ativa em decisões que ainda precisam ser tomadas.¹

¹ O autor não se dedica ao estudo dos eixos centrais deste trabalho, mas à ciência e filosofia do conhecimento. Contudo, ao discorrer sobre a ciência do conhecimento em seu livro 'A ciência em uma sociedade livre' aborda o ensino em um ambiente democrático, e, neste contexto, sugere um conceito de democracia que, por envolver o destaque no aprendizado da atuação democrática, a autora entendeu cotejar-se com a proposta da pesquisa.

Urge, para o desenvolvimento da atual democracia, que é um objeto em mutação e dependerá, para o seu sucesso, da maturidade dos cidadãos, que o povo dispa-se da reivindicação em excesso por liberdades e da necessidade de reconhecimento de direitos individuais e priorize o senso de dever, de comunidade.

Sobre o civismo que ultrapassa o limite do reconhecimento de direitos assim escreve Patrícia Rosset:

Mais uma vez para reflexão, como é do gosto de Maria Garcia , cabe ressaltar que cidadania não é só um direito, mas também um dever. E que “o civismo consiste na preparação para a cidadania, isto é, para a preparação do futuro cidadão, o qual não pode quedar-se vendo a sua vida passar, a história avançar perante sua inércia, preocupado unicamente com seus interesses particulares.

É preciso integrar-se e participar no lar, na escola, na comunidade, na pátria e no mundo. Quem participa das lutas e dificuldades de alguma coisa, também se sente responsável pelos seus resultados. (2008,p.94)

Para além de uma proposição meramente política, a democracia precisa ser institucionalizada, tanto para que seja procedimentada quanto para que seja exigida. O instrumento que institucionaliza a democracia como forma de exercício do Poder nos Estados constitucionais modernos é a Constituição. É necessário que haja uma Constituição que limite Poderes e resguarde direitos e garantias aos seus cidadãos para que seja selado o pacto social. Os teóricos do constitucionalismo abordam, inevitavelmente, a questão da democracia e procuram responder como um regime político fundado na ideia de autogoverno pode se compatibilizar com a ordem constitucional de liberdades e limites.

2.2 Constitucionalismo e a democracia moderna

Busca-se nos regimes democráticos notadamente a manutenção de direitos e liberdades, essencialmente a liberdade política. O feixe normativo que garante as liberdades e assegura direitos é a Constituição. Mas deve a Constituição ser entendida como um limite normativo? Ou político? O alcance da Constituição ao assegurar os regimes democráticos e o seu legítimo guardião são motivos de tensão entre os teóricos do constitucionalismo nas democracias modernas.

A própria ideia de Constituição, como “instrumento orientado para conter o Poder” (MENDES, 2013, p.39) é creditada, da forma como se percebe hoje, ao período pós Revolução Francesa e a conseqüente elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que indica, na formação do Estado, que “Qualquer

sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos Poderes não tem constituição”. (ONU, *online*, 2013)

Parte-se da Constituição como documento político de organização da sociedade que deve traduzir a vontade geral dos cidadãos que o compõe, além de preservar a segurança do Estado.

A Constituição é então um documento político, antes mesmo de traduzir-se em documento jurídico, por ser nela formalizado o pacto social de instituição da ordem social, do qual aborda Rousseau:

Logo, ao invés da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quanto a assembleia de vozes, o qual recebe desse mesmo ato sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. A pessoa pública, formada assim pela união de todas as outras, tomava assim o nome de cidade, e toma hoje o de república ou corpo político, o qual é chamado por seus membros: Estado, quando é passivo; soberano, quando é ativo; autoridade, quando comparado a seus semelhantes. No que concerne aos associados, adquirem coletivamente o nome de povo, e se chamam particularmente cidadãos, na qualidade de participantes na autoridade soberana, e vassallos, quando sujeitos às leis do Estado (2002,p.26).

Este documento político deve traduzir em grande medida os fatores reais de Poder (LASSALE, 1933, *passim*) sob pena de não passar de uma “folha de papel” quando analisado em termos jurídicos, para Lassale. Complementando a ideia anterior, Konrad Hesse oferece uma alternativa mais saudável à manutenção da força ativa da constituição, já que confere a esta última uma força normativa inata:

A constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassale. Ela não se afigura “impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de Poder”, tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (realizierbare Voraussetzungen) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.(HESSE,1991,p.25)

Este documento político, simultaneamente institui o mais relevante documento jurídico do país, sendo o topo do ordenamento jurídico e funcionando como fundamento de validade para todas as demais normas, bem como o fundamento último de compatibilidade das decisões judiciais. Enquanto ápice do

sistema normativo e fundamento de validade de todas as demais normas, deve traduzir a vontade do povo, que a instituiu.

Esta visão normativista e jurídica da Constituição deve-se à Hans Kelsen, que, ao escrever sobre democracia, caracteriza a liberdade como seu valor essencial. Segundo este autor: “O caráter racionalista da democracia manifesta-se sobretudo na tendência em estabelecer a ordem jurídica do Estado como um sistema de normas gerais criadas, com esta finalidade, por um procedimento bem organizado”. (1993,p.185)

A Ordem Jurídica obedeceria assim a uma ordem escalonada, de formato piramidal, eivada de formalismos, que a conduziriam à “pureza do direito” (KELSEN, 2006, p.1), contendo no vértice piramidal a norma máxima do Ordenamento, a Constituição.

Escrevendo sobre o normativismo Kelseniano, Cláudio Pereira de Souza Neto (2002, p.132) esclarece que:

[...] seu objetivo era o de estudar o direito em seus aspectos formais, sem que nesse estudo interferissem considerações que, segundo ele, deveriam estar situadas nos campos da política, da filosofia, etc., i.e., o autor tinha em vista a forma jurídica, esquecendo o conteúdo material do direito.

A Constituição precisa de garantias para que seja conferida sua efetividade e materialização, e, para isso, conta com um instrumento do qual Kelsen foi um importante idealizador: a Jurisdição Constitucional. Kelsen defendeu a ideia de um Tribunal Constitucional que assegurasse a efetividade normativa da Constituição, indicando ser a jurisdição constitucional uma garantia jurisdicional:

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 têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas, ou atos de execução de direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas. (2003,p.124).

O papel do Tribunal Constitucional seria garantir o regular funcionamento do processo democrático, numa esfera jurídica em que, uma inconstitucionalidade é, sob última análise, uma inconstitucionalidade formal.

Kelsen entendia a democracia como um procedimento político, procedimento este salvaguardado na esfera jurídica pela Constituição, assim:

[...] a participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como a característica essencial da democracia. Se esta participação se dá por via direta ou indireta, isto é, se existe uma democracia direta ou representativa, trata-se, em ambos os casos, de um processo, um método específico de criar e aplicar a ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como uma característica essencial da democracia. (1993,p.142)

A Constituição, portanto, se reduziria à esfera jurídica e a democracia ao procedimento político, sendo o primeiro garantidor do segundo, em Kelsen. Grande opositor desta ideia que travou intenso diálogo com a teoria Kelseniana foi Schmitt.

Tratando da democracia comunitária monolítica² de Carl Schmitt, Lucas Borges de Carvalho (2007, p.108):

No seu famoso debate com Kelsen, Schmitt sustenta que as discussões travadas no parlamento são fantasiosas, uma vez que, na prática, as decisões são tomadas a portas fechadas. O que vem a público, então, nada mais é do que um acordo ou uma decisão tomada nos bastidores pelos reais detentores do poder. De outro lado à diferença dos Federalistas, Schmitt também desconfia do judiciário. Para ele. O papel dos tribunais deve se limitar ao que chamaríamos de casos fáceis, ou seja, casos nos quais é possível proceder uma subsunção entre normas e fatos. Tudo o que transcende este patamar e adentra o âmbito dos casos duvidosos e controversos exige uma decisão política de uma autoridade com força política o suficiente – força esta que a aristocracia de toga que integra o judiciário não detém – para impor determinada interpretação e, assim, evitar crises e instabilidades políticas. Representando os interesses da comunidade, e único capaz de assegurar a homogeneidade e os vínculos comunitários entre os cidadãos, o Presidente da República é, para Schmitt, o legítimo guardião da Constituição.

A discussão sobre o real detentor, no constitucionalismo, do poder de defesa do regime democrático conta ainda com os estudos de democracia procedimental notadamente em John Hart e Jurgen Habermas, onde o Legislativo seria a esfera de poder mais adequada às análises sobre as leis.

John Ely Hart (2010) trata a democracia com uma medida de desconfiança e verifica, em sua teoria procedimental da democracia, como compatibilizar o poder dos juízes, detentores de poder mas não eleitos e não detentores de responsabilidades políticas, mas sim jurídicas, com o governo da maioria.

² O autor explica ser este um termo usado para expressar comunidades em que há a primazia ontológica da comunidade sobre os indivíduos, de maneira que as opções e os propósitos de cada um devem sempre refletir as opções e propósitos comunitários. Não há lugar, nesse modelo, para o pluralismo político ou para o respeito às diferenças. E sequer se pode falar em liberdade de escolha individual no que tange a questões morais particulares, tais como opção sexual e religiosa. (CARVALHO,2007, p.116)

Para o autor, as decisões políticas devem ser tomadas em foros deliberativos por representantes do povo, cabendo ao Judiciário o papel de equilíbrio em manter as “regras do jogo” ou a observância aos “procedimentos legais.” (2010,p.20).

Ao tratar das manifestações dos Tribunais, Hart divide a atuação dos magistrados entre os textualistas (adeptos do não interpretacionismo e autocontenção) e os adeptos da interpretação livre (interpretacionistas):

Hoje em dia, tendemos a chamar os lados em disputa de ‘interpretacionismo’ e ‘não interpretacionismo’ – o primeiro afirma que os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita, enquanto o segundo adota a opinião contrária, a de que os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento. (2010, p. 3)

Em sua democracia procedimental, Hart propõe que o papel da corte deveria se limitar a uma análise procedimental das decisões que foram tomadas pelo Legislativo, verificando se realmente o procedimento foi respeitado, e se todos os agentes que efetivamente poderiam ser atingidos pela norma foram levados em consideração no procedimento de sua elaboração.

O Judiciário deveria atuar quando a Democracia, o Legislativo e o procedimento de elaboração da norma fossem alvo de desconfiança, ou ainda, atuar no controle da democracia para que este seja um bem preservado na Ordem Constitucional:

A linha de decisão judicial constitucional que aqui recomendo é análoga ao que seria, nos assuntos econômicos, uma orientação ‘antitruste’, entendida como oposta a uma orientação ‘reguladora’ – em vez de ditar resultados substantivos, ela intervém apenas quando o ‘mercado’, neste caso o mercado político, está funcionando mal de modo sistêmico. (HART,2010, p. 136)

A Corte atuaria como tutora da Ordem democrática e interferiria caso o procedimento fosse ameaçado.

Habermas também propõe um modelo procedimental de democracia, aprimorando em alguns aspectos a teoria de Hart, sobretudo quando este último considera a sociedade como detentora de uma igualdade política e que as decisões políticas coletivas são resultado ocasional da soma de vontades particulares. Aprimora ainda a concepção de Hart quando defendido que os Tribunais devem

assegurar procedimento e participação das minorias, mas sem posicionar-se materialmente (ou substancialmente) sobre as normas, e, finalmente, quando Hart defende que o Legislativo possui melhores condições para decidir questões políticas, por traduzir a vontade da maior parte da população.

Resumindo as ideias da democracia procedimental proposta por Habermas, Carvalho escreve:

Partindo de uma concepção pós-positivistas do direito – acatando, com algumas diferenças em relação a Dworkin, o ideal de integridade- o filósofo alemão sustenta que uma concepção atraente de democracia precisa reconhecer a co-originariade entre autonomia privada e autonomia pública. Com base nesse ideal, o autor dilui a soberania do povo em processos democráticos amplos, que incluem não apenas o sistema político formal, mas também os espaços públicos não –institucionalizados. A interface entre essas duas esferas, isto é, entre as decisões políticas formais e as reivindicações que emergem das relações sociais espontâneas, constitui, para Habermas, o cerne de um regime, efetivamente, democrático. Neste contexto a função do tribunal constitucional é a de assegurar essa interface, protegendo, de um lado, o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos e, de outro, evitando tomar decisões paternalistas que ameacem essa autonomia. (CARVALHO, 2007, p.150).

Jorge Miranda (2007, p.95) tratando da democracia para Habermas indica que:

Habermas entende que a democracia há-de ser discursiva e deliberativa. Ela é sinônimo de auto-organização política da sociedade no seu conjunto, implicando, pois, a institucionalização de procedimentos e condições apropriadas de comunicação e o jogo combinado das deliberações institucionalizadas e das opiniões públicas.

Trata-se a Corte Constitucional como guardião do regime democrático, abordado em Habermas como um modelo deliberativo, assegurando o equilíbrio, tomando em conta que o Direito Positivo incorporou certos valores que devem ser preservados pela Corte.

Outro autor que se preocupa das democracias modernas e constitucionais é Ronald Dworkin, que propõe um modelo baseado em um ideal de igualdade, que legitima a atuação do Poder Judiciário como instância asseguradora do regime democrático.

A proteção à Constituição é devida pelo Poder Judiciário, que para isso, invoca princípios que o Estado elegeu como valores fundantes. Neste sentido Dworkin estabelece uma distinção entre princípios e política:

Denomino 'política' aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político e social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino de 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou alguma outra dimensão da moralidade. (2010, p. 36)

A Corte deve atuar nos sistemas democráticos para garantir que prevaleçam estes princípios, que tem como representante maior a dignidade humana e seus reflexos:

These two principles—that every human life is of intrinsic potential value and that everyone has a responsibility for realizing that value in his own life—together define the basis and conditions of human dignity, and I shall therefore refer to them as principles or dimensions of dignity. (DWORKIN,2006, p.10)³

A decisão judicial deve utilizar-se de argumentos de princípio e afastar os postulados inerentes ao que Dworkin denominou de política, tudo no intuito de manter um modelo democrático deliberativo, participativo, e comunitário.

O Constitucionalismo permite aferir este controle essencialmente político no sentido de preservação da Ordem democrática, mas também e, sobretudo, um controle jurídico tendo em vista consistir a Constituição o ápice normativo do Estado. Assim, a Constituição é jurídica, mas também política e, atuando na defesa do direito, o Tribunal Constitucional tem atuação reconhecidamente política, que se legitima caso o interesse seja a manutenção da Ordem democrática.

Sobre a possível tensão entre política e direito, Felipe Braga Albuquerque menciona:

O direito, na verdade, é uma moldura dentro da qual se considera aceitável o jogo político. Entre ambos, surge uma tensão dinâmica e, frequentemente, a política tenta abandonar os parâmetros jurídicos. Por outro lado, o Poder constituinte procura ir longe demais ao querer colocar na constituição toda a vida política futura do Estado.

O direito, fruto da política, representa uma fonte de limitação/ racionalização do Poder político. É com o uso instrumental do direito (mesmo que de maneira indireta) que a política, no mais das vezes, se legitima. Porém, quando a política, reconhecendo mudanças sociais, se vê legitimada por normas jurídicas ineficazes ou carecedoras de alteração/ revogação, pode

³ Em tradução livre: "Estes dois princípios-que cada vida humana tem um valor potencial intrínseco e que todos têm a responsabilidade de realizar esse valor em sua própria vida – juntos definem as bases as condições da dignidade humana, e eu vou, portanto, me referir a eles como princípios ou dimensões da dignidade humana.

sobrepor-se ao direito com a necessária modificação do sistema jurídico (ALBUQUERQUE, 2013, p.52/53).

No caso brasileiro, o poder constituinte declara sua condição de representante do povo brasileiro e preocupa-se em traçar a vida política do Estado. No preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988, as primeiras palavras remetem à condição de “representantes do povo” aos que fazem surgir o documento. Apesar de não ter força normativa reconhecida⁴, o preâmbulo “contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988”⁵. Para deixar clara esta intenção, o constituinte explicita no parágrafo único do artigo primeiro quem é o verdadeiro detentor do Poder político:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[omissos]
Parágrafo único. Todo o Poder emana **do povo**, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
Sem grifos no original

A delimitação de quem seria o “povo” é entendida como questão fundamental ao exercício da democracia e, segundo a perspectiva de Friedrich Muller (2003.p.76):

A função do “povo” que um Estado invoca, consiste sempre em legitimá-lo. A democracia é dispositivo de normas especialmente exigente, no que diz respeito a todas as pessoas no seu âmbito de “demos” de categorias distintas (enquanto povo ativo, povo como instância de atribuição ou ainda povo-destinatário) e graus distintos.

A legitimação de um Estado pelo povo requer uma análise sobre a forma democrática de governo, forma esta escolhida para reger o Estado brasileiro nos anos que seguiram-se à redemocratização, após o período ditatorial militar. A previsão expressa consta do já citado artigo primeiro da constituição, no qual se deixa claro que o Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

O grande dilema da democracia moderna talvez seja equilibrar liberdade e Poder, Poder este que não basta ser legítimo, deve ser eficiente. Segundo Bobbio,

⁴ A ausência de força normativa do preâmbulo da Constituição foi reconhecida na ADI 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15-8-2002, Plenário, DJ de 8-8-2003, na qual deixou-se claro não tratar-se de norma central federal (e assim, não é de reprodução obrigatória nas constituições estaduais), bem como ser o preâmbulo destituído de força normativa.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.649**. Voto da Rel. Min. Carmen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008, na qual se firmou que a previsão de valores supremos no preâmbulo da constituição traduziriam o princípio jurídico da solidariedade.

a legitimidade é assegurada pelo Legislativo enquanto a eficiência é assegurada pelo Executivo (2009, p.56), e neste estudo pergunta-se o que caberia ao Judiciário, seguindo a mesma lógica. Qual a instância legitimadora do Poder Judiciário, pergunta-se ainda como se legitima o enquadramento funcional e sistêmico do terceiro Poder nesta sistemática democrática de autogoverno, e como adequar o Poder Judiciário a um modelo que cada vez mais requer influxos plurais.

Pensa-se que a função destinada ao terceiro Poder está ligada ao favorecimento deste equilíbrio entre liberdade e poder. Função esta que tem sido redefinida com o fortalecimento da democracia participativa e que merece maior atenção dos atores da democracia.

No tópico seguinte discute-se qual a instância legitimadora, nos regimes democráticos, do Poder tido como mais hermético e fechado aos influxos democráticos e se há que se falar, de fato, em uma crise de legitimidade Judicial.

2.3 Legitimidade Judicial no Regime democrático

O exercício regular do Poder estatal, não despótico ou autocrático, baseia-se em dois princípios: o da legalidade e o da legitimidade.

A legalidade pode ser traduzida na observância da estrutura normativa (Constituição Leis, Decretos, Portarias, etc.) adotada pelo Estado.

Paulo Bonavides cuida da diferença entre legalidade e legitimidade e assim define a primeira:

Cumpra pois discernir no termo legalidade aquilo que exprime inteira conformidade com a ordem jurídica vigente.

Nessa acepção ampla, o funcionamento do regime e a autoridade investida nos governantes devem reger-se segundo as linhas mestras traçadas pela Constituição, cujos preceitos são a base sobre a qual assenta tanto o exercício do poder como a competência dos órgãos estatais.

A legalidade supõe por conseguinte o livre e desembaraçado mecanismo das instituições e dos atos da autoridade, movendo-se em consonância com os preceitos jurídicos vigentes ou respeitando vigorosamente a hierarquia das normas, que vão dos regulamentos, decretos e leis ordinárias até a lei máxima e superior, que é a Constituição.

O poder legal representa por consequência o poder em harmonia com os princípios jurídicos, que servem de esteio à ordem estatal. O conceito de legalidade se situa assim num domínio exclusivamente formal, técnico e jurídico. (1992, p.113/114)

Por este viés estritamente formal, o Poder Judiciário sustentar-se-ia legal conforme o preceito normativo contido no artigo segundo da Constituição

Federal de 1988 segundo o qual “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988, *online*).

Por outro lado, não se explica a legalidade atribuída a um poder não eleito, tendo em vista que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes **eleitos ou diretamente**, nos termos desta Constituição.”. Não sendo o Poder Judiciário eleito, tampouco expressão de poder exercido diretamente, somente pela lógica da legalidade não se justifica o terceiro Poder, ou pelo menos, se teria uma antinomia a ser solucionada pelo intérprete.

Além da justificação do Poder Judiciário, deve-se pensar ainda na legitimação da tripartição do poder, que pode parecer lugar-comum, por retratar a partição de Poder clássica proposta por Montesquieu, mas a perspectiva muda ao se analisar outros Estados, como alguns dos vizinhos próximos ao Brasil.

O Poder no Estado Brasileiro é uno mas a sua forma de estruturação é tripartida, a fim de viabilizar seu exercício. Assim, conta-se com três esferas de atuação: O Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, todos independentes e autônomos, cada um com atribuições e competências estabelecidas pela própria Constituição, sendo a primordial delas a guarda e zelo do Estado Democrático de Direito, nos termos e moldes estabelecidos na Constituição. Esta não é uma constatação tão corriqueira como costuma-se pensar, notadamente se verificado o ordenamento constitucional dos países latino americanos.

A Bolívia tem o exercício do Poder particionado, através de uma estrutura de governo dividida em órgãos “Legislativo, Ejecutivo y Judicial”, aos quais somam-se três outras funções: “a Electoral, la de Contraloría y la de Defensa de la sociedade”:

Artículo 12.

I. El Estado se organiza y estructura su gobierno a través de los órganos **Legislativo, Ejecutivo y Judicial**. La organización del Estado está fundamentada en la separación, coordinación y cooperación de estos órganos.

II. Son asimismo funciones estatales la **Electoral**, la de **Contraloría** y la de **Defensa de la sociedad**.

(BOLÍVIA, Constituição de 2009, p.9)

A constituição do Equador (EQUADOR, Constituição de 2008, *online*) prevê o protagonismo dos cidadãos e estrutura as funções de Poder em: Legislativa,

Executiva, Judicial e Justiça Indígena, de Transparência e Controle Social, e função Eleitoral.

Na Venezuela, a divisão se dá em cinco diferentes esferas:

Artículo 136. El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral (VEZENUELA, Constituição de 1999, *online*).

Estas novas roupagens na relação do constitucionalismo e a democracia, perceptíveis na forma de exercício do Poder e nas formas de sua partição refletem um movimento que convencionou-se chamar de novo constitucionalismo latino americano:

O Novo Constitucionalismo Latino-americano teve início com os movimentos sociais de reivindicação popular na década de 1980, O povo ansiava por um novo regime de governo que, além de reconhecer e legitimar os direitos fundamentais pudesse também efetivá-los no caso concreto. Fez-se necessário um governo que verdadeiramente se sustentasse na soberania popular, um governo em que sua constituição se legitimasse no povo. (FREITAS e TAVARES, 2013, p.34)

Com a nova tendência democrática, a fundamentação do Poder vai além da legalidade. A legitimidade transcende à ideia de legalidade para ser entendida como “a justificação do Poder, do direito de comandar” (BELCHIOR, 2009, p.74), vai para além do texto legal e, nas atuais democracias, deve traduzir-se na participação democrática nos atos de tomada de decisão. O Professor Gerson Marques de Lima identifica bem a diferença:

Sem legitimidade o Poder não é tranquilo; seu exercício, então baseado na força bruta, pode sucumbir a qualquer momento, sendo bastante os dominados se organizarem ou se revoltarem em turba incontida. A legitimidade, assim, é responsável pelo convencimento do dever de aceitação das ordens, das decisões, das diretivas de quem comanda e das medidas coercitivas. Justificar o Poder pela força não é razoável nem sustentável filosoficamente, além de afrontar princípios de democracia e significar a transitoriedade da nova ordem, pois nenhum sistema sobrevive muito tempo pela força bruta. (LIMA, 2009, p.105)

Importante então transcender à ideia de legalidade e justificar o poder no Estado Brasileiro através da noção de legitimidade, da qual cuida também Paulo Bonavides, para quem “a legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração” (1992, p.114) e pode ser assim definida:

É o critério que se busca menos para compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social que ele é chamado a disciplinar.

No conceito de legitimidade entram as crenças de determinada época, que presidem à manifestação do consentimento e da obediência. A legalidade de um regime democrático, por exemplo, é seu enquadramento nos moldes de uma constituição observada e praticada; sua legitimidade será sempre o poder contido naquela constituição, exercendo-se de conformidade com as crenças, os valores e os princípios da ideologia dominante, no caso a ideologia democrática. (1992,p.114)

A Legitimidade não pode ser traduzida em votos, simplesmente. Havendo dois dos Poderes constituídos, eleitos, e repletos de descrença na representatividade pelos cidadãos, não entende-se que o modelo eletivo seria uma saída à legitimidade do Poder Judiciário. Além da defesa de interesses nem sempre condizentes com os ideais de democracia, some-se o fato de que o Legislativo brasileiro passou por várias crises de legitimidade, situação que se estende ao Poder Executivo e pode ser assim sintetizado:

(a)A grande influência do Poder econômico no sistema político elevou sobremaneira os custos das campanhas eleitorais fazendo com que a representação parlamentar se tornasse elitista e dependente dos grupos economicamente mais Poderosos através dos *lobbys* e financiamentos de campanha; (b) a busca de dividendos eleitorais afastou o legislativo das questões polêmicas, inclusive aquelas mais ligadas aos direitos fundamentais, gerando um vazio legislativo nas matérias urgentes, como o aborto, a proteção dos homossexuais, por exemplo; (c) várias denúncias de corrupção envolvendo parlamentares [...] (d) A impunidade crônica de políticos envolvidos em escândalos de corrupção [...] (e)para agravar a situação, o cargo político tem sido utilizado para dificultar a punição, seja porque existe o foro privilegiado, seja porque o Poder é capaz de influenciar o resultado de julgamentos envolvendo altas autoridades, gerando um círculo vicioso em que os mais inescrupulosos alcançam o Poder e usam o mesmo Poder para se manter impunemente.(MARMEELSTEIN, 2013, p.30)

O poder e o dinheiro caracterizam a crise do sistema representativo brasileiro para Fernando Barbalho Martins (2007, p.88/89):

Nada obstante a organização de um sistema jurídico que estrutura inúmeros direitos e garantias tendentes a assegurar o efetivo auto-governo da população e reafirmar a detenção popular do poder estatal; muito embora arrole a Constituição da República lista generosa de direitos de participação política; malgrado tenham-se estabelecido instrumentos de representação e deliberação majoritária que enquadram a Carta de 1988 nos princípios estruturais da democracia já expostos no capítulo 2, a reiterada desconsideração pelo estudo dos direitos políticos e a frouxa interpretação que se dá ao alcance do princípio democrático em sede jurisdicional acabam por permitir que vícios ainda remanesçam no seio do sistema partidário –eleitoral brasileiro.
[...]

A necessidade da garantia das aludidas eficácia e autenticidade do voto são condições essenciais para o adequado funcionamento do sistema democrático, sob pena de inutilização de sua função, na medida em que permite a **colonização** do espaço de debate e discurso político detido pelos cidadãos para a deliberação acerca dos limites recíprocos dos direitos

fundamentais e das diretrizes das políticas públicas que implementarão os progressos materiais da sociedade. A colonização acima referida é aquela realizada pelo sistema econômico e político, na qual o poder e o dinheiro substituem a linguagem como meio de relação intersubjetiva, eliminando a autenticidade do voto e sua eficácia na expressão da vontade popular.

Os grifos constam do original.

Simone Goyard, reforça a ideia de uma crise de representatividade, identidade e, conseqüentemente, de legitimidade nas democracias ocidentais:

É um fato comprovado nos dias atuais que as democracias ocidentais estão ameaçadas por uma crise de identidade do tipo que acabamos de evocar e que ela se deve à crise da legitimação racional. Nas sociedades “avançadas” que se dizem democráticas não existe mais consenso relativo aos ideais políticos, aos interesses sociais e aos valores éticos; no lugar do sistema de valores tradicionais, o jogo da competição se instalou nessas sociedades industrializadas ao máximo e, com esse jogo competitivo, se dá livre curso ao pluralismo, à irracionalidade, ao individualismo e até ao egoísmo. A obsessão com a produção e a eficácia econômica engendrou uma desintegração axiológica. A herança moral perdeu seu sentido. Como já presentia dolorosamente Husserl em 1935, em sua célebre conferência do *Kulturbund* de Viena, os avatares da democracia intensificaram o pluralismo das ideias, das crenças, dos interesses e dos valores, acelerando, em seu incremento, o processo de decomposição do regime político e da sociedade civil (2003, p.284).

Falar em crise de representatividade é mais comum nos poderes eleitos, ou seja, nas funções executivas e legislativas, contudo, a função judicial não passa isenta de uma crise de legitimidade, à sua maneira.

Oswaldo Agripino também traça um conceito para legitimidade ao investigar uma possível crise de representatividade do Judiciário e indica que a legitimidade está ligada a uma ideia de valoração e aceitação social:

O conceito de legitimidade, na linguagem comum, possui um significado genérico e outro específico. No primeiro, a legitimidade tem aproximadamente, o sentido de justiça ou de racionalidade, todavia, é na linguagem política que aparece o significado específico, pois neste contexto o Estado é o ente a que mais se refere o conceito de legitimidade, pois se trata de consenso de valores, de aceitação de instruções, etc.

[...]

O problema da legitimidade está intrinsecamente associado ao conceito de democracia, pois este é o regime dos sistemas abertos, ou seja, daqueles que procuram garantir a manutenção das regras do jogo, a sobrevivência dos textos constitucionais, a impessoalidade, o rodízio do poder, e a ação dos diferentes grupos sociais, sem a eliminação das partes descontentes, e da maneira menos coercitiva possível. (CASTRO JUNIOR, 1998, p.22-24)

O autor questiona-se diretamente se há uma crise de legitimidade do Poder Judiciário e sua resposta é afirmativa: “Acreditamos que sim, pois há uma crise na qualidade do título do poder, ou seja, verificamos que o Poder Judiciário tem sido omissivo e ineficiente na compatibilização das suas atribuições constitucionais

(Arts. 92 a 126 da Constituição Federal)” (CASTRO JUNIOR, 1998, p.26). São apontados ainda omissão e ineficiência pelo Judiciário com os deveres e fundamentos da cidadania, dignidade e objetivos da República insculpidos na Constituição. Não havendo integração entre o exercício do poder e o elemento integrador da relação de poder haveria, assim, uma crise na sua legitimidade.

Percebe-se que a legitimidade do Judiciário é muito mais ligada à manutenção dos objetivos da Constituição que propriamente de sua composição ou forma de ingresso.

Acredita-se que a legitimidade não deve ser encarada como um problema nos regimes democráticos, deve ser a ele adequada, e ao “*demos*” submetida para que prevaleça a aceitação social dos valores que o Estado escolheu para fundar-se.

Seguindo esta mesma lógica, a legitimidade Judicial deve passar por um sentido de crença social na Instituição Judicial, como em pesquisa publicada pelo Prof. Joaquim Falcão (*online*), que demonstra ser o Judiciário a nona instituição de mais credibilidade, atrás de: forças armadas, escola, polícia federal, igreja católica, ministério público, imprensa, sindicato de trabalhadores e governo federal, contudo a frente de instituições como: Igreja evangélica, governo de estado, prefeitura, assembleias estaduais, senado, câmaras municipais, câmara dos deputados e enfim, dos partidos políticos.

O papel do Judiciário nas novas democracias situa-se no necessário equilíbrio institucional e manutenção dos valores soberanos nacionais: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, sempre que um destes valores ou que a ordem jurídica seja ameaçada. Implementa assim o sistema de “*checks and balances*” ao lado de um Executivo execucionista e um Legislativo legiferante.

Aqui se fala de uma democracia genuína, em que os participantes e afetados pelo Direito detêm a possibilidade de participar do debate acerca das normas que lhes irão incidir. Nesse sentido, Habermas afirma que:

Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originais; ao mesmo tempo, porém, ela deve sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstituir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexos existente entre formas de comunicação

que, ao emergirem, garantem a autonomia pública e a privada. (2003, p. 147)

O Judiciário legitimar-se-ia, assim, na sua atuação, enquanto garantidor de uma ordem tanto na esfera privada de autonomia, quanto em uma autonomia cidadã.

No Brasil, o povo é representado diretamente pelos Poderes Executivo e Legislativo, sendo estes representantes do povo eleitos pela via direta ou proporcional⁶. Já no Poder judiciário, a composição distancia-se da sociedade, e segue o modelo tradicionalmente utilizado desde a proclamação da república, onde os ministros – atualmente em número de 11 – são escolhidos entre os cidadãos com mais de 35 anos e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (BRASIL, Constituição de 1988, artigo 101). A nomeação é realizada pelo Presidente da República após sabatina pelo Senado Federal.

O processo de escolha dos ministros é um dos pontos mais criticados na estrutura do Judiciário brasileiro. À guisa de exemplo, em recente postagem em seu *blog*, em que discute sobre direitos fundamentais, o Juiz Federal George Marmelstein indica ser o processo de escolha dos ministros essencialmente de bastidores, o que gera (ou pode gerar) acordos e compromissos que impliquem o enfraquecimento da prestação jurisdicional em nome de favores políticos. Assim, o processo de escolha dos ministros seguiria a lógica da produção das salsichas e “é melhor não saber como são feitas”:

Tornar-se ministro do STF é relativamente fácil. Basta ser brasileiro nato, possuir entre 35 e 65 anos, notório saber jurídico, reputação ilibada e ter a sorte de cair nas graças do(a) Presidente da República. O notório saber jurídico e a reputação ilibada não possuem uma definição precisa, de modo que podem ser moldados ao gosto do freguês. A ausência de títulos acadêmicos ou a condenação em eventuais improbidades administrativas ou ações criminais não têm sido suficientes para descaracterizá-los. A indicação (essencialmente política), seguida da sabatina no Senado (meramente simbólica), tornam o potencial candidato inteiramente apto a ocupar o posto máximo do Judiciário brasileiro. Nesse jogo aleatório, às vezes surgem excelentes nomes, embora o oposto também possa ocorrer. (MARMELSTEIN, 2014, *online*).

Crítica contundente é realizada também por Gerson Marques:

⁶ A dependência direta deve ser entendida aqui com a ressalva que o modelo partidarista adotado no Brasil impõe, notadamente para as eleições no sistema proporcional. Como indica BOBBIO, Norberto. **Qual democracia?** “Dizer que o corpo eleitoral escolhe os seus representantes é dizer apenas metade da verdade”. (2009,p. 27).

A acessibilidade à cúpula do Judiciário depõe contra a democracia, pelas dificuldades apontadas. Num regime no qual a cúpula dos Poderes é eleita diretamente (Presidente da República, Senadores, Deputados Federais e Estaduais, Governadores, Prefeitos e Vereadores), mantém-se, contraditoriamente, o STF com “eleição” indireta, apesar de se lhe conferir competência para rever atos normativos e em geral de representantes do povo, portadores de mandato popular. (LIMA, 2009, p.117)

Como consequência do acesso e do alcance de seus julgamentos, Germana Belchior aponta um paradoxo no judiciário:

Outrossim, ao STF cabe analisar a constitucionalidade de atos normativos que são realizados por representantes do povo, detentores de mandato popular (eleição direta). Se o acesso ao Judiciário se dá, em regra, por concurso público, é um paradoxo o fato de os julgadores de cúpula do Judiciário, órgão guardião da constituição, serem escolhidos por critérios meramente políticos. (BELCHIOR, 2009, p.77)

Destarte o paradoxo apontado, entende-se que mesmo distanciado do ideal, o sistema de escolha dos ministros é melhor que o sistema eletivo. Sendo o substrato do Judiciário de caráter muito mais técnico, a escolha por votos não é o que trará legitimidade ao Judiciário.

Para exemplificar, verifica-se do modelo do país vizinho, a Venezuela, que o sistema judicial da mais alta corte tem seus representantes eleitos, conforme o texto constitucional:

Artículo 264. Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos o elegidas por un único período de doce años. La ley determinará el procedimiento de elección. En todo caso, podrán postularse candidatos o candidatas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual efectuará una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual hará la selección definitiva.

Los ciudadanos y ciudadanas podrán ejercer fundadamente objeciones a cualquiera de los postulados o postuladas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, o ante la Asamblea Nacional. (VENEZUELA, Constituição, artigo 264)

Na Bolívia, o regime também é eleitoral, contudo, o processo eleitoral não garante a lisura, honestidade e legitimidade do sistema judiciário, conforme se observa de notícia veiculada no Jornal O Estado de São Paulo, de 04 de Maio de 2013:

Na eleição judicial de 2011, a primeira da história, os votos nulos e em branco somaram 60%, mostrando o ceticismo do eleitor boliviano sobre o modelo. Apesar do fiasco, os candidatos eleitos foram confirmados, e foram esses os juizes que aceitaram o papel de avalistas da violação escancarada da Constituição que eles juraram respeitar. (O ESTADÃO, 2013, *online*).

Para conferir maior legitimidade defende-se então um protagonismo democrático também no Poder Judiciário, não sendo por via de voto, mas de acesso -publicidade, transparência, transmissão das sessões - e participação - audiências públicas, *amicus curiae*, pareceres, consultas, etc. Ponto de vista que é corroborado, em certa medida, com as ideias do prof. George Marmelstein que sustenta um dever de participação ou acesso também na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal:

A não-eletividade dos membros do Judiciário pode ser considerada, de certo modo, como uma virtude da atividade jurisdicional. Afinal, seria desastroso para o direito se as decisões judiciais fossem tomadas para agradar os eventuais eleitores dos juízes. [...]

Ao povo interessa e muito saber quem serão os membros do Poder Judiciário, sobretudo em uma realidade como a nossa, onde, em nome da “guarda da Constituição”, tem havido uma transferência do centro decisório de inúmeras questões sensíveis para os órgãos judiciais de cúpula.

A participação popular na escolha dos ministros não precisa ocorrer necessariamente pela via eleitoral. Aliás, talvez seja possível ampliar a participação popular nesse processo independentemente de qualquer mudança constitucional específica, embora também seja possível imaginar vários melhoramentos no sistema atual que precisariam de alteração na ordem constitucional.[...]

Porém, para além de mudanças constitucionais formais, é possível também imaginar algumas mudanças culturais que Poderiam ser implementadas desde já, sem a necessidade de qualquer emenda constitucional. Em primeiro lugar, seria preciso lançar luzes nesse processo de escolha, retirando-o da obscuridade que circunda os bastidores do Poder. Os nomes dos “indicáveis” devem vir à tona antes da indicação. Ou seja, o Executivo deveria, de algum modo, apresentar uma lista de possíveis candidatos ao público para que tais nomes possam ser submetidos a algum tipo de controle popular. Os candidatos convidados, a partir daí, participariam de debates em universidades, entrevistas em programas de televisão, visitas a instituições públicas e privadas, sempre no intuito de se apresentarem à população. Certamente, tal participação popular não seria capaz de gerar qualquer tipo de obrigação forte para o Executivo, que ainda teria a liberdade de indicar aquele que mais agrada ao governo. Porém, não há dúvida de que alguns constrangimentos podem surgir dessa abertura, o que será bastante saudável para a democracia. (MARMELSTEIN, 2014, *online*).

O controle do Judiciário é sugerido aqui, seja exercido pelo povo, real detentor do Poder político nas democracias. A instituição de três Poderes na esfera estatal implica a necessidade de controle. Não o fosse, ter-se-ia apenas um Poder, o que inevitavelmente leva ao despotismo. Como indica Muller, “é plausível ver nesse caso o papel do povo de outra maneira, como instância global da atribuição de legitimidade democrática. É neste sentido que são proferidas e prolatadas decisões judiciais “em nome do povo””. (MULLER, 2003, p.61).

Aliado à participação democrática, acredita-se que a legitimidade judicial pode ser melhor alcançada na medida que o Judiciário seja menos entendido como *Poder* e mais entendido como *função* judicial. O Poder corrompe por sua própria natureza, na verdade, este é um entendimento que estende-se às demais esferas (executiva e legislativa). Os Poderes, visto como Poderes e tomados como Poderes, tendem a gerar representantes sádicos e havidos pelas benesses advindas de seus títulos.

O que deve ser priorizado é sua condição de representante, delegado, servidor, agente político, e, neste sentir, que há um dever a ser prestado e uma contrapartida de tomada de contas e transparência.

A noção de dever perdeu-se em uma constante luta pela conquista de direitos e os deveres de cidadania estão cada vez mais subjugados em detrimento de muitos direitos de todas as pessoas. Sendo a democracia um sistema de autogoverno, cada cidadão deve incorporar para si um senso de dever no que lhe cabe neste autogoverno. Dever este que ultrapassa a barreira do voto, e consiste nos deveres de cidadania mais simples como os de limpeza e conservação da cidade, mas passa também pela fiscalização dos delegados ao exercício direto dos atos de poder. Para estes últimos, é essencial que o senso de dever e de coletividade permeie e motive o exercício de sua função.

Assim entende-se que mais adequada à ordem democrática seria a nomenclatura de função judicial, e não de Poder, o mesmo diga-se para as demais funções.

Esta divisão das funções judiciária, administrativa e legislativa devem ser entendidas como “setores” de exercício de uma instituição única que é o Estado.

Entre as formas de controle da função judicial, a mais recente – e polêmica – foi a Proposta de Emenda Constitucional nº33 (PEC nº33/2010), na qual sugere-se o controle do Judiciário, pelo Poder legislativo. Tecnicamente, a Emenda:

Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. (PEC nº33/2010, *online*, p.1).

Na exposição de motivos é possível verificar o receio com as posturas ativistas tomadas pelo Poder judiciário e como “solução” aponta a necessidade de

manifestação legislativa para que certos efeitos da decisão judicial sejam alcançados:

Não são poucos os exemplos a ilustrar o ativismo exacerbado no Brasil. Começemos pelo caso da fidelidade partidária, no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) ratificou o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) – contido em Resolução² - criando uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, em adição às enumeradas no art. 55, sem que houvesse qualquer menção expressa no texto constitucional relacionada à sanção por infidelidade partidária. Outro caso amplamente conhecido foi a extensão da vedação do nepotismo ao Poder Executivo e Legislativo, por meio de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso. (PEC nº33/2010, *online*, p.4).

Em um sistema eleitoral em que a filiação partidária é condição de elegibilidade e que, no mínimo, deveria existir identificação ideológica com o corpo partidário por parte do associado, e, no mais, há vedação ao nepotismo, como citados os casos na exposição de motivos, não eram, por si, condutas que deveriam liderar a atuação estatal, em qualquer das esferas? Pode-se denominar ativista-temerária uma posição que equilibra o senso moral do estado extremamente prejudicado?

E o controle deve retornar então ao Legislativo? Poder este que na própria exposição de motivos da PEC por ele proposta conta com deficiências reconhecidas? “Por óbvio, devemos reconhecer as deficiências do Poder Legislativo, que tem passado por várias crises de credibilidade.”(PEC 33/2010, *online*, p.4) Não parece ser a medida mais eficaz de controle do Poder.

Entende-se que o Poder Constituinte que levou à constituição de uma nova ordem política e jurídica permanece em estado de latência, mas, como informa Gilberto Bercovici, “a função constituinte é representativa” (BERCOVICI, 2013, p.138) e os Poderes Legislativo e Executivo não deram conta de, sozinhos realizarem a constituição materialmente no exercício desta função representativa.

O Supremo Tribunal Federal exerce um papel sociológico e político, além de jurídico, na condução das crises institucionais, que no Brasil, segundo o professor Gerson Marques, “vem se arrastando há anos” (LIMA, 2009, p.10). A atuação do Judiciário não pode se isentar de apreciar os anseios da sociedade, notadamente após expoentes emblemáticos como ocorreu no julgamento da Ação Penal nº 470 e

os inúmeros levantes populares⁷ que ocorreram no Brasil após o mês de Junho do ano de 2013.

No livro em que registra o dia a dia do julgamento da Ação Penal nº 430, o jornalista Merval Pereira constata:

A história demonstrou, afirmou em seu discurso, tanto em experiências liberais quanto em regimes autoritários, que Legislativo e Executivo não foram capazes, sozinhos, de assegurar adequadamente o respeito aos direitos que compõem o substrato mínimo, o propósito e a condição da democracia. “Se a função da Constituição é reger e limitar, em diferentes carizes, o funcionamento do jogo político, é de bom alvitre conferir a um órgão não composto de agentes politicamente eleitos a função de velar pela observância das normas constitucionais.”.(PEREIRA, 2013, p.257).

A observância das normas constitucionais deve ser priorizada nas democracias constitucionais modernas, e se seu alcance não foi possível através das esferas legislativas e executivas, que caiba ao Judiciário apreciá-las. Não sem participação ou fiscalização do povo, transparência, consultas, mas que o equilíbrio institucional seja buscado e os objetivos institucionais do Estado materializados.

Sendo o governo brasileiro democrático, a constituição um documento político que deve traduzir a vontade do povo, e o Supremo Tribunal Federal o detentor da “última palavra” (LINHARES, 2013, *passim*) enquanto intérprete da constituição e realizador dos preceitos desta última, questiona-se até onde a vontade do povo tem sido representada através destas manifestações do Supremo Tribunal Federal. Para isso necessariamente deve-se ter em conta o que é e quais os limites da atual postura ativista que vem assumindo o Supremo Tribunal Federal.

2.4 Ativismo, Judicialização e o STF no contexto democrático

O Judiciário, nos regimes democráticos, serve para reforçar a ideia de limitação de Poder, fortalecendo a relação de freios e contrapesos entre os Poderes instituídos. No Brasil, esta ideia é reforçada pelo declínio da confiança e representatividade dos Poderes Legislativo e Executivo e da reinvenção do Judiciário brasileiro nos últimos tempos:

⁷ Manifestações iniciadas com a revolta da população pelo aumento do preço nas passagens de ônibus e que eclodiram em manifestações sobre os mais diversos assuntos: Corrupção, Propostas de Emenda a Constituição (PEC's 33 e 37), superfaturação em licitações e obras, etc. Veja-se a repercussão em: <http://br.noticias.yahoo.com/manifesta%C3%A7%C3%B5es-brasil-ganham-destaque-imprensa-internacional-094507161.html>; <http://www.eleconomistaamerica.com.br/sociedadeAm-brasil/noticias/4924157/06/13/Saiba-tudo-sobre-a-onda-de-protestos-no-Pais-.html>, entre muitos outros.

Isso tem significado uma importante alteração da dinâmica de nosso arranjo institucional, se comparado a seu padrão histórico: ainda temos um Poder Executivo – o federal – protagonista e centralizador; o Legislativo – nos três níveis federativos – sofrendo constantes crises funcionais e déficits de confiança popular; mas o Supremo Tribunal Federal, antes uma instituição distante dos grandes temas políticos e sociais e acostumada a se submeter a Executivos hipertrofiados, alcançou, de forma gradual, máxime por meio do controle de constitucionalidade das leis, um patamar de relevância e autoridade político-normativa absolutamente inédito em sua história – a Corte tem sido capaz de exercer tanto o seu papel essencialmente contra majoritário, promovendo algum equilíbrio entre as forças políticas em disputa, como a função de avançar políticas favorecidas pelas coalizões majoritárias, mas que, em razão do caráter muito controvertido dos temas, esbarra em impasses (deadlocks) intransponíveis na arena legislativa. (CAMPOS, 2013, p.7882/7883)

O conflito é natural aos regimes democráticos, ou, como dizem Gilberto Bercovici e Martônio Lima (2013, *online*) “democracia é conflito”. O conflito ou a concorrência de ideias já eram previstos por Bobbio ao traçar as características do regime democrático, citado no terceiro aspecto característico do regime democrático, citado no item 2.1 deste trabalho, onde “chamamos de regime democrático o regime no qual não existe apenas uma classe política, mas duas ou mais em concorrência”. (BOBBIO, 2009, p.25)

Para a consolidação da democracia, portanto, é necessário que exista um Poder Judiciário forte, capaz de conter os impulsos ocasionais e os excessos dos demais Poderes que tendem a ser mais corruptíveis pela necessidade de captação de votos. Um Poder Judiciário forte resvala em um órgão de cúpula também fortalecido, que, sob o ímpeto de fazer valer a vontade da Constituição, conseqüentemente, do povo soberano que lhe atribui conteúdo, não pode se refutar em decidir qualquer causa, tampouco as que transcendem o universo jurídico para atingir as esferas sociais e políticas.

Além de Poderes instituídos fortalecidos é fundamental uma consciência democrática popular, em que cidadãos cientes de deveres e direitos fiscalizem a coisa pública e atuem no controle constante do bom funcionamento das instituições.

No caso brasileiro, a redemocratização, a facilitação do acesso à justiça (principalmente com a ampliação e fortalecimento das defensorias públicas e procuradorias), bem como o pluralismo reconhecido na constituição de 1988, implicaram em uma mudança de postura do Poder Judiciário, que passa a atender a uma sociedade cada vez mais ciente dos seus direitos constitucionalmente

reconhecidos. O pluralismo político resvala em um pluralismo jurídico, como apontam as lições do professor Wolkmer:

O novo pluralismo jurídico, de características participativas, é concebido a partir de uma redefinição da racionalidade e uma nova ética, pelo refluxo político e jurídico de novos sujeitos- os coletivos; de novas necessidades desejadas - os direitos construídos pelo processo histórico; e pela reordenação da sociedade civil – a descentralização normativa do centro para a periferia; do Estado para a Sociedade; da lei para os acordos, os arranjos, a negociação. E, portanto, a dinâmica interativa e flexível de um espaço público aberto, compartilhado e democrático. (WOLKMER, 2001, p.171)

Esta nova definição dos sujeitos da democracia é também identificada na obra de Antonio Maués:

No entanto, a adoção da representação como mecanismo democrático não se relacionava apenas ao aumento de escala da democracia, mas também a outras características das sociedades nas quais ela se constituía. Se, na época grega, assumia-se a homogeneidade e a identidade de interesse dos cidadãos, os pressupostos da democracia moderna são exatamente opostos, visto que os cidadãos tendem a mostrar uma maior diversidade em uma série de aspectos tais como condições econômicas, ocupação, crenças políticas e religiosas, identidade étnica e racial, os quais, como vimos na introdução, refletem-se na política pela existência do pluralismo e pela presença inescapável do conflito. (MAUÉS, 1999, p.81/82).

A reinvenção da democracia que inclui esta democracia mais ativa, mais consciente, culminou na necessária adaptação do Poder Judiciário que repensa sua neutralidade típica, passando a assumir uma conduta mais ativa e assistencial à sociedade. O que antes era mera aplicação da lei passa a ter uma função estruturante na concretização dos preceitos constitucionais.

O Judiciário assume, em várias oportunidades, seu papel como intermediador entre vontade do povo e de seus legisladores, na medida em que afasta a aplicação da lei ou ato normativo que esteja dissociada dos anseios do real titular do Poder Constituinte Originário. No sistema de freios e contrapesos aplicável ao Judiciário, somam-se, além das discussões sobre funções típicas e atípicas, máximas como a inafastabilidade da prestação jurisdicional, a materialidade e a concretude dos direitos previstos constitucionalmente. Instado a manifestar-se, cumpre seu papel constitucionalmente previsto de responder aos anseios que lhe são propostos.

A expansão da atuação judicial como consequência do alargamento dos sujeitos democráticos, do acesso à justiça e mesmo da inatividade dos demais

Poderes governamentais fez surgir o que a doutrina denomina de ativismo judicial, que pressupõe o exercício da atividade criativa do juiz na defesa e implementação dos direitos e garantia das liberdades. Não demorou que o fenômeno do ativismo judicial fosse intimamente relacionado com a judicialização da política e que estes temas fossem sempre trabalhados em paralelo, muitas vezes como sinônimos.

O ativismo judicial existe quando o juiz vale-se de sua criatividade e, munido no *animus* de concretização de um direito, eleva-se do grau de “dizer o direito” e passa então a exigir o “fazer o direito”. Toma posturas mais ativas na consecução do bem da vida pretendido, para que o proponente de uma demanda não se depare com a situação de ter um direito declarado em sentença judicial, mas não implementado no mundo dos fatos.

Sobre o judiciário ativo e criativo, Capelleti leciona:

Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um Judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um Judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos Poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de Poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas. (1999,p.107)

O Judiciário deixa sua posição de passividade, de atuação pura e simplesmente de dizer o direito consoante as proposições legislativas.

Exemplo de ativismo judicial esclarecedor foram as diversas fases que viveu o judiciário brasileiro com a Ação Constitucional do Mandado de Injunção, o que pode ser percebido no tratamento dispensado pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir sobre o direito de greve dos servidores públicos civis⁸.

⁸ No caso do direito de greve, há a previsão pelo constituinte originário consoante a combinação dos artigos 37, VII “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica” e art. 9º “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.”. Importa indicar que a redação do art. 37, VII teve sua redação alterada pela EC nº19/98, a emenda que convencionou-se chamar de reforma administrativa, pois previa-se inicialmente que o disciplinamento do direito deveria ocorrer por lei complementar.

O disciplinamento legislativo foi facilitado ao permitir-se tratar do direito de greve dos servidores civis não por lei complementar, mas por lei ordinária, e, ainda assim, o legislador restou silente desde a promulgação da constituição.

O Poder judiciário foi levado a manifestar-se várias vezes sobre o disciplinamento do direito previsto constitucionalmente, sempre reservando-se à conhecer a mora do legislativo, oficiando este último para que elaborassem a lei prevista, e ainda fixando prazo para sua elaboração, como no MI 107/DF.

Por outro lado, a judicialização da política ocorre quando esta atuação ativa e criativa do juiz ultrapassa a esfera judicial e atinge uma esfera que, segundo a distinção clássica entre funções típicas e atípicas, caberia aos entes tidos como politizados (Legislativo e Executivo). É o que ocorre, por exemplo, na implementação de alguma política pública, como as assistenciais e as de saúde. Segundo a definição de Nelson Matos:

A judicialização da política é um fenômeno bem mais abrangente, atingindo toda a atividade judicial, toda a atividade legislativa e executiva, levando inevitavelmente à indagação a respeito da validade e da utilidade atual do princípio da separação dos Poderes ou de qualquer das doutrinas de separação dos Poderes. (2009,p.170)

Na doutrina portuguesa, Antonio Henrique Gaspar diagnostica a jurisdicização do social e do político, atribuindo esta condição como consequência do novo paradigma democrático que produz uma sociedade fragmentada e produtora de novos conflitos:

O regresso do direito e, a par, do judicial transformaram as instituições judiciárias em actores de primeiro plano de regulação política.

A partir do julgamento dos mandados de Injunção 670, 708 e 712, no entanto, o STF reconhece uma nova fase, posteriormente denominada pela doutrina de fase concretista, em que reconhece ao Poder judiciário “sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória”. A postura ativista é bem evidenciada no informativo onde foram publicadas as decisões últimas citadas acima:

No MI 670/ES e no MI 708/DF prevaleceu o voto do Min. Gilmar Mendes. Nele, inicialmente, teceram-se considerações a respeito da questão da conformação constitucional do mandado de injunção no Direito Brasileiro e da evolução da interpretação que o Supremo lhe tem conferido. Ressaltou-se que a Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. Registrou-se, ademais, o quadro de omissão que se desenhou, não obstante as sucessivas decisões proferidas nos mandados de injunção. Entendeu-se que, diante disso, talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo. Aduziu-se, no ponto, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora “solução constitucionalmente obrigatória”. Saliu-se que a disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, no que tange às denominadas atividades essenciais, é especificamente delineada nos artigos 9 a 11 da Lei 7.783/89 e que, no caso de aplicação dessa legislação à hipótese do direito de greve dos servidores públicos, afigurar-se-ia inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro. Assim, tendo em conta que ao legislador não seria dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu-se a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional. STF. **Informativo nº 485**. 22 a 26 de Outubro de 2007. Disponível online em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo485.htm#Mandado de Injunção e Direito de Greve> – 7. Acesso em fev,17. 2014.

[...].

O movimento de jurisdicização do social e do político (proliferação e diversificação das regras de direito, regulamentação das práticas e do funcionamento dos partidos políticos, emergência da questão de direito como um dos eixos fundamentais – puros ou desviantes – do debate político) e a forte procura e exigências do social, com a crescente centralidade de questões sociais, têm transformado o sentido da democracia política em democracia jurídica, com o recurso à instituição judiciária para o tratamento de questões diversas e novas nos modos de abordagem tradicionais. A justiça surge cada vez mais envolvida no tratamento de problemas sociais e políticos, aparecendo como o último garante da legalidade e da democracia. (GASPAR, 2010, p.13)

Uma postura do Judiciário ativista ou com pronunciamentos políticos é resultado, então, como resposta aos anseios sociais, constituindo-se assim uma característica da democracia jurídica, que é decorrência lógica da democracia política.

O ativismo e a judicialização da política ganham proporções relevantes quando materializadas em ações de controle concentrado de constitucionalidade, visto serem estas revestidas de eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeitos vinculantes.

Sobre o efeito normativo da atividade hermenêutica dos tribunais, Kelsen indica em sua Teoria Pura:

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto e para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.

Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. E fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo - especialmente pelos tribunais de última instância. (1999, p.249/250).

Os efeitos “*erga omnes*” e “vinculante” já são utilizados de forma indistinta pelos aplicadores e doutrinadores do direito, assim como o uso das expressões

“caso fortuito e força maior” que são sempre utilizados de forma conjunta, de forma que os contornos que identificam um ou outro perdem força na doutrina.

Para fins deste trabalho e da elevação da importância das decisões judiciais revestidas de tais efeitos, entende-se necessário traçar o histórico do disposto no Art. 102§2º da Constituição, que foi inserido pela EC nº 03/1993, portanto, não traduz-se em disposição constitucional originária.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu texto originário, de 1980, previa uma ação de Representação Interpretativa, em que o Procurador Geral da República (PGR) submetia “ao Tribunal o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que este lhe fixe a interpretação” (STF, *online*, p.8). A ação previa que “Art.187. A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá **força vinculante** para todos os efeitos.” (STF, *online*, p.8)

Surge daí, embrionariamente, a ideia de força vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal, neste caso, aquelas que dispunham sobre a interpretação de ato normativo. Registre-se que o mesmo diploma legal, no que tange à Declaração de Inconstitucionalidade da lei, não previa tal efeito, assim dispondo o título VI, capítulo I;

Título VI
Da declaração de inconstitucionalidade e da Interpretação da Lei
Capítulo I

Da declaração de Inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo

169.[...]

175. Julgada procedente a representação e declarada a inconstitucionalidade total ou parcial de Constituição Estadual, de lei ou decreto federal ou estadual, de resolução de órgão judiciário ou legislativo, bem como de qualquer outro ato normativo federal ou estadual ou de autoridade da Administração direta ou indireta, **far-se-á comunicação à autoridade ou órgão responsável** pela expedição do ato normativo impugnado.

Parágrafo único. Se a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato estadual de fundar nos incisos VI e VII do art.10 da Constituição, a comunicação será feita, logo após a decisão, à autoridade interessada, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Presidente da República, para os efeitos do §2º do art. 11 da Constituição⁹.

Sem grifos no original.

Há uma tendência de efeitos legislativos nos posicionamentos assumidos pelo Supremo Tribunal Federal. É o caso das súmulas, das decisões em controle

⁹ À ocasião vigorava a Constituição Federal de 1967, com a redação conferida pela EC nº01/69. Os artigos 10 e 11 dispunham sobre a intervenção federal e suas hipóteses autorizativas.

concentrado, dos efeitos *erga omnes* conferidos nas ações de controle difuso, e, também, o caso das súmulas vinculantes.

Esta é uma outra consequência do acesso democrático e facilitado ao Poder Judiciário, que tenta por estes meios oferecer respostas aos 1.5 milhões de processos recebidos (1988-2012). (FGV, 2013, *online*).

O gigantismo estatal fez a linha demarcatória de atuação dos Poderes instituídos perderem o realce, a linha demarcatória precisa entre funções típicas e atípicas perdem força. Ao atuar na concretização de direitos o Judiciário exerce o mister que lhe foi conferido constitucionalmente, como propõe Nanci de Melo Silva:

Não pode o Poder Judiciário declinar de sua competência de, com exclusividade, realizar os preceitos constitucionais e quedar-se à espera da legislação oriunda do Congresso Nacional ou do Executivo, especialmente por medidas provisórias, como se fosse um Poder secundário. Como Poder político, também deve atender às necessidades da sociedade pela interpretação da Constituição e sua aplicação no exame do caso concreto. Então estará atuando como legislador positivo, atuação inerente à sua função jurisdicional, condizente com sua função precípua de um dos Poderes políticos da nação (SILVA, p.173/174).

O Judiciário, portanto, atuando de forma protagônica, mas respeitados os princípios processuais, inclusive a inércia inerente às lides judiciais, atua de uma forma nova, como novidade que é, por vezes se mostra incômoda, mas atua dentro dos limites traçados pela Constituição. Acredita-se que há mais clamor na doutrina sobre o ativismo judicial, do que propriamente a atuação do Supremo Tribunal Federal oferte inovações inesperadas.

O ativismo seria, neste sentido, consequência da abertura democrática do Estado de Direito brasileiro e atua como respostas aos vácuos existentes no direito. Por outro lado, esta nova abertura democrática não deve formar apenas cidadãos demandantes de “direitos”. A democracia moderna impõe aos que dela participem de uma identidade cívica que alcance, inclusive, o controle sobre os Poderes políticos instituídos pelo Estado.

Em anterior publicação, construiu-se uma doutrina sobre um novo modelo de cidadania, facilitada pela pressão exercida pela consciência ambiental, modelo este em que sugere-se aproximar a sociedade pluralista aos processos de Poder, privilegiando o processo argumentativo:

Ressaltemos que a direitos correspondem deveres, como a redação da Constituição Federal prudentemente nos faz recordar. O cidadão, de fato, tem direito ao desfrute de um meio adequado. Por outro lado, e de forma

correlata, tem o dever de colaborar nesse sentido e exercer condutas que possibilitem essa higidez. Nesse passo, desponta a necessidade de edificar-se uma nova cidadania, orientada pelos valores participação, responsabilidade e solidariedade social, os quais precisam ser revisitados. (AMARAL e GOMES, 2012, p.179).

A sociedade carece de modelos e referências mas não pode transferir toda a responsabilidade institucional ao Poder Judiciário. Deve-se assumir a condição de cidadão também para o exercício de deveres, dentre os quais, no Estado democrático, está o de fiscal da democracia.

Cabendo ao Judiciário ser expressão do Poder constituinte e, este último de titularidade democrática, não pode o povo apático esperar que o Supremo Tribunal Federal ou qualquer órgão político se substitua à vontade popular e assim diga o que a sociedade quer.

O Poder Judiciário deve ser limitado, sim. Concorde-se com esta ideia. Mas a limitação deverá advir do próprio titular do Poder constituinte, que deve participar, de acordo com os meios institucionais disponíveis, dos processos de tomada de decisão que tenham efeito vinculante e eficácia contra todos. Deve ser atento aos processos de tomada de decisão, deve manifestar a insatisfação com medidas que não os representa, e assim fortalecer os laços democráticos.

Como auxiliares do povo na defesa de seus interesses pelo Poder Judiciário conta ainda o regime democrático com a atuação das procuradorias e defensorias públicas, que ampliam o rol de assistência, educação e consciência jurídica aos cidadãos, são içados à condição de funções essenciais à justiça pela Constituição de 1988 e não guardam submissão aos Poderes políticos instituídos. Atuam como auxiliares às instituições e ao detentor do Poder político como verdadeiros fiscais do regime democrático de direito.

Assim como o Judiciário assume um novo papel na nova compleição do Estado democrático, há um novo momento social de busca de identificação cidadã e anseio por demandas coletivas que faz assumir um papel vital as instituições que auxiliam o Judiciário neste sentido ensina Werneck Vianna (e outros):

Dessas múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva à dos partidos e à das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à Justiça (VIANNA, *et al*, 1999. p.22).

A conformação deste novo momento judicial ao Estado moderno demanda certos ajustes operacionais, que necessariamente passam pela inserção do cidadão nos processos judiciais, como forma de controle.

Os procedimentos judiciais, tal como se apresentam tradicionalmente estruturados, para dar soluções efetivas a conflitos que não são apenas interindividuais, hão de sofrer profundas alterações em institutos basilares, como o da legitimidade de agir e da coisa julgada, para dar conta satisfatoriamente da solução de conflitos sociais. Esses procedimentos são instaurados por ações coletivas, como a ação popular e a ação civil pública, que funcionam como verdadeiros instrumentos processuais de participação política, a permitirem aos cidadãos o exercício da cidadania ativa, na medida em que viabilizam uma participação pluralística dos representantes dos mais diversos segmentos da sociedade, com a interpretação jurídica que lhes parece correta, inclusive do texto constitucional, formando o que o constitucionalista alemão Peter Habermas (1975) chamou de "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição". (GUERRA FILHO, 1997. p.80).

É com o substrato teórico da ideia da sociedade aberta de intérpretes, que defende-se a pluralização também no Judiciário, ideia que será bem discutida no item 4 deste estudo, reflexo de um pluralismo político que ingressa na Ordem Jurídica constitucional com a Carta de 1988. É um pluralismo que foi conquistado ao longo do tempo tanto na seara política quanto jurídica. Na esfera jurídica, a história do controle concentrado no STF reflete a ascensão democrática na Corte Constitucional brasileira, histórico e situação aos quais dedicam-se o capítulo seguinte.

3 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF

No capítulo anterior tratou-se da função jurisdicional como instrumental para a concretização de uma democracia plural, pluralidade que transcende o campo político e que resvala no Judiciário, principalmente ao exigir da função judicial posturas mais ativistas e de conteúdo político (judicialização da política).

Estas manifestações judiciais são consequência de uma adaptação do Poder Judiciário nos regimes democráticos modernos, nos Estados democrático-constitucionais, com os quais, apesar das críticas quanto a atribuição de legitimidade ao Poder Judiciário, este último guarda uma relação de compatibilidade. Entende-se que, tanto mais legítima será a função judicial, quanto democráticos e plurais sejam os seus pronunciamentos e o debate para a escolha de seus ministros.

Tratou-se ainda de posicionamentos jurídicos que ganham características normativistas por ter eficácia geral e efeito contra todos (*erga omnes*), e que esta é uma tendência nos pronunciamentos judiciais da Corte Constitucional brasileira, como é o caso súmulas, das decisões em controle concentrado, dos efeitos *erga omnes* conferidos nas ações de controle difuso, e, também, o caso das súmulas vinculantes.

Em grande medida, o fomentador desta tendência de efeitos legislativos nos pronunciamentos judiciais foi o STF, ao decidir causas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, já que a própria Constituição garante a estes pronunciamentos efeitos gerais e eficácia contra todos, conforme art. 102§3º CRFBR.

Para chegar ao entendimento de como, procedimentalmente, deve haver uma maior pluralização do Judiciário em sede de controle concentrado, mister se faz entender a própria existência e funcionamento das ações em controle concentrado no STF, passando por uma abordagem histórica do próprio STF e do exercício do controle concentrado de constitucionalidade, assuntos dos quais cuida o presente capítulo.

3.1 O Controle Concentrado de Constitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal

O Controle de Constitucionalidade das leis tem por finalidade a manutenção da integridade e autoridade dos textos constitucionais e, conforme os ensinamentos de Paulo Bonavides, é uma consequência das constituições rígidas:

As constituições rígidas, sendo constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos, etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos. (BONAVIDES, 2010, p.296)

Como documento máximo de organização Estatal, não se pode extirpar da Constituição seu caráter político, sobretudo quando delega ao seu guardião constitucional resolver questões de inconstitucionalidade dos demais atos legislativos. Esta, contudo, não é uma conclusão pacífica na doutrina. Sobre a consciência de que a atribuição política parcial ao Poder Judiciário não seria bem recebida em solo brasileiro, assim escreveu Aliomar Baleeiro:

Porque, - por mais escandaloso que possa parecer a olhos e ouvidos brasileiros, - os constitucionalistas e historiadores admitem sem pestanejar que a orientação da Corte, cedo ou tarde, tem agulha magnética para o norte do partido vencedor e que, em média, governa por ciclos de 12 a 16 anos. (BALEIRO, 1968, p.43)

E segue, citando Claudius Johnson:

Isso não é chocante. Dificilmente poderia ser de outro modo. Enquanto a Corte Suprema decidir questões de alta política (como ela faz por meio do poder de declarar a inconstitucionalidade das leis), os partidos e os interesses no poder procurarão controlá-la e eventualmente a controlarão. Um homem inteligente não fica de cabelos arrepiados quando descobre que a Suprema Corte reflete o tom geral e o espírito dominante no poder político. (BALEIRO, 1968, p.43)

Atuando como representante dos interesses necessários à estabilidade do Estado Democrático de Direito e preservando a finalidade constitucional, a atuação na esfera política do Poder Judiciário não macula o sistema judicial. É uma decorrência lógica do sistema: A constituição é um documento político, e quem responde pela sua guarda inevitavelmente aborda a tez política de seu conteúdo.

Aparentemente, o ressentimento em conferir “poderes” a qualquer dos Poderes da República justifica-se pela história brasileira, em que cada sistema totalitário, seja varguista ou militar, ou mesmo quando da instituição do Poder Moderador, ainda no Brasil Império, um dos Poderes usurpou tanto do poder de Estado que eliminou temporariamente o outro, mas este não é o caso ao resolver questões políticas.

Muito contrariamente, ao defender o texto constitucional e tentar equilibrar o sistema constitucional mantendo na ordem jurídica apenas as leis tidas como compatíveis, ao Judiciário cabe a árdua tarefa de equilibrar os sistemas, sempre tendo em vista a constitucionalidade dos atos praticados pelos demais Poderes. Outra não é a lição de Baleeiro:

Cúpula de todos eles, o Supremo carrega por precípua missão a de fazer prevalescer a filosofia política da Constituição Federal sobre todos os desvios em que o Congresso e o presidente da República, Estados, Municípios e particulares se tresmalhem, quer por leis sancionadas ou promulgadas, quer pela execução delas ou pelos atos naquela área indefinida do discricionarismo facultado, dentro de certos limites, a ambos aqueles Podêres. O traçado desses limites, quer quanto ao legislador quer quanto ao executor, nunca foi, não é, nem será nunca uma linha firme, clara e inconfundível. Há uma terra de ninguém nesta faixa fronteira. (1968,p.63)

A competência de preservar a integridade do sistema jurídico não compete apenas ao STF enquanto instância judicial. Ao tratar da medida judicial de controle de constitucionalidade é necessário entender que neste momento a norma inconstitucional “escapou” aos demais Poderes. Seja do controle político e preventivo exercido pelo Poder Executivo (quando da propositura, ou ainda na sanção), seja pelo controle preventivo realizado pelo Legislativo, notadamente nas comissões de constituição e justiça, que também avaliam, entre outros aspectos legais, a constitucionalidade das leis. O controle exercido pelo Judiciário é assim tido como repressivo, ou seja, a norma já existe no mundo dos fatos.

A única forma admissível de o Judiciário manifestar-se pela inconstitucionalidade de norma antes de sua promulgação e publicação é conferindo legitimidade de impugnação, pelo parlamentar, de norma que em seu processo de elaboração não teve observado o devido processo legal. Este entendimento já foi objeto de pronunciamento pelo STF no MS 32033 – DF, de 2013, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE.

1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não.

2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança.

3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico.

4. Mandado de segurança indeferido. (STF, 2013, MS 32033-DF).

Seja em fundamentação teórica, seja pela origem histórica, o controle de constitucionalidade das leis, exercido de forma repressiva, ainda é estudado através da dicotomia: controle concentrado e controle difuso das normas jurídicas.

O controle concentrado de constitucionalidade é considerado um legado da constituição austríaca, conforme leciona Gilmar Mendes (2013, p.1008):

O controle concentrado de constitucionalidade (austríaco ou europeu) defere a atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional. O controle de constitucionalidade concentrado tem ampla variedade de organização, podendo a própria Corte Constitucional ser composta por membros vitalícios ou por membros detentores de mandato, em geral, com prazo bastante alargado.

Referido modelo adota as ações individuais para a defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições,

como a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austríaco. Especialmente a Emenda Constitucional de 7-12-1929 introduziu mudanças substanciais no modelo de controle de constitucionalidade formulado na Constituição austríaca de 1920.

O modelo de controle difuso de constitucionalidade é tido como o modelo precursor; é creditado ao direito norte americano, e consiste, consoante os ensinamentos de Paulo Bonavides, em uma das grandes contribuições da América à Ciência Política:

O controle jurisdicional nasceu nos Estados Unidos, sendo fruto de uma feliz reflexão acerca da supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias. Reputou Grant o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis “uma contribuição das Américas à ciência política”, conforme lembra Capelletti. Contribuição a nosso ver tão importante quanto a do federalismo e do sistema presidencial do governo, formas políticas também desconhecidas até o advento do sistema republicano nos Estados Unidos.

A possibilidade de um controle jurisdicional permanecia contudo pálida e remotamente representada na Constituição federal dos Estados Unidos, de 1787, em seu art. VI, cláusula segunda que dispunha: Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos que se fizessem para aplica-las serão a lei suprema do país; e os juízes em cada Estado e a ela se vincularão(…)” ou no teor do art. III, Seção 2, §1º, que rezava: “ O poder judiciário se estende a todas as causas, de direito ou de equidade, que terão sua fonte nesta Constituição, ou mais nas leis dos Estados Unidos e nos tratados celebrados debaixo de sua autoridade”.

É de presumir que os constituintes de Filadélfia tivessem já presente ao espírito a necessidade de estabelecer um sistema de controle que fizesse as leis ordinárias sempre conformes à Constituição basta que se atente no lugar seguinte do *Federalista* onde Hamilton parece inculcar a conveniência desse controle. Senão vejamos: “Por uma constituição limitativa, eu entendo aquela que contém certas exceções específicas à autoridade legislativa, como por exemplo as de que não aprovarão *bills of attainder* nem leis *ex post facto* ou outras semelhantes. Tais limitações na prática somente poderão ser preservadas por via dos tribunais, cuja obrigação deve ser a de declarar nulos todos os atos contrários ao teor manifesto (*manifest tenor*) da Constituição. Sem isto todas as reservas de direitos particulares ou privilégios se reduziram a nada.” (BONAVIDES, 2010, p.305/306)

O expoente da teoria norte americana se materializou no julgamento do caso “*Marbury x Madison*”, oportunidade na qual foi constituída a tese de superioridade das constituições às leis, ou que “a Constituição controla todo ato legislativo que a contrarie, [...] e é dever do Poder Judiciário declarar o Direito”. (BONAVIDES, 2010, p.307).

Os modelos estatais recentes e as exigências das novas democracias geraram um modelo de controle que agrega características do modelo europeu e norte-americano, dando origem assim aos modelos mistos que consistem em:

[...] o controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula- Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes desse modelo misto sejam o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva), da competência do Supremo Tribunal Federal. (MENDES, 2013, 1109)

A despeito de utilizar-se de um sistema misto, a história constitucional-republicana do Brasil teve muita influência no direito norte americano.

A instituição de uma corte constitucional contou, inclusive, com acurado estudo sobre a Corte Suprema dos Estados Unidos, estudo este encomendado por Pedro II à Salvador Mendonça, que em Maio de 1889 partiu para viagem oficial aos Estados Unidos da América (BALEEIRO, 1968, p.19).

Sobre o mesmo episódio escreve Leda Boechat Rodrigues (1991, p. 1):

Em julho de 1889, indo Salvador de Mendonça, acompanhado de Lafayette Rodrigues Pereira, despedir-se de D. Pedro II, a fim de cumprir missão oficial nos Estados Unidos, ouviu do Imperador as seguintes palavras: “Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem toda atenção a este ponto”.

Desde 1828, contudo, antes da missão de Salvador Mendonça aos Estados Unidos, a história do Brasil aponta para a existência de um Supremo Tribunal de Justiça¹⁰, composto por 17 juízes (tirados das Relações por suas antiguidades) e que funcionava fundamentalmente como Tribunal de recursos (ou revistas), decidindo também sobre o conflito de jurisdição das relações (BRASIL, LEI

¹⁰BRASIL. **Constituição de 1824**. Art. 163: Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir. Disponível online em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>, acesso em 13 Jan 2014.

DE 18 DE SETEMBRO DE 1828, *online*), um Tribunal de competência limitada e que contava com previsão constitucional na Constituição de 1824.

O Supremo Tribunal de Justiça, instituído pela Constituição imperialista de 1824 manteve-se existente até 27 de Fevereiro de 1891. A existência do Poder Moderador, a sujeição ao Poder Executivo e à Corte portuguesa não permitem atribuir a este tribunal as origens do atual STF.

O Supremo Tribunal Federal, sob esta denominação, foi instituído no Brasil com o Decreto nº 848 de 11 de Outubro de 1890, tão logo foi proclamada a República em terras brasileiras, antes mesmo da constituição republicana de 1891.

O Decreto nº 848/90 organizou a Justiça Federal na ordem jurídica brasileira, e, naquela oportunidade, o STF compunha a estrutura daquela Justiça Federal (BRASIL. DECRETO 848/90, *online*).

Hoje o STF possui superioridade hierárquica sobre todos os tribunais no organograma do Judiciário, sem compor, contudo, qualquer das justiças especializadas.

Proclamada a República, a Constituição promulgada em 24 de Fevereiro de 1891, copiando em grande parte o sistema americano de governo, copiou também em certos pontos a Corte Suprema do Estados Unidos e outorgou expressamente ao Supremo Tribunal Federal o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis. (RODRIGUES, 1991, p.1)

A Constituição republicana de 1891 foi elaborada com nítida inspiração norte americana, como indica Aliomar Baleeiro:

Todavia, desde muitas décadas, as instituições norte americanas, talvez por via indireta através de estudos franceses, como os de LABOULAYE e de BOUTMY penetravam na parte culta da *intelligentzia* brasileira. O Federalista, Bíblia da Constituição americana por três de seus autores – MADISON, HAMILTON e JAY-fôra traduzida no Brasil desde 1840. TAVARES BASTOS e RUI afastavam-se do parlamentarismo britânico em direção ao presidencialismo norte americano, que indiretamente encontrava apoio da impressionante penetração do positivismo infenso aos regimes parlamentares e liberais. (1968, p. 19).

Todos os destaques constam do original.

O Tribunal nasce com inspirações democráticas em que a organização do poder nos Estados Unidos da América serve como parâmetro para equilíbrio de poder e das instituições, deixando claro que, instituído como limitador dos poderes essencialmente políticos, o Tribunal de ponta do Poder Judiciário não pode abster-

se de um sentido político. Sobre a manutenção do equilíbrio dos Poderes pelo STF assim escreve Baleeiro:

[...] De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto, na elevada esfera de sua atividade, para interpor a benéfica influência de seu caráter decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros Podêres, assegurando ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos do cidadão...Ao influxo de sua real soberania se desfazem os erros legislativos, e são entregues à severidade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo".(BALEIRO, 1968,p.20)

As mesmas lições são extraídas das letras de Leda Boechat:

E nos publicistas da época encontraram-se repetidas referências à função política do Tribunal, como Supremo Intérprete da Constituição. Se coube a Rui Barbosa sustentar pela primeira vez no foro brasileiro, em 1893, o direito dos tribunais examinarem a constitucionalidade das leis e dos atos administrativos e negar-lhes execução, a rapidez com que a semente por ele lançada germinou e juizes e tribunais passaram a aplicar "a novidade de um regime inteiramente sem passado entre nós", mostra que o terreno estava preparado para recebe-la e fazê-la crescer e frutificar. (1991, p.2)

Nascia assim a função tão comumente tida como precípua ao STF de "Guardião da Constituição". O alcance representativo desta expressão "guardião da constituição" guarda em si uma série de pressupostos necessários ao seu entendimento. O primeiro deles é o que se tem por constituição que é o documento jurídico e político máximo em determinada comunidade, que materializa os maiores interesses daquele corpo social, conferindo unidade àquele grupamento, sendo dotada de superioridade material e formal em relação aos demais instrumentos legislativos.

Uma outra noção necessária é de que a proteção a este documento deve ser oponível a todos: particulares e poder público, tendo em vista sua relevância para a formação e bom desenvolvimento do Estado. A guarda da Constituição pressupõe ainda o exame de compatibilidade das leis infraconstitucionais com esta norma jurídica máxima, visando a unidade do sistema jurídico.

Enquanto guardião da Constituição, a Corte funciona também como freio aos desvarios das demais funções estatais, conforme ensina Baleeiro:

Os colonos americanos formaram o espírito debaixo da supremacia do Legislativo, ou melhor, da Câmara dos Lordes, depois da "gloriosa revolução" de 1688. Entretanto, odiavam o parlamento Inglês mais do que a Jorge III, porque o responsabilizavam pelas opressões causadoras da guerra da independência. Já vimos que a corte suprema foi concebida à maneira de freio e amortecedor dos previstos desvarios do Congresso, função que ela não logrou exercer no primeiro decênio.

Marshall tornou efetivo esse controle fundamentalmente político, - a revisão judicial das leis,- aproveitando-se do fato de MADISON, ministro de Jefferson, ter negado exercício a um certo WILLIAM MARBURY (1968, p.35/36).

Enquanto instituição Estatal, o STF não esteve isento às instabilidades político-institucionais pelos tormentosos altos e baixos da história brasileira, o que levou Oswaldo Trigueiro a escrever no período ditatorial militar que:

No momento o Brasil vive o papel de nação subdesenvolvida e o amontoado de leis inconstitucionais atestam que não descobrimos o caminho da estabilidade político-social e econômica. (1976, p. 152)

Contudo, mesmo nos quadros de instabilidade ao STF coube a guarda de direitos e o equilíbrio entre os Poderes:

O papel do Supremo Tribunal Federal tem grande relevância política, particularmente no que se refere à solução dos eventuais conflitos entre os poderes entre a União e os Estados, e bem assim no pertinente à proteção dos direitos fundamentais. Mas o retorno à plena normalidade institucional não depende dele. Esse retorno está condicionado a fatores outros, entre os quais podem ser apontados a tradição da legalidade, as conveniências derivadas das relações internacionais, a pressão dos Partidos, a manifestação do sufrágio popular. A presença do Supremo Tribunal Federal é importante do ponto de vista moral, mas não é decisiva para alterar o rumo dos acontecimentos políticos. (TRIGUEIRO, 1976, p.161).

A estabilidade mencionada foi resgatada em certa medida com a redemocratização do Estado e a promulgação da Constituição de 1988, contudo, o “amontoado” de leis inconstitucionais ainda é uma verdade existente nos dias atuais.

Importa mencionar que, instigado pelo espírito que o constituiu, ao STF sempre coube o papel institucional de tez política, desde sua instituição, não devendo pois ser tida como espantosa uma postura política dos seus pronunciamentos.

Cabe então ao STF garantir à Constituição estabilidade e rigidez, atuando em sede de controle concentrado, controle este que reconhece à Constituição uma “superlegalidade” (BONAVIDES, 2010, p.296) frente as demais leis.

No tópico seguinte, os procedimentos para exercício desta função de controle de constitucionalidade na sua modalidade concentrada serão detalhados, com especial destaque para legitimados, procedimentos e efeitos das Ações por excelência em controle concentrado: Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental (ADPF). Por guardar mais proximidade com a manutenção do pacto federativo, e só por via mediata de declaração de inconstitucionalidade, optou-se por não tratar, neste estudo da ADI Interventiva, da qual trata o art. 34 da Constituição Federal de 1988.

3.1.1 Procedimentos em Controle Concentrado no STF

A redemocratização do Estado marcada pela promulgação da Constituição de 1988 ampliou o rol de direitos tidos como fundamentais, as garantias do cidadão frente ao Estado e mesmo do Estado conta o próprio Estado. Ampliou ainda as garantias tidas como instrumentais, capazes de tornarem efetivas as previsões de direitos dispostas na própria Constituição. Contou ainda como influência para ilidir a ideia de normas programáticas vazias de aplicabilidade prática, sobretudo quando informa, no Art.5º: “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Para garantir a realização do novo Ordenamento Jurídico, a Carta de 1988 ampliou consideravelmente os meios de acesso à Justiça fortalecendo instituições como Defensorias, Procuradorias e reconhecendo à própria função de advogado como essencial à administração da justiça. Além de fortalecer os sujeitos, fortaleceu o plano operacional da atividade jurisdicional, estabelecendo princípios processuais e tipificando ações constitucionais para a defesa de direitos, dentre as quais destacam-se as ações de controle concentrado de constitucionalidade: ADC, ADI, ADO e ADPF, tendo esta última ingressado no Ordenamento mais tardiamente.

A quantidade de ações, os legitimados e a esfera de direitos resguardados foram todos consideravelmente ampliados para garantir a aplicabilidade prática do texto constitucional.

A Ordem Jurídica anterior previa embrionariamente a “Declaração de Inconstitucionalidade de Lei ou ato Normativo”, de legitimidade restrita ao Procurador Geral da República e, de manifestação incidental, dependendo a eficácia geral de deliberação do órgão legislativo, ao exemplo do Art.52, X da Constituição atual. Assim dispunha:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:
I - processar e julgar originariamente;
[...]

l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; [...] (BRASIL, Constituição de 1967 c/c EC nº1/69, online)

E continuava, delegando ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal a sua regulação:

Art. 120. O Supremo Tribunal Federal funcionará em plenário ou dividido em turmas.

Parágrafo único. O regimento interno estabelecerá:

- a) a competência do plenário, além dos casos previstos nas alíneas a , b , c , d , i , j e l , do item I do artigo 119, que lhe são privativos;
- b) a composição e a competência das turmas;
- c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso; e
- d) a competência de seu Presidente para conceder exequatur a cartas rogatórias de tribunais estrangeiros. (BRASIL, Constituição de 1967 c/c EC nº1/69, *online*)

No regimento interno, a previsão contava dos arts. 169 a 178 e previa a arguição de inconstitucionalidade, de declaração incidental, recaindo sobre lei federal ou estadual, para qual não se admitia desistência, com possibilidade de manifestação cautelar, com informações prestadas pelo órgão expedidor da norma, e com o Procurador Geral da República(PGR) atuando como legitimado e parecerista.

Ao final, caberia ao STF oferecer o encaminhamento da decisão para o órgão legislativo competente, bem como ao Senado Federal:

Art. 178: Declarada, Incidentalmente, a Inconstitucionalidade na forma prevista nos Arts. 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42,VII da Constituição¹¹.(STF. Regimento Interno, 1980. DJ nº 205, p.8665-8677, Brasília: 27 de Outubro de 1980.)

Esta forma embrionária foi adaptada na atual ordem democrática inaugurada com a Constituição de 1988, com a considerável ampliação do rol de ações constitucionais, que hoje consistem nas seguintes, conforme as lições de Teresa Arruda Wambier:

Na ordem jurídica brasileira instituída pela CF/1988, há previsão das seguintes ações constitucionais: habeas corpus, habeas data, mandado de segurança (individual e coletivo), mandado de injunção, ação popular, ação

¹¹ Assim dispunha o Art.42, VII da CF1967 c/c EC nº1/69: Art. 42. Compete privativamente ao Senado Federal: VII - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

direta de inconstitucionalidade, ação direta de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação civil pública. (WAMBIER, 2013, p. 20)

As ações de controle difuso já são, a seu modo, tidas como democráticas, dada a facilitação de acesso à Justiça e a ampliação das funções, do acesso e do atendimento pelas Defensorias Públicas, Advocacias Públicas, e Procuradorias. Podem ser potencializadas as ações coletivas, ações populares e ações civis públicas com a conscientização dos cidadãos pela sua existência e possibilidade, mas o acesso lhes é facilitado.

Quanto aos efeitos, apesar de tendências cada vez mais abstrativistas, as ações de controle difuso, por definição, têm efeitos concretos e entre as partes envolvidas, apesar de atingirem toda a comunidade, em certos casos.

Ao falar da necessidade de democratização do Judiciário, optou-se neste estudo por tratar das demandas de controle abstrato de constitucionalidade, de verdadeiros efeitos normativos, que possuem oponibilidade contra todos e efeito geral. Nas ações de controle concentrado a lei é o objeto geral, e a pluralização dos que discutem a validade da lei é necessária para manutenção do princípio democrático.

Assim, optou-se por tratar das ações que configurem exercício do controle de constitucionalidade por via de ação, ou controle concentrado:

O controle de constitucionalidade por ação (pela via principal), concentrado e abstrato, em nosso sistema, pode ser invocado através dos seguintes remédios constitucionais: ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade – abrangendo a ADIN Genérica (Art. 102, I, “a”, CF), a ADIN por omissão (art. 103, §2º, CF) e a ADIN Interventiva (art.36, II, CF) – ADC ou ADECON- Ação Declaratória de Constitucionalidade (Art. 102, I, “a”, CF, através da Emenda Constitucional nº3/93) e ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Art. 102§ 1º, CF). (DIDIER, Jr., BRAGA, OLIVEIRA, 2013, p.461/462)

Devido a produção de efeitos e conteúdo próximo ao normativo, a democratização do Poder Judiciário apregoada neste trabalho utilizará como referências as ações de controle acima numeradas, restando excluída a ADI Interventiva. Explica-se: A ADI Interventiva tem como ponto principal a manutenção do pacto federativo e só mediatamente a manutenção do pacto democrático, sendo este último o principal objeto desta pesquisa.

A ADI Interventiva tem cabimento quando há ofensa aos princípios constitucionais sensíveis elencados no Art. 34, VII da Constituição Federal de 1988, iniciada por representação do Procurador Geral da República. Trata-se de um descumprimento de dever constitucional por unidade-membro do pacto federativo.

Por distanciar-se do objeto principal do trabalho, que é a manutenção da democracia e a pluralidade de sujeitos envolvidos nos pronunciamentos do STF com eficácia contra todos e oponibilidade geral, optou-se por adotar como corte epistemológico as demais ações de controle concentrado, sobre as quais se detalhará em processo e procedimento nos itens a seguir.

a) Ação Direta de Inconstitucionalidade –ADI

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), ou ADI genérica é a evolução da representação de inconstitucionalidade privativa do PGR existente na Ordem Jurídica anterior. É disciplinada normativamente pela Constituição Federal, Regimento Interno do STF e Lei Federal nº 9868 de 1999.

As normas jurídicas gozam de uma presunção – relativa – de constitucionalidade. A intenção do proponente da ADI é ver declarada a incompatibilidade daquela norma com a ordem constitucional e, conseqüentemente, invalidá-la. Funciona como instrumento de equilíbrio normativo, fazendo permanecer na pirâmide normativa somente as normas compatíveis com o topo.

a.1) Objeto

Caberá Ação Direta de Inconstitucionalidade para impugnação de Lei ou ato normativo federal ou estadual (Art. 102, I, “a”, da Constituição Federal de 1988), considerados pelo proponente como ofensivo à Constituição.

Trata-se de processo objetivo, onde qualificam-se as partes por um critério eminentemente formal, tendo em vista não existirem, necessariamente, defesa de direitos opostos. Sobre o processo objetivo que caracteriza a ADI e ADC, assim escreve Fredie Didier:

Doutrina e Jurisprudência já firmaram o entendimento de que a propositura de ADIN ou ADC leva à instauração de um processo iminentemente objetivo, porquanto despido de qualquer carga de subjetividade. Sim, trata-se de processo destituído de partes em litígio; não conta com a presença de lide, contendores, tampouco de interesses intersubjetivos em choque. Não

cuida de um julgamento de um caso concreto, mas, sim, da constitucionalidade da lei em tese, de uma relação de validade das normas. No processo objetivo não subsiste o contraditório clássico – com partes atuando em defesa de interesses contrapostos. (DIDIER, BRAGA; RAFAEL, 2013, p. 462/463)

Para a correta autuação e processamento, são cadastradas partes requerente e requerido, como exemplifica-se com a ADI 4277-DF:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (Med. Liminar) - 4277

Origem:	DISTRITO FEDERAL	Entrada no STF:	22/07/2009
Relator:	MINISTRO AYRES BRITTO	Distribuído:	20090803
Partes:	Requerente: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA (CF 103, 0VI) Requerido :PRESIDENTE DA REPÚBLICA CONGRESSO NACIONAL		

Dispositivo Legal Questionado

Obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

/=

O cadastramento enquanto requerido não significa imediatamente a oposição à tese do proponente, mas significa a responsabilidade pelo ato impugnado, no caso acima exemplificado, a legislação federal do Código Civil.

a.2) Competência

É competente para julgar as ADI's em que o ato impugnado seja lei ou ato normativo federal ou estadual o STF, conforme art. 102, I, "a", da Constituição Federal:

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual [omisso]

A competência do STF será determinada, no caso, pelo parâmetro de constitucionalidade, que no caso, deve ser a Constituição Federal.

A despeito de não haver previsão expressa na Constituição sobre um controle de constitucionalidade estadual e o órgão competente para exercê-la, o art. 125§ 2º da Constituição Federal de 1988 estabelece uma espécie de controle realizado sob o parâmetro da Constituição Estadual:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[Omissos]

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Por uma aplicação do princípio da simetria, esta atribuição competirá aos Tribunais Estaduais, como órgãos expoentes do Judiciário no âmbito estadual, como já entendido na jurisprudência do STF:

"O artigo 125, § 2º, da Constituição do Brasil estabelece caber aos Estados instituir a representação de inconstitucionalidade das leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, circunstância que leva a conclusão de que o controle de constitucionalidade estadual -- com exceção apenas da interposição de RE por violação de norma de repetição obrigatória da Constituição do Brasil -- encerra-se no âmbito da jurisdição dos Tribunais de Justiça locais." (RE 599.633-AgR, rel. min. Eros Grau, decisão monocrática, julgamento em 23-11-2009, *DJE* de 11-12-2009). No mesmo sentido: Rcl 6.344, rel. min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgamento em 22-2-2010, *DJE* de 1-3-2010.)

No caso do Estado do Ceará, é da competência do Tribunal de Justiça, através de seu órgão especial, o julgamento da representação de inconstitucionalidade:

Art. 22. Ao Órgão Especial compete: (Redação modificada pelo Assento Regimental nº 36, de 05 de maio de 2011)

[...]

X – declarar, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, nos casos de sua competência originária e nos que, para tal fim, lhe forem remetidos pelos demais órgãos julgadores do Tribunal;
(CEARÀ. TJCE. Regimento Interno do TJCE, *online*)

A técnica permite então o ajuizamento simultâneo de uma “representação de inconstitucionalidade” estadual e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade caso a norma impugnada seja, por exemplo, uma norma estadual que ofenda os dois parâmetros, tanto a Constituição Estadual como a Constituição Federal.

Neste caso, a decisão do STF vinculará o pronunciamento da Corte Estadual, que geralmente resta suspenso até o pronunciamento da Corte Federal.

a.3) Legitimados

No âmbito federal, os legitimados ativos estão enumerados no art. 103 da Constituição Federal:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No âmbito Estadual, os legitimados devem ser estabelecidos à simetria dos legitimados na esfera federal e, no caso do Estado do Ceará, estão enumerados no art. 127 da Constituição do Estado:

Seção XI

Do Controle Direto de Inconstitucionalidade

Art. 127. São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo estadual, contestado em face desta Constituição, ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição:

I - o Governador do Estado;

II - a Mesa da Assembleia Legislativa;

III - o Procurador-Geral da Justiça;

IV - o Defensor-Geral da Defensoria Pública;

V - o Prefeito, a Mesa da Câmara ou entidade de classe e organização sindical, se se tratar de lei ou de ato normativo do respectivo Município;

VI - os partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa, ou, tratando-se de norma municipal, na respectiva Câmara;

VII - o Conselho Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - organização sindical ou entidade de classe de âmbito estadual ou intermunicipal. (CEARÁ. Constituição do Estado do Ceará de 1989. *Online*, p.109)

Para organizar a propositura das ações de controle concentrado, a doutrina e a jurisprudência do STF divide os legitimados à propositura em legitimados universais e legitimados especiais. Aos primeiros é facultada a propositura das ações diretas para impugnação de ato normativo de maneira geral, tendo eles participado, ou não, da edição do ato. São enquadrados nesta categoria, no âmbito federal: Presidente da República, as mesas da Câmara e do Senado

Federal, os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da OAB.

O Presidente da República e as mesas das Casas Legislativas representam os expoentes dos demais Poderes, que, por uma obviedade não comportaria uma representação do Judiciário pois, sendo da competência do Tribunal Pleno a análise das inconstitucionalidades, não poderia um ministro do mesmo o colegiado propor uma ação para o seu próprio julgamento.

Os Partidos Políticos podem propor ADI desde que tenham representação no Congresso Nacional, independentemente da quantidade de representantes ali contidos. É uma das formas de enaltecer as minorias parlamentares, atribuindo-lhe competência em igualdade às grandes legendas. Segundo o STF, caso o partido perca a representação após o ajuizamento da Ação, esta não perderá o seu objeto, podendo ser julgada, pois a legitimação é aferida na data da propositura, e não do julgamento.

Sobre o Conselho Federal da OAB, esta entidade ganhou grande relevância jurídica na Carta de 1988, atuando na defesa dos interesses da classe advocatícia mas também na defesa do Estado Democrático de Direito. Assim, ela ingressa no rol dos legitimados universais por atuar na administração da justiça e na manutenção do Estado Democrático de Direito. Diferente das demais associações de classe, a ela não é reservada a observância de pertinência temática, conforme pronunciamento do próprio STF:

"Proposta a presente ação em 12-10-88, quando já estava em vigor a atual Constituição, tem o requerente legitimação para propô-la, em face do disposto no inciso VII do artigo 103 da Carta Magna. Por outro lado, em se tratando do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sua colocação no elenco que se encontra no mencionado artigo, e que a distingue das demais entidades de classe de âmbito nacional, **deve ser interpretada como feita para lhe permitir, na defesa da ordem jurídica com o primado da Constituição Federal, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra qualquer ato normativo que possa ser objeto dessa ação, independentemente do requisito da pertinência entre o seu conteúdo e o interesse dos advogados, como tais de que a Ordem é entidade de classe.**" (ADI 3, rel. min. Moreira Alves, julgamento em 7-2-1992, Plenário, DJ de 18-9-1992.)

(Sem grifos no original)

Para as demais entidades, desenvolveu-se na doutrina e jurisprudência o critério de pertinência temática. Segundo este critério, os legitimados especiais devem demonstrar "vínculo objetivo de pertinência" (BARROSO,2011, p.186).

Sobre os legitimados especiais e a necessidade de demonstração deste liame objetivo, assim leciona o atual ministro do STF, Luis Roberto Barroso:

Relativamente aos legitimados especiais, é pacífica a jurisprudência no sentido de que a *Mesa da Assembleia Legislativa* somente pode propor ação direta de inconstitucionalidade quando houver vínculo objetivo de pertinência entre a norma impugnada e a competência da casa legislativa ou do Estado do qual é ela o órgão representativo. A Ação pode ter por objeto lei ou ato normativo emanado do próprio Poder por ela integrado e dirigido. Analogamente se passa em relação aos *Governadores de Estado*, cuja atuação no controle direto de constitucionalidade no plano federal é subordinada à existência de uma relação de pertinência entre a norma impugnada e os interesses que a eles cabe legitimamente tutelar. Pode o Governador ajuizar ação tendo por objeto lei ou ato normativo originários de seu Estado, da União, e mesmo de outros Estados da federação, se interferirem ilegitimamente com as competências ou interesses juridicamente protegidos de seu Estado. A legitimidade e a capacidade postulatória são do próprio Governador, e não do Estado, ou de seu Procurador- Geral. (BARROSO, 2011, p. 186/187)

Mesas de Assembleias Legislativas estaduais, Governadores de Estado e entidades de classe à exceção da OAB são considerados, portanto, legitimados especiais e precisam demonstrar pertinência temática, ou vínculo objetivo com a norma impugnada.

A legitimação das entidades de classe é, dentre os legitimados especiais, a mais controversa. O STF tem adotado posicionamento bastante restritivo ao proceder a análise de legitimidade das Ações propostas por estes entes. A este respeito sintetiza bem Fredie Didier, Paula Braga e Rafael de Oliveira:

As referências à confederação sindical e à entidade de classe de âmbito nacional são as que mais controvérsias suscitam, em razão de a CF/88 não ter definido exatamente em que consistem essas associações. Cabe pontuar, para servir como guia de interpretação, alguns aspectos da jurisprudência do STF a respeito do tema.

a) *Associação de associações*. Discutia-se se entidades que congregam pessoas jurídicas consubstanciam entidades de classe de âmbito nacional, para os fins de legitimação para a propositura de ação direta. Após decisões em sentido contrário, admitiu-se a possibilidade no julgamento da ADIN nº 3153 AGR/DF, rel. Min. Celso de Mello, rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j.12.08.2004.

b) *Entidade de classe*. A expressão é compreendida como se fizesse referência a uma profissão, entendendo-se classe no sentido não de simples segmento social, de ‘classe social’, mas de ‘categoria profissional’. Assim, “não preenchem tal exigência os grupos sociais constituídos circunstancialmente, com membros pertencentes a categorias profissionais ou econômicas diversas, por ausência de homogeneidade de interesses.”

c) *Âmbito nacional*. O caráter nacional da entidade não decorre da mera declaração prevista em seu estatuto. Essa particular característica de índole espacial pressupõe, além da ação transregional da instituição, a existência de associados e membros em pelo menos nove Estados da Federação.

Trata-se de critério objetivo, fundado na aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, que supõe, ordinariamente, atividades econômicas ou profissionais amplamente disseminadas no território nacional.

d) *Confederação sindical.* Não se admite a propositura da ação por sindicato nacional ou federação de sindicatos; somente confederação sindical tem legitimidade – essas se organizam com no mínimo três federações e deverão estar estabelecidas em pelo menos três estados (art. 535 da CLT). (2013, p. 477-479)

Esta aplicação restritiva do dispositivo pelo STF já ocasionou o indeferimento de ações por ter reconhecida a ilegitimidade de entidades como a UNE – União Nacional dos Estudantes (ADI 894-MC, rel. min. Néri da Silveira, julgamento em 18-11-1993, Plenário, DJ de 20-4-1995.), a CUT – Central Única dos Trabalhadores (ADI 271-MC, rel. min. Moreira Alves, julgamento em 24-9-1992, Plenário, DJ de 6-9-2001.) No mesmo sentido: ADI 1.442, rel min. Celso de Mello, julgamento em 3-11-2004, Plenário, DJ de 29-4-2005.), Conselhos de classe (ADI 641, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 11-12-2001, Plenário, DJ de 12-3-1993.), entre outros tantos que entendeu o STF não enquadrar-se no conceito.

A legitimação passiva para as demandas de controle concentrado não pode ser aferida pelo exame da lei, apontando a doutrina que será legitimado passivo o órgão responsável pela expedição da lei:

A legitimação passiva, na ação direta de inconstitucionalidade, não apresenta maior dificuldade: recai sobre os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou pelo ato normativo objeto da ação, aos quais caberá prestar informações ao relator do processo. A defesa, propriamente dita, da norma impugnada, seja ela federal ou estadual, caberá ao Advogado Geral da União, que funciona como uma espécie de curador da presunção de constitucionalidade dos atos emanados do Poder público. Pessoas privadas jamais poderão figurar como parte passiva nessa espécie de ação. (BARROSO,2011, p. 181/182)

Aos demais interessados, órgãos, entidades, pessoas públicas ou privadas, caberá a impugnação do ato legislativo inconstitucional na modalidade *incidenter tantum*, ou seja, através do controle difuso de constitucionalidade, como aponta o próprio STF:

"O círculo de sujeitos processuais legitimados a intervir na ação direta de inconstitucionalidade revela-se extremamente limitado, pois nela só podem atuar aqueles agentes ou instituições referidos no art. 103 da Constituição, além dos órgãos de que emanaram os atos normativos questionados. A tutela jurisdicional de situações individuais -- uma vez suscitada controvérsia de índole constitucional -- há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de legítimo

interesse (CPC, art. 3º)." (ADI 1.254-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 14-8-1996, Plenário, DJ de 19-9-1997.)

Quanto à legitimidade ativa, as informações podem ser assim sintetizadas¹²:

REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE	ÂMBITO FEDERAL	ÂMBITO ESTADUAL	PERTINÊNCIA TEMÁTICA
Chefe de governo	Presidente da República	Governador do Estado	NÃO
Representantes do Legislativo - Geral	Mesas da Câmara e do Senado	Mesa da Assembleia Legislativa	NÃO
Representantes do Legislativo - Local	Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal	Mesa da Câmara Municipal	SIM
Chefe de Governo – Local	Governador do Estado	Prefeito Municipal	SIM
Chefe do Ministério Público	PGR	PGJ	NÃO
OAB	Conselho Federal	Seccional Estadual	NÃO
Partidos Políticos	Com representação no Congresso Nacional	Com representação na Assembleia Legislativa Estadual	NÃO
Entidade de classe	Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.	organização sindical ou entidade de classe de âmbito estadual ou intermunicipal	SIM

Tabela de autoria da autora

a.4) Efeitos

O art. 102§ 2º da Constituição Federal prevê que:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade **produzirão eficácia contra todos e**

¹² A Constituição dos Estados Membros podem instituir legitimados que não possuam equivalentes diretos no âmbito federal; o rol não poderá ser restritivo, podendo, contudo, ser ampliativo. É o caso do Defensor Geral da Defensoria Pública no âmbito estadual do Ceará.

efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Trata-se de pronunciamento de caráter normativo emanado pelo Judiciário e que vincula órgãos judiciais e administrativos em todas as esferas da federação.

Para a manutenção do pacto federativo e da independência dos Poderes, contudo, não são vinculados conforme o dispositivo constitucional - o parlamento ou o chefe do executivo no que tange à iniciativa legislativa. É neste sentido que tem se pronunciado o STF:

Pretendida submissão do processo legislativo ao efeito vinculante que resulta do julgamento, pelo STF, das causas de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Inadmissibilidade. Consequente possibilidade de o chefe do Poder Executivo, por meio de sanção (ato impregnado de qualificação constitucional e integrante do próprio processo de formação das leis), converter, em lei, projeto cujo conteúdo estaria em conflito com decisão confirmatória da constitucionalidade de certo diploma legislativo, proferida, em sede de controle abstrato, pela Suprema Corte." (Rcl 14.156-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 19-2-2014, Plenário, DJE de 13-5-2014.) Vide: Rcl 13.019-MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 8-5-2012, DJE de 15-5-2012.

Ou conforme julgado de 2014:

Pretendida submissão do Poder Legislativo ao efeito vinculante que resulta do julgamento, pelo STF, dos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Inadmissibilidade. Consequente possibilidade de o legislador editar lei de conteúdo idêntico ao de outro diploma legislativo declarado inconstitucional, em sede de controle abstrato, pela Suprema Corte." (Rcl 13.019-MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 8-5-2012, DJE de 15-5-2012.) Vide: Rcl 14.156-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 19-2-2014, Plenário, DJE de 13-5-2014.)

Fora estes órgãos e resguardadas suas competências legislativas, a tônica é no sentido de vincular os demais órgãos às decisões do Judiciário em sede de controle concentrado. Se a norma é tida como inconstitucional, é de boa hermenêutica que a norma constitucional não tenha aplicabilidade em nenhuma das esferas da federação.

A investida no sentido de conferir eficácia erga omnes e efeitos vinculantes às decisões, aplicável ao controle de constitucionalidade das leis e atos

normativos, adveio da PEC nº130/1992 de proposição do deputado Roberto Campos, em que sugeria a nova redação ao Art. 60 da Constituição:

Art. 1º. O Suprima-se o inciso X do art. 52. Renumerando-se os demais.

Art. 2º. Os arts. 102 e 103 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 102 .

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º **As decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nos processos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e no controle de constitucionalidade da omissão, têm eficácia erga omnes e efeito vinculante para os órgãos e agentes públicos.**

§ 3º Lei complementar Poderá outorgar a outras decisões do Supremo Tribunal Federal eficácia erga omnes, bem como dispor sobre o efeito vinculante dessas decisões para os órgãos e agentes públicos." (PEC 130/1992, *online*).

(Sem grifos no original)

Na exposição de motivos, o deputado demonstrava a necessidade de um instrumento de uniformização jurisprudencial célere:

Outrora, na busca de um mecanismo que assegurasse eficácia ampla à decisão definitiva da Corte Constitucional, o constituinte de 1934 houve por bem confiar ao Senado Federal a competência para suspender a execução da lei ou de ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (CF de 1934, an. 91, IV). Esse mecanismo, incorporado às Constituições subsequentes (CF de 1946, art. 64; CF de 1967/69, "n. 42, VII) foi preservado pelo Constituinte de 1988. art. 52, X.

Assinale-se que essa fórmula engenhosa, destinada a assegurar eficácia erga omnes à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos casos concretos, traduzia uma solução de compromisso destinada a evitar polêmica sobre **o papel do Judiciário no sistema da divisão de Poderes.**

Não se tratava, à evidência, da única alternativa à disposição do constituinte. Nem se pode afirmar que o constituinte de 1934 tenha optado pela solução mais moderna. Na própria Assembleia Constituinte foi apresentada proposição que reconhecia a inexistência jurídica da lei, desde que fosse declarada a sua inconstitucionalidade "em mais de um aresto" do Supremo Tribunal Federal. Constava também de proposta de instituição de uma Corte Constitucional nos moldes do Tribunal Constitucional austríaco, formulada pelo Deputado Nilo Alvarenga, disposição que outorgava eficácia erga omnes às decisões proferidas nos processos de controle de normas. Por outro lado, a Constituição austríaca de 1920 já reconhecia eficácia erga omnes aos pronunciamentos da Corte Constitucional (Constituição austríaca, art.140). E, mesmo aqui, não havia originalidade. Também as leis que disciplinaram o processo de controle abstrato previsto no art. 13. § 2º. da Constituição de Weimar (1919). Outorgavam força de lei à decisão judicial. (PEC 130/1992, *online*).

Na oportunidade da exposição de motivos, os termos foram diferenciados, destarte serem considerados afins:

Além de conferir eficácia erga omnes às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*).

A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia erga omnes) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Conseqüência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C (Cf. Christian Pestalozza, comentário ao § 31, I, da Lei do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) in: *Direito Processual Constitucional (Verfassungsprozessrecht)*, 2a edição, Verlag C.H. Beck, Munique, 1982, pp. 170/171, que explica o efeito vinculante, suas conseqüências e a diferença entre ele e a eficácia seja *inter partes* ou *erga omnes*). (PEC 130/1992, *online*).

O momento da propositura da emenda não favoreceu sua discussão, o que acarretou em sua não aprovação. Isto porquê o Congresso estava em turbulência com a reforma constitucional por revisão, prevista no art.3º do ADCT e realizada entre outubro de 1993 e maio de 1994, na qual, segundo Paulo Bonavides:

Durante cerca de oito meses o Congresso Revisor cumpriu um acidentado percurso, ao longo do qual desconfianças, divergências, ressentimentos, rivalidades, falta de coordenação, desinteresse e apatia marcaram o comportamento da maioria situacionista. De tal sorte que, ao cabo da revisão, não pôde o Governo – principal artífice do processo- forrar-se a um fracasso retumbante: logrou aprovar apenas seis emendas naquele colégio constituinte de segundo grau, cuja convocação fora, aliás, impugnada por uma importante corrente doutrinária, que, interpretando o texto constitucional, não aceitava a revisão desvinculada do conteúdo material do art.2º do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias (BONAVIDES, 2010, p.663).

A ideia, contudo, já tinha ganhado relevância e foi formalizada através da EC nº3/1993, emenda que compunha o “primeiro ciclo de emendas” (BONAVIDES, 2010, p.671), oportunidade na qual o efeito vinculante e a eficácia contra todos foi estendida “aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo” (BRASIL, Constituição de 1988, art. 102§ 2º conforme redação da EC nº3/93).

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº45/2004, alterou a redação do disposto no Art.102§2º estendendo o efeito vinculante também à administração pública indireta.

Gilmar Mendes reitera a origem germânica do efeito vinculante das decisões do STF:

A despeito das valiosas contribuições doutrinárias e jurisprudenciais que podem ser colhidas no direito pátrio, é certo que, por se tratar de instituto desenvolvido, originariamente, pela doutrina tedesca ao longo dos últimos 70 anos, há de se procurar definir a sua natureza jurídica e as suas características a partir do modelo praticado pela doutrina e jurisprudência alemãs.

A doutrina constitucional alemã há muito vinha desenvolvendo esforços para ampliar os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada no âmbito da jurisdição estatal (Staatsgerichtsbarkeit). Importantes autores sustentaram, sob o império da Constituição de Weimar, que a força de lei não se limitava à questão julgada, contendo, igualmente, uma proibição de reiteração (Wiederholungsverbot) e uma imposição para que normas de teor idêntico, que não foram objeto da decisão judicial, também deixassem de ser aplicadas por força da eficácia geral.

Essa concepção refletia, certamente, a idéia dominante à época de que a decisão proferida pela Corte teria não as qualidades de lei (Gesetzeseigenschaften), mas, efetivamente, a força de lei (Gesetzeskraft). Afirmava-se inclusive que o Tribunal assumia, nesse caso, as atribuições do Parlamento ou, ainda, que se cuidava de uma interpretação autêntica, tarefa típica do legislador. Em se tratando de interpretação autêntica da Constituição, não se cuidaria de simples legislação ordinária, mas, propriamente, de legislação ou reforma constitucional (Verfassungsgesetzgebung; Verfassungsänderung) ou de decisão com hierarquia constitucional (Entscheidung mit Verfassungsrang).

A convicção de que a força de lei significava apenas que a decisão produziria efeitos semelhantes aos de uma lei (gesetzähnlich) (mas não Poderia ser considerada ela própria como uma lei em sentido formal e material), parece ter levado a doutrina a desenvolver instituto processual destinado a dotar as decisões da Corte Constitucional de qualidades outras não contidas nos conceitos de coisa julgada e de força de lei. (MENDES, 1999, *online*).

São as decisões em controle concentrado de constitucionalidade proferidas pelo STF dotadas de força normativa, destarte não consistirem em lei em sentido formal. Consequentemente, declarada a inconstitucionalidade de um ato normativo federal ou estadual deverá ser o ato expurgado da ordem jurídica, independentemente de ato do Legislativo¹³.

Configura então efeito objetivo da declaração de inconstitucionalidade a nulidade da norma jurídica atacada, restaurando a ordem jurídica constitucional. Esta é a doutrina dominante e a regra geral para as decisões do STF:

¹³ A atribuição de eficácia contra todos e efeitos vinculantes nos pronunciamentos em sede de controle concentrado fizeram com que a aplicação do art. 52, X da Constituição Federal, situação que prevê que o Senado é responsável por invalidar a lei tida por inconstitucional, fosse restrita aos pronunciamentos em sede de controle difuso de constitucionalidade.

A decisão proferida em ADI ou ADC, seja ela de procedência ou de improcedência, tem, como regra, eficácia retroativa (*ex tunc*). Assim, a decretação de invalidade de um ato em face da Constituição Federal, considerando o vício de inconstitucionalidade que lhe é congênito, retroage à data em que se iniciou a sua vigência, neutralizando, por conseguinte, os seus efeitos jurídicos. Isso faz restabelecer a norma anterior, se é que existia, e que por aquele ato foi supostamente revogada. A declaração de constitucionalidade e um ato também é dotada de eficácia retroativa, o que significa dizer que ela ratifica a sua validade e os efeitos jurídicos que produziu. (DIDIER, BRAGA, OLIVEIRA, 2013, p.523)

Esta deve ser entendida como a regra geral aplicável às decisões em sede de ADI e ADC, contudo, dada a situação fática de incidência de uma norma jurídica já dotada de eficácia e produzindo efeitos, a lei 9868/99 prevê, em seu art. 27, a possibilidade excepcional de modulação¹⁴ destes efeitos:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL. L.9868/99, art.27)

É o que a doutrina convencionou chamar de modulação dos efeitos da decisão, o que possibilitou que o STF tenha três momentos possíveis para incidência da inconstitucionalidade: no momento do trânsito em julgado (*ex nunc*), desde a origem da norma (*ex tunc*) sendo este o efeito por regra, e, a partir de algum outro momento a ser deliberado e posto pelo próprio STF (declaração de inconstitucionalidade com efeito para o futuro). Fora o caso da regra geral, os demais devem ser sustentados por imperativos de segurança jurídica e interesse social, e com o quórum de, no mínimo 2/3 dos Ministros, como indica o próprio STF:

(...) fica evidente que a norma contida no art. 27 da Lei n.º 9.868/99 tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados -- segurança jurídica e excepcional interesse social -- revestem-se de base constitucional. (...) **o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro.** O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não aplicação do

¹⁴ A expressão “modulação”, acredita-se, é utilizada a exemplo do seu uso na ciência Matemática, em que módulo, ou valor absoluto de um número real é considerada a “distância”, na reta de números reais, de seu valor absoluto à origem, geralmente representada pelo ponto zero. Assim, o módulo de um número real poderá ser projetado para frente (números positivos) ou para trás (números negativos) na reta de números reais, assim como as decisões podem ter sua eficácia projetadas para o futuro, ou com efeitos retroativos. Esta nota de rodapé configura uma ideia da autora.

princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio. Entre nós, cuidou o legislador de conceber um modelo restritivo também no aspecto procedimental, consagrando a necessidade de um quorum especial (dois terços dos votos) para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados. Terá significado especial o princípio da proporcionalidade, especialmente em sentido estrito, como instrumento de aferição da justeza da declaração de inconstitucionalidade (com efeito da nulidade), em virtude do confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade. No presente caso, o Tribunal tem a oportunidade de aplicar o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 em sua versão mais ampla. A declaração de inconstitucionalidade e, portanto, da nulidade da lei definidora de critérios para o rateio dos Fundos de Participação dos Estados e do Distrito Federal, constitui mais um entre os casos em que as consequências da decisão tomada pela Corte podem gerar um verdadeiro caos jurídico. Assim, julgo procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (...), para, aplicando o art. 27 da Lei n.º 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.º 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012." (ADI 875; ADI 1.987; ADI 2.727, voto do rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 24-2-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010.)

Tendo visto objeto, competência e legitimados que são de necessário entendimento à propositura das ações constitucionais e os efeitos das decisões, cabe agora analisar o liame procedimental que une o momento da propositura e o momento de proferir a decisão, com a consequente produção de efeitos. Sem perder o foco de que nesta pesquisa sustenta-se a democratização das ações de controle concentrado e de que esta democratização ocorrerá na fase de instrução processual, esta última será priorizada ao descrever o processamento das ações.

a.5) Processamento:

O processamento das ações declaratórias de inconstitucionalidade envolve a aplicação da Lei que lhes é própria, a Lei 9868/99, o Código de Processo Civil, o Regimento Interno do STF e ainda a Constituição Federal.

O pedido inicial, além da observância da legitimação para a propositura, deverá atender aos critérios processuais elencados no art. 282 do Código de Processo Civil¹⁵ no que lhe for compatível, além dos requisitos enumerados no art. 3º da Lei 9868/99:

¹⁵ Art. 282 CPC: A petição inicial indicará:

I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida;

II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

Art. 3º A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Após o recebimento e distribuição será designado um ministro relator da Ação Constitucional, quem será incumbido de realizar o primeiro exame de admissibilidade, verificando requisitos objetivos e subjetivos.

Dada a apreciação pelo ministro relator, a petição poderá ser indeferida ou rejeitada preliminarmente, na hipótese de ausente algum requisito como no exemplo abaixo:

Rejeição da preliminar de inépcia da petição inicial pela ausência de indicação dos dispositivos legais apontados como violadores da Constituição Federal. Deixou evidenciado o autor que, no seu entender, os textos legais são, na sua integralidade, violadores do ordenamento constitucional pátrio. Possibilidade. Precedentes do STF." (ADI 2.549, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 1º-6-2011, Plenário, DJE de 3-11-2011.)

Para que não seja rejeitada, o ato normativo não pode constituir em súmula (ADI 594), o objeto atacado deve ser atual ou guardar em substância identidade com o ato normativo atual (ADI's 246, 3832), o aditamento deverá ocorrer antes do pedido de inclusão em pauta de julgamento (ADI's 3103 e 4073-MC) e antes da requisição de informações (ADI 3867), além de que não deve o aditamento ser realizado por sustentação oral, na oportunidade de apreciação da liminar (ADI 654-MC).

Caso o motivo da inépcia seja sanável, a segunda opção é de que haja despacho para o aditamento da petição inicial no prazo fixado pelo Tribunal. O terceiro caso é o pleno recebimento e conhecimento da ação pelo ministro relator, que emitirá despacho recebendo a Ação Direta e: 1, Solicitando informações do responsável pela elaboração da norma no prazo de trinta dias, ou 2. Apreciando a medida cautelar, com a dispensa das informações, se for o caso.

IV - o pedido, com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - o requerimento para a citação do réu.

A doutrina entende pela indisponibilidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade, para a qual não cabe desistência. Entende-se que a aplicação deste preceito (Art. 5º Lei 9868/99) terá incidência a partir desta decisão que analisa a admissibilidade da Ação, e que a recebe.

O pedido de informações será direcionado às autoridades das quais emanou o ato normativo impugnado, ao Congresso Nacional e/ ou à Assembleia Legislativa, conforme o caso, e estas deverão ser prestadas no prazo de 30 dias (Art. 6º L.9868/99 c/c Art. 170 RISTF).

Este prazo restará suspenso em caso de férias ou recesso do STF, e, em caso de urgência, podem ser dispensadas antes da apreciação da liminar, desde que seja submetida posteriormente ao Tribunal (*Ad referendum*).

Analisando simplesmente o preceito normativo, a partir do prazo para prestar informações, não serão admitidos terceiros intervenientes. Abrir-se-á prazo para o Advogado Geral da União que deverá “advogar” pela norma impugnada, pelo prazo de 15 dias; em seguida deverá atuar em parecer o Procurador Geral da República (PGR), independentemente se tenha proposto o próprio PGR a Ação Constitucional. Nesta oportunidade, o parecer do PGR pode ser no sentido de procedência ou improcedência da Ação. Diferentemente, o Advogado Geral da União (AGU)¹⁶ está vinculado à defesa da norma impugnada, exceto quando “a Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade.” (ADI 1.616, rel. min. Maurício Corrêa, julgamento em 24-5-2001, Plenário, DJ de 24-8-2001.)

A proibição de intervenção de terceiros deve ser analisada com ressalvas. As situações de intervenção de terceiros típicas do Código de Processo Civil (oposição, assistência, nomeação à autoria, denúncia à lide e chamamento ao processo) não são entendidas como cabíveis na sistemática de processo objetivo que rege as ações de controle concentrado.

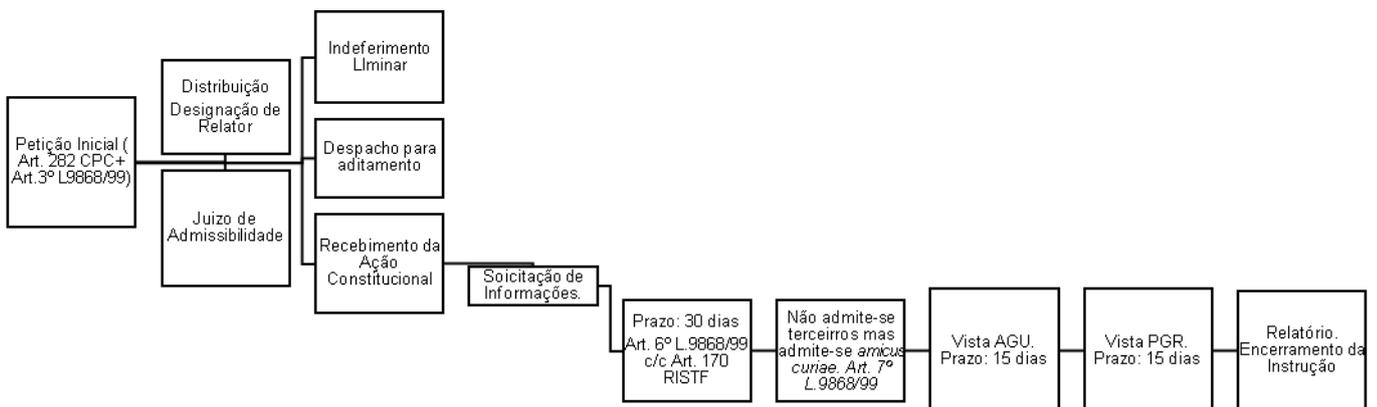
¹⁶ O Advogado Geral da União é cargo de confiança do Chefe do Executivo, sendo indicado por este e, inclusive, a ele é conferido status de ministro de Estado. Conforme Art. 131, §1º CRFBR: Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. § 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Não com certa resistência, contudo, o STF tem admitido a intervenção dos “amigos da corte” (*amicus curiae*), para auxílio nas questões técnico-jurídicas. Estes amigos da corte figuram como partes da relação processual após sua admissão ao feito, e exercem o papel de “municiar o tribunal com elementos mais consistentes para que mais bem possa aplicar o direito no caso concreto” (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2013, p.507).

A participação dos amigos da corte na fase instrutória é um dos critérios que pode utilizar o STF para pluralização de seus pronunciamentos, o aprofundamento das questões técnicas, a oitiva das comunidades diretamente afetadas, contribuindo assim para a democratização do Judiciário.

Encerrada a fase instrutória o relator “lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.” (Art.9º L.9868/99).

A sistemática de processamento da ADI em sua fase instrutória pode ser assim sistematizada, no caso de não haver pedido cautelar:



Quadro elaborado pela autora

b) Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC

A Ação Declaratória de Constitucionalidade não ingressou na Ordem Jurídica Brasileira juntamente com a Constituição de 1988. Assim como os efeitos vinculantes atribuíveis às Ações de controle concentrado e extensíveis a todas as esferas da administração, objetos do item a.4 deste trabalho, a EC nº3/1993 fez integrar no rol das Ações Constitucionais a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Sendo as normas jurídicas já dotadas de presumida constitucionalidade, parece anacrônica a existência de uma Ação Constitucional própria para ratificar a presunção já existente. Ocorre que a atividade hermenêutica do intérprete pode

gerar algumas interpretações que gerem controvérsia e incerteza sobre a aplicação de determinada norma. Para suprir as controvérsias e uniformizar interpretações judiciais conflitantes lança-se mão da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), ação de natureza jurídica declaratória, por sua própria natureza.

Sobre a finalidade da ADC, assim ensinam Didier, Braga e Oliveira:

Não é por outra razão que a finalidade da ADC é, tão somente, transformar esta presunção relativa de constitucionalidade que milita a favor do ato normativo, em coisa julgada. O seu objetivo é certificar, de forma plena e indiscutível, uma situação jurídica já existente, a saber, essa presunção de legitimidade da norma. (2013, p.467)

A Ação Declaratória de Constitucionalidade tem como fito, então, ratificar a constitucionalidade já presumida, enquanto a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade tem a finalidade de desconstituir a presunção. Por esta dualidade de efeitos¹⁷, convencionou-se, na doutrina, considerar ADI e ADC como ações de “sinal trocado”. São “irmãs” como pronuncia o próprio STF, mão não confundem-se:

"Afasto a impossibilidade jurídica aventada. O Direito conta com instrumentos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo a mesclagem, quando esta se faz a ponto de ensejar regime diverso, construção que não se afina com o arcabouço normativo. Há de se distinguir a ação direta de inconstitucionalidade da ação declaratória de constitucionalidade. São irmãs, cujo alcance é chegar-se à conclusão quer sobre o vício, quer sobre a harmonia do texto em questão com a Carta da República. O que as difere é o pedido formulado. Na ação direta de inconstitucionalidade, requer-se o reconhecimento do conflito do ato atacado com a Constituição Federal, enquanto, na declaratória de constitucionalidade, busca-se ver proclamada a harmonia. A nomenclatura de cada qual das ações evidencia tal diferença[...].(ADI 3.324, voto do rel. min. **Marco Aurélio**, julgamento em 16-12-2004, DJ de 5-8-2005.)

Uma vez julgada procedente a ADC, uma eventual ADI que tenha o mesmo ato normativo por objeto será julgada improcedente; o contrário também é válido: uma vez julgada procedente a ADI, a ADC necessariamente será julgada improcedente.

b.1) Objeto e Competência

¹⁷ A despeito de serem consideradas com efeitos opostos, mas assemelhados em processamento, objeto e decisão, estas ações constitucionais têm natureza jurídica distintas. Enquanto a ADC é ação declaratória por sua própria natureza, a ADI é ação constitutiva negativa, pois tem como finalidade “extinguir (desconstituir, aplicar sanção da invalidade) situação jurídica existente de validade (presumida) do ato normativo. (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2013,p.467)

Não há coincidência total dos objetos da ADI e ADC. Enquanto a ADI pode ser impetrada frente à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ADC no STF poderá ser intentada para declaração de ato normativo federal, somente.

As normas estaduais deverão ter sua constitucionalidade ratificada pelos Tribunais Estaduais, caso haja a previsão na Constituição Estadual, possibilidade que se assemelha ao comentado na ADI no item a.2.

b.2) Legitimados

Quando do ingresso na Ordem Jurídica a EC nº3/93 atribuiu legitimidade ativa para a propositura de ADC no STF ao Presidente da República, às Mesas das casas legislativas e ao Procurador Geral da República.

A EC 45/2004 elasteceu o rol de legitimados ativos, equiparando-os ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade, aplicando-se, nos dias atuais, as mesmas autoridades das quais falou-se no item a.3.

Quanto a legitimidade passiva, contudo, um pouco de reflexão é necessário pois, se a constitucionalidade é a regra, como há de se pronunciar por uma constitucionalidade reiterada a autoridade emissora da norma? A rigor, a legitimidade passiva inexistente, e, mesmo que para fins procedimentais seja cadastrado no sistema digital do STF o responsável pela emissão da norma (vide exemplo da ADC nº 12/DF que pugnava a declaração de constitucionalidade da Resolução nº 07 do CNJ e o próprio CNJ figurou como requerido), é de boa aplicação constitucional que qualquer interessado legitimado à propositura possa manifestar-se, utilizando-se do direito de petição constitucionalmente protegido. Apesar de entender como o melhor entendimento, o dispositivo legal que previa a manifestação e juntada de documentos por qualquer dos legitimados na ADC foi vetado pelo Presidente da República por ocasião da promulgação do Projeto de Lei nº 2960/ 77 que resultou na Lei nº 9868/99.

b.3) Efeitos

Observada a dualidade que a ADC guarda em relação à ADI, os efeitos produzidos são equivalentes. Uma vez declarada a constitucionalidade de um ato normativo federal, esta declaração terá efeitos contra todos e força vinculante aos demais entes da Administração e Judiciário.

b.4) Processamento:

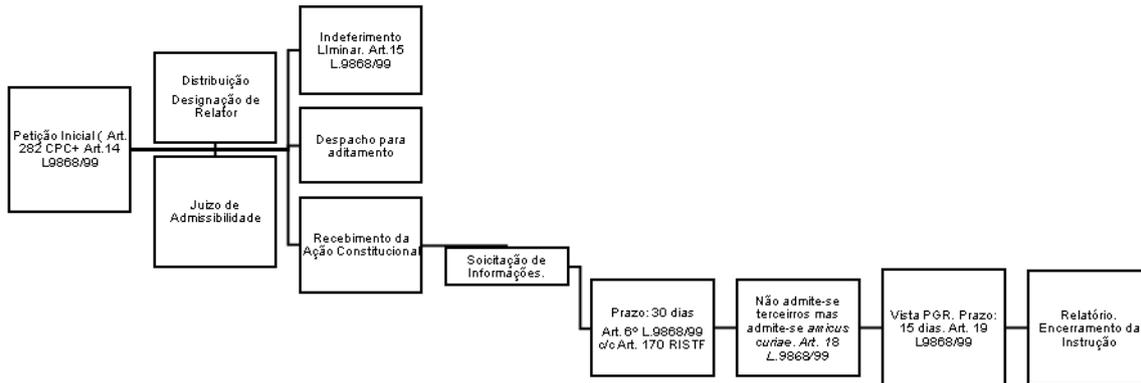
Em grande medida o processamento da ADC guarda semelhança com o processamento da ADI. São destacadas duas grandes diferenças, contudo.

A primeira delas é a exigência, para ingresso, além dos requisitos previstos para a propositura da ADI, de “controvérsia constitucional relevante”. Trata-se da justificativa em movimentar a máquina judicial para ratificar um entendimento já existente. Alguma dúvida ou incerteza jurídica deve existir no mundo dos fatos ou na jurisprudência de tribunais que justifique o pedido de uniformização do entendimento. Assim Luis Roberto Barroso justifica a necessidade de demonstração do dissenso:

Pressuposto de cabimento da ação é que exista controvérsia relevante acerca da constitucionalidade de determinada norma infraconstitucional federal. Essa exigência deverá ser judicial, e não apenas doutrinária. O requisito da divergência judicial relevante já havia sido estabelecido em precedente jurisprudencial e foi ratificado com a superveniência da Lei n.9868/99. Com ele se afasta a objeção de que o Tribunal estaria desempenhando uma função consultiva ou homologadora da legislação, em violação da Separação dos Poderes. De fato, dentro das características peculiares à jurisdição abstrata e ao processo objetivo, a decisão terá por finalidade harmonizar a aplicação do direito nos casos concretos. A exigência do dissenso se justifica, ainda, em razão da presunção de constitucionalidade que acompanha os atos emanados do Poder Público. Tal presunção tem função instrumental de garantir a imperatividade e autoexecutoriedade desses atos. Logo, somente diante da fundada ameaça à segurança jurídica e à isonomia, decorrente de decisões contraditórias, é que haverá interesse em agir e estará legitimada a intervenção do Supremo Tribunal Federal. (2011, p.258)

Outro aspecto relevante e que varia do regime de processamento da ADI, é que o Advogado Geral da União não é participante obrigatório da ADC. Aqui, se a tese de partida já é pela constitucionalidade da norma, dispensa-se a defesa também pelo Advogado Geral da União.

A síntese da fase instrutória em que não haja o pedido cautelar, segue muita semelhança com o processamento da ADI e pode ser assim sistematizada:



Quadro elaborado pela autora

A decisão final é tratada de modo simultâneo para a ADC e ADI na Lei 9868/99. Dos onze ministros que compõem a formação Plena do STF, somente serão apreciadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Declaratórias de Constitucionalidade com a presença mínima de oito.

Do mínimo de oito presentes, pelo menos seis deles deverão pronunciar-se pela Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade do ato normativo para que seja proclamada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, conforme o caso.

A necessidade de *quórum* especial, aliado à natureza objetiva do processo, resultam a não aplicação dos institutos processuais de impedimento e suspeição, conforme já pronunciou-se o próprio STF:

Fiscalização normativa abstrata. Processo de caráter objetivo. **Inaplicabilidade dos institutos do impedimento e da suspeição.** Conseqüente possibilidade de participação de Ministro do Supremo Tribunal Federal (que atuou no TSE) no julgamento de ação direta ajuizada em face de ato emanado daquela alta corte eleitoral." (ADI 2.321-MC, rel. min. **Celso de Mello**, julgamento em 25-10-2000, *DJ* de 10-6-2005.)

Da decisão que pronuncia a constitucionalidade ou Inconstitucionalidade do ato normativo não caberá recurso, senão embargos declaratórios para suprir eventual omissão, contradição, ou obscuridade da decisão.

A lei prevê ainda "a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato" (L9868/99, art. 25), da decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Frente aos efeitos normativos (eficácia vinculante e efeito *erga omnes*) atribuíveis às Ações de Controle Concentrado, se traduz em dispositivo inócuo. Ato administrativo burocrático e formal, que não implica em mudança na geração de efeitos, no modelo constitucional atual.

c) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Constitucional - ADO

O controle das omissões constitucionais foi uma preocupação ao Constituinte de 1988, além da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, há a previsão de um outro instrumento constitucional, o Mandado de Injunção, para colmatar lacunas omissivas no ordenamento jurídico.

A preocupação com a inconstitucionalidade por omissão advém do reconhecimento da força normativa da Constituição, como ensinado por Konrad Hesse, mesmo em seus preceitos programáticos. Assim, algum direito constitucionalmente previsto não pode ter seu exercício mitigado ou ser impossível seu exercício por ausência normativa.

A ADO surge como medida para tornar efetiva a norma constitucional, como se afere do texto constitucional:

Art. 103 § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Trata-se também de processo objetivo para fazer prevalecer o texto constitucional diante de uma lacuna normativa. Apesar de ter incorporado ao texto constitucional juntamente com as demais ações objetivas, restou esquecida no âmbito prático e administrativo do STF, que, até 2008, compunham a mesma ordem de numeração crescente da ADI (BERNARDES, 2013, p.543), e eram autuadas e registradas como Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Genéricas).

c.1) Objeto e Competência

O objeto a ser tratado na ADO é a omissão inconstitucional. Enquanto na ADI a análise recai sobre uma conduta comissiva do Poder Público, que elabora a norma, mas que não guarda um dever de observância e compatibilidade com o ordenamento constitucional, na ADO será analisada a conduta omissiva, que acarretará na inconstitucionalidade:

Ao tentar delinear os contornos da inconstitucionalidade por omissão, assim escreve Juliano Bernardes:

Em termos gerais, a inconstitucionalidade por omissão é a anomalia resultante da abstenção em cumprir certos deveres constitucionais dirigidos à produção ou à atualização das medidas necessárias para tornar plenamente efetiva determinada norma constitucional. Contudo, o conceito de atos omissivos inconstitucionais deve ser fixado com cautela, pois nem toda inércia dos órgãos constituídos afronta a ordem constitucional. (2013, p. 544)

No mesmo sentido são as lições de Gilmar Mendes:

A omissão inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação. (2013, p.1160)

O objeto da ADO é então a omissão inconstitucional, seja ela proveniente de omissão legislativa, seja ela proveniente de omissão de ato regulamentar de origem administrativa.

A omissão objeto da Ação Constitucional poderá ser absoluta, quando há completa inércia legislativa definidora ou regulamentadora de um direito constitucionalmente previsto, ou ainda parcial, quando há atuação regulamentadora, mas de forma insuficiente ou deficiente.

Ao estabelecer a competência para o julgamento, a Constituição Federal compete ao STF a atribuição de julgar “Ações Diretas de Inconstitucionalidade” (CRFBR. Art. 102, I, a), independente se advindas de ato comissivo ou omissivo o legislador. Seguindo esta teleologia, além da natureza de controle concentrado de constitucionalidade atribuível à ADO, é que estabeleceu-se a competência do STF em julgar as inconstitucionalidades por omissão.

Segundo o Professor Luis Roberto Barroso, “O constituinte procurou tratar a jurisdição constitucional abstrata como uma unidade, variando apenas o pedido, o que poderá ser a declaração de inconstitucionalidade, de constitucionalidade, ou de inconstitucionalidade por omissão.” (2011, p.276). Atribui-se, portanto, ao STF, a competência para o julgamento das ações em controle abstrato, todas elas.

c.2) Legitimados

Até o ano de 2008 não havia o controle em separar objetos da ADI e ADO no STF, a numeração seguia a mesma cronologia para uma ou outra, indistintamente. A este respeito ensina Gilmar Mendes:

Ressalte-se que a despeito do entendimento quanto à natureza diversa da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta por omissão, pelo menos quanto ao resultado, o Supremo Tribunal Federal não distinguia, até outubro de 2008, os institutos no que concerne à sua autonomia processual, contemplando a ação direta por omissão na mesma lista numérica das ações diretas em geral (cf. art. 102, I, a, da CF/88 e Resolução n.230/2002 do STF). Daí a dificuldade para o estudioso de identificar até mesmo número de ações diretas por omissão já propostas. (2013, p. 1156)

Deste fato decorre a atribuição do rol de legitimados para a propositura da ADI à ADO. Normativamente, contudo, a controvérsia chegou ao fim quando a lei 12.063/09 conferiu nova redação à Lei 9868/99 e previu expressamente: “Art. 12-A. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.”

Destarte a previsão normativa em texto claro e sem atribuição de mais exigências, o Prof. Luis Roberto Barroso entende aplicável à ADO o critério de pertinência temática aos legitimados ativos não-universais (Mesa da Assembleia Legislativa, Governador de Estado e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional) (2011, p.279), tomando como exemplo a exigência para a propositura da ADC.

Com o devido respeito à opinião anunciada, pensa-se que, na defesa do interesse constitucional, não há que serem atribuídos critérios restritivos não existentes na lei. Assim, a legitimidade ativa seguirá o rol enumerado no art. 103 da Constituição Federal de 1988, à exemplo da propositura da ADI, sem maiores restrições.

Em se tratando de processo objetivo, a atribuição de legitimados enquanto partes no processo judicial terá apenas efeito formal, burocrático. Não atuarão como verdadeiras partes processuais segundo a tônica do Direito Processual Civil, não defenderão interesses próprios, e sim a efetividade das normas constitucionais.

A legitimação passiva será atribuída ao órgão, Poder, ou autoridade administrativa responsável pela elaboração da norma inexistente ou lacunosa.

c.3) Efeitos

A Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão tem por substrato a força normativa da constituição, que deve ser realizada ao máximo em suas proposições. A concretização deste preceito, contudo, não é de fácil implementação e esbarra na Separação dos Poderes, na complexidade de edição de alguns atos normativos que por vezes sustentam grandes discussões, e na falta de efeito coativo no caso de descumprimento da decisão que será no sentido de conferir ciência “ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.” (Art. 12-H da Lei 9868/99).

O texto da Lei 9868/99 sugere que ao Poder responsável pela elaboração da norma seja dada ciência da decisão que reconhecer a inconstitucionalidade por omissão, para que sejam adotadas as providências necessárias (Lei 9868/99, art. 12-H).

Para os órgãos administrativos, além da declaração da omissão inconstitucional poderá ser conferido prazo para a edição do ato normativo faltante:

Art. 12-H§1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido. (Redação da Lei 12.063/09)

O efeito prático da decisão que declara (e simplesmente declara) a mora do Poder Legislativo ou quem lhe faça às vezes é discutível na doutrina. Assim como sofreu mudanças o efeito atribuído à ação mandamental do mandado de injunção, a doutrina e jurisprudência evoluem no sentido de uma aplicação mais concretista da decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão.

Comentando sobre a ADO 3.682, os professores Martonio Mont’Alverne e Cynara Monteiro apontam uma manifestação desta tendência, quando o STF passou a exigir, em prazo, o cumprimento do dever constitucional de suprir a lacuna normativa também ao Legislativo, e não órgão administrativo como previsto em lei:

[...] em virtude da inércia do Congresso Nacional, que se prorroga até os dias atuais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADO 3.682, fazendo um “apelo ao legislador” fixou o prazo de 18 meses para que a lei federal, a que se refere o art. 18, §4º, da CF/88, fosse regulamentada.

Até então, no âmbito da hermenêutica constitucional, em respeito ao princípio da separação dos poderes, não era permitido ao STF, em sede de ADO, elaborar a lei, suprindo a omissão legislativa, ou fixar prazo para a sua elaboração, na hipótese de a omissão ser imputada ao Legislativo. (2012, p.127/128).

Há uma tendência de produção de efeitos concretos nos pronunciamentos em sede de ADO, mas é certo que os efeitos legais são de declaração da mora do órgão responsável pela elaboração da norma.

c.4) Processamento

Os legitimados coincidentes, a competência equivalente e a natureza objetiva do processo em sede de controle abstrato de constitucionalidade remetem o processamento da ADO à semelhança com o processamento da ADI, descrito no item a.5.

Além dos requisitos do Código de Processo Civil e a observação da Legitimidade à propositura, o autor da ADO deverá demonstrar a omissão constitucional, inclusive comprovando suficientemente com documentos a alegação da omissão (Art.12-B e 12-B Parágrafo único).

Após autuação, distribuição e designação de Ministro Relator, “A petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.” (Art. 12-C, Lei 9868/99). A decisão que indeferir liminarmente a petição comporta o recurso de Agravo.

Recebida em conteúdo e formalidades, por ter em conta a guarda de interesse geral, a ADO será também impassível de desistência (Art. 12-D, Lei 9868/99).

Os Legitimados que não tenham proposto a ADO poderão manifestar-se no processo. Por previsão de aplicação subsidiária dos dispositivos referentes à ADI (Art. 12-E), entende-se que o relator poderá solicitar ou acolher a manifestação outros órgãos e entidades sobre a matéria discutida. Neste sentido escreve Gilmar Mendes:

Da mesma forma, a aplicação subsidiária das normas que balizam o procedimento da ADI e da ADC autoriza a designação de peritos ou a realização de audiência pública para ouvir pessoas com experiência e autoridade na matéria, também na ação direta por omissão (art. 12-E c/c art. 9º, §1º). (2013, p.1168)

A manifestação do Advogado Geral da União é facultativa, conforme o entendimento do Ministro relator (art.12-E, §2º Lei 9868/99) e a manifestação do PGR será obrigatória no caso de não figurar como proponente da ação. Nos dois casos o prazo para manifestação será de 15 dias.

Não havendo medida cautelar a ser apreciada, caberá ao relator emitir relatório, remeter aos ministros, e solicitar a inclusão em pauta para o julgamento.

d) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF

A Constituição de 1988 inaugurou um momento completamente novo no que diz respeito ao controle de constitucionalidade das leis. Ao passo que ampliou o acesso ao controle concentrado de constitucionalidade, sobretudo com a ampliação do rol de legitimados, deixa clara sua preferência por resolver litígios constitucionais em controle abstrato, para os quais reservou verdadeiros efeitos normativos.

Os objetos deste controle, contudo, deixam escapar situações de inconstitucionalidade que não se enquadram nas modalidades anteriores, como a análise de constitucionalidade de uma decisão judicial, texto pré-constitucional ou ato normativo “subalterno” (ADI 3.731-MC, rel. min. Cezar Peluso, julgamento em 29-8-2007, DJ de 11-10-2007.).

Com base nesta necessidade surge a ADPF, regulada pela Lei nº 9882/99 e que é assim definida na Jurisprudência:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi concebida pela Lei 9.882/99 para servir como um instrumento de integração entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, viabilizando que atos estatais antes insuscetíveis de apreciação direta pelo Supremo Tribunal Federal, tais como normas pré-constitucionais ou mesmo decisões judiciais atentatórias a cláusulas fundamentais da ordem constitucional, viessem a figurar como objeto de controle em processo objetivo. Apesar da maior extensão alcançada pela vertente objetiva da jurisdição constitucional com a criação da nova espécie de ação constitucional, a Lei 9.882/99 exigiu que os atos impugnáveis por meio dela encerrassem um tipo de lesão constitucional qualificada, simultaneamente, pela sua (a) relevância (porque em contravenção direta com paradigma constitucional de importância fundamental) e (b) difícil reversibilidade (porque ausente técnica processual subsidiária capaz de fazer cessar a alegada lesão com igual eficácia.) (ADPF 127, rel. min. Teori Zavascki, decisão monocrática, julgamento em 25-2-2014, DJE de 28-2-2014.)

No âmbito doutrinário, Dirley da Cunha Júnior assim define a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental:

No contexto, e por ora, pode-se assegurar que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental consiste em uma *ação constitucional* especialmente destinada a provocar a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal para a tutela da supremacia dos preceitos mais importantes da Constituição Federal. Vale dizer, é uma ação específica vocacionada a proteger exclusivamente os preceitos constitucionais fundamentais, ante a ameaça ou lesão resultante de qualquer ato ou omissão do poder público. A partir de sua introdução no direito brasileiro, a jurisdição constitucional brasileira, tal como vinha sendo formatada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sofreu profundas alterações que serão examinadas neste trabalho, para admitir, repise-se, o controle abstrato de constitucionalidade do direito ordinário pré-constitucional, do direito municipal contestado diretamente em face da Constituição Federal e dos atos normativos secundários (infralegais) e até dos atos administrativos, materiais e concretos do poder público, além de ter possibilitado um controle concentrado-incidental de constitucionalidade, em moldes semelhantes do que já vinha ocorrendo na Áustria, na Itália, na Alemanha e na Espanha. (2013, p. 588).

A ADPF inova no modelo de constitucionalidade concentrada e possui objeto próprio, suplementando as situações não alcançadas pelas demais ações em controle concentrado.

d.1) Objeto e competência

Conforme descrito no item anterior, ao inovar entre as ações de controle concentrado, a ADPF apresenta um objeto de controle mais amplo. Aqui não há limitação a atos normativos ou ausência deles, e ataca-se a ameaça ou violação de preceito fundamental, ou ainda um ato estatal suficiente para equiparar-se a esta violação.

A lei não cuidou de definir preceito fundamental, o que, pensa-se, proporciona que o conceito não seja engessado ou estanque. É tarefa então afeta à doutrina e à própria jurisprudência do STF definir o que vem a ser preceito fundamental.

Dirley da Cunha Junior atribui a condição de preceito fundamental “àquilo de mais relevante numa Constituição, aferível pela nota de indispensabilidade. Seu núcleo central, a sua alma, um conjunto de elementos que lhe dão vida e identidade, sem o qual não há falar em Constituição” (2013, p. 593).

O STF pronunciou-se sobre as cláusulas que certamente se enquadram no conceito de preceitos fundamentais:

Parâmetro de controle – É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional **aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros)**. Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos **demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição**, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados **'princípios sensíveis', cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII)**. É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de unidade da Constituição (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. (...) O efetivo conteúdo das 'garantias de eternidade' somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas 'cláusulas pétreas', parecem despidos de conteúdo específico. Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados 'princípios sensíveis', há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados 'preceitos fundamentais'. (...) É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. (...) Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional. (ADPF 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-03, DJ de 6-8-04)

O alcance abrangente da expressão “preceitos fundamentais”, ao mesmo tempo que mostra um aspecto positivo em não fixar sentido e permitir novos preceitos, pode, por outro lado, caracterizar tanta abrangência que distancie-se da sua essência. Com esta preocupação, o Prof. Luís Roberto Barroso sugere alguns parâmetros para que se reconheça a possibilidade de sua utilização:

Assim, a questão constitucional discutida: (a) deve interferir com a necessidade de fixação do conteúdo e do alcance do preceito fundamental; (b) não pode depender de definição prévia de fatos controvertidos; e (c)

deve ser insuscetível de resolução a partir da interpretação do sistema infraconstitucional. (2011,p.306/307)

Doutrina e Jurisprudência tentam delimitar então, o objeto da ADPF que caberá para:

[...]evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, também, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição (normas pré-constitucionais).(ADPF 169, rel. min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 8-5-2009, DJE de 14-5-2009.)

Considerando para isto as observações tratadas acima que identificam, ou pelo menos tentam identificar, o que são preceitos constitucionais fundamentais. Destaca-se como possível objeto da ADPF ato normativo municipal e normas pré constitucionais, que não podem ser objeto de controle concentrado por nenhuma das ações constitucionais, senão a ADPF.

O parágrafo único do artigo 102 do texto constitucional originário, posteriormente transformado em parágrafo primeiro pela Emenda Constitucional nº 3/1993, prevê a competência originária do STF para o julgamento das Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Em se tratando de Ação de Controle Concentrado de Constitucionalidade, a competência do STF é decorrência normal. A Lei nº 9882/99 inicia seu primeiro dispositivo com a ratificação deste entendimento: “Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta **perante o Supremo Tribunal Federal**, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.”. Cabe então ao Supremo Tribunal Federal a competência de processamento.

d.2) Legitimados

Podem propor a ADPF os mesmos legitimados à propositura da ADI (L.9882/99, art.2, I). Ainda que seja mais elástico o objeto da ADPF, que poderá ser submetido ao STF, não implica, automaticamente na ampliação do rol de legitimados. Sobre esta visão restritiva já posicionou-se o STF:

(...) Pessoas físicas, estranhas ao rol exaustivo inscrito no art. 103 da Carta Política, não dispõem de qualidade para agir, perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle normativo abstrato, falecendo-lhes, em consequência, em virtude da cláusula de legitimação estrita consubstanciada no preceito constitucional mencionado, a prerrogativa para

ajuizar ação direta de inconstitucionalidade (...). É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, tendo em consideração o que prescreve o art. 2º, I, da Lei n. 9.882/99, não tem conhecido de arguições de descumprimento de preceito fundamental, quando ajuizadas, como sucede na espécie, por quem não dispõe de legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (...). (ADPF 138-MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 30-4-2008, DJE de 7-5-2008.) No mesmo sentido: ADPF 166, rel. min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 25-3-2009, DJE de 3-4-2009; ADPF 20, rel. min. Maurício Corrêa, decisão monocrática, julgamento em 15-10-2001, DJ de 22-10-2001.

Assim, a pessoa natural ou física, o prefeito municipal, a entidade de classe ou de representação sindical que não atendam aos requisitos da lei, nenhum destes poderá ser legitimado para a propositura da ADPF.

Oportuno mencionar que o art. 2º, inciso II da Lei nº 9882/99 teve seu texto vetado pelo Poder Executivo e tinha como previsão que: “Art. 2º Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental: **II - qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.**”

Em suas razões de veto, o Presidente se importa com o fluxo que poderia ser originado caso o acesso a um instrumento de controle concentrado fosse cabível à qualquer pessoa lesada:

A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das argüições propostas[...] PRESIDENCIA. Mensagem nº 1807/99. *Online*.

Para a pessoa lesada, individualmente considerada, deverá esta utilizar-se do controle concreto de constitucionalidade.

Nada obsta que o interessado represente ao Procurador Geral da República para que este último, entendendo cabível, interponha a Ação de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Os legitimados seguem então com a mesma lógica dos legitimados à propositura da ADI e ADC e são equivalentes.

d.3) Efeitos

A despeito de a ADPF ser tratada em parágrafo destacado das demais ações de controle concentrado e a previsão constitucional do art.102§ 2º que reconhece eficácia contra todos e efeitos vinculantes não ser, por uma interpretação literal, aplicável à ADPF, a Constituição delega à lei o papel de regulação da Ação Constitucional e a lei traz dispositivo semelhante:

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

[...]

§ 3º **A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.** (BRASIL.LEI 9882/99. *Online*)

Sem grifos no original

Em se tratando de ação em controle concentrado de constitucionalidade, é razoável entender que os efeitos atribuíveis às demais ações são extensíveis à ADPF, e é assim que dispõe a lei que trata do processamento da ADPF.

Conforme o disposto do art. 10, *caput*, da Lei 9882/99, acima transcrito, além de afirmar o descumprimento de preceito fundamental, O STF deverá comunicar às autoridades responsáveis pelo descumprimento, além de fixar condições e o modo de aplicação do preceito fundamental questionado.

Neste sentido o efeito da ADPF aproxima-se com o cuidado das omissões inconstitucionais tratadas por Mandado de Injunção, quando alcançou sua fase concretista. Além de declarar a inconstitucionalidade por descumprimento de preceito fundamental, fixa orientação de como proceder. Novamente aqui percebe-se o efeito normativo apresentado pelas ações em controle concentrado de constitucionalidade.

Por ser expressa em lei esta faculdade em fixar o procedimento, esta última parte do dispositivo não passa sem causar certo furor na doutrina, que questiona-se se o STF não estaria valendo-se de uma atividade precípua do legislador, ou ainda em atos próprios do Poder Executivo.

Este foi um questionamento levantado na ADPF nº 1 que teve como objeto de descumprimento de preceito fundamental o veto oposto pelo chefe do executivo do Estado do Rio de Janeiro, naquela oportunidade, decidiu-se:

Na espécie, a inicial aponta como descumprido, por ato do Poder Executivo municipal do Rio de Janeiro, o preceito fundamental da 'separação de poderes', previsto no art. 2º da Lei Magna da República de 1988. O ato do indicado Poder Executivo municipal é veto apostado a dispositivo constante de

projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal da Cidade do Rio de Janeiro, relativo ao IPTU. No processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, qualquer seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se hão de reservar à esfera de independência dos poderes políticos em apreço. Não é, assim, enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação política do Poder Legislativo -- que pode, sempre, mantê-lo ou recusá-lo, -- no conceito de 'ato do Poder Público', para os fins do art. 1º, da Lei n. 9.882/1999. **Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, -- eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, -- poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado.** Argüição de descumprimento de preceito fundamental não conhecida, porque não admissível, no caso concreto, em face da natureza do ato do Poder Público impugnado." (ADPF 1-QO, rel. min. Néri da Silveira, julgamento em 3-2-2000, DJ de 7-11-2003.)

Após o amadurecimento da doutrina em reconhecer verdadeiros efeitos normativos às decisões em controle concentrado, contudo, este entendimento tem se relativizado, podendo ser objeto da ADPF inclusive o veto do Executivo, sem distinção dos demais objetos como os que versem sobre políticas públicas, como destaca o Prof. Luis Roberto Barroso ao comentar a ADPF nº45/DF:

Caso apreciada apenas quanto à decisão definitivamente prolatada, a ADPF nº 45 não se destacaria, já que considerada prejudicada pela perda superveniente de seu objeto. A relevância da decisão está nas observações do rel. Min. Celso de Mello, claramente indicadoras que a ADPF seria instrumento idôneo para viabilizar a concretização de políticas públicas quando, apesar de previstas na Constituição Federal, fossem total ou parcialmente descumpridas pelas instâncias governamentais destinatárias do comando constitucional. Assim, o Poder Judiciário estaria realizando papel garantidos da eficácia e da integridade de direitos individuais e/ou coletivos, ainda que consagrados em dispositivos de conteúdo programático. Além disso, admite a possibilidade de controle do veto do Poder Executivo a projeto de lei aprovado, o que a ADPF (QO) n.1/RJ foi considerado inviável, dada a natureza política do ato. (2011, p.340)

Os efeitos da decisão da ADPF são assim, quanto às partes ou quanto aos efeitos subjetivos: terá eficácia contra todos e efeitos *erga omnes* e com relação à produção de efeitos terá natureza declaratória quando afirma o descumprimento de preceito fundamental e constitutiva, quando regulamenta a situação de fato para o exercício do direito.

d.4) Processamento

A ADPF rege-se pelo princípio da subsidiariedade. Terá cabimento a ADPF quando nenhuma outra ação constitucional, ou qualquer outro meio

juridicamente aceitável, for suficiente para sanar o descumprimento de preceito fundamental. É o que indica o §1º do art. 4º da Lei 9882/99: “§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.”

Este é o entendimento da doutrina, como relacionado por Dirley da Cunha Júnior (2013, p.589):

Advirta-se, entretanto, que a jurisprudência do STF já formada em torno da ADPF vem aceitando a subsidiariedade:

Esta ação constitucional, de tal modo que ela só será admitida se não existir no sistema jurídico pátrio outra ação capaz de efetivamente afastar a lesão a preceito fundamental. Isso significa que, apesar da criação da ADPF, as outras ações diretas do controle concentrado de constitucionalidade podem ser manejadas para a defesa dos preceitos fundamentais, ficando a ADPF relegada a segundo plano, só se aceitando quando não admitida nenhuma daquelas ações.

Entendimento também corroborado pela Jurisprudência própria da Corte:

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Presidente da República, em que se busca a declaração de inconstitucionalidade de decisões judiciais que autorizaram ou mantiveram penhora sobre bens da extinta Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, com base em suposta lesão aos artigos 5º, caput, e 100 da Constituição. (...) Nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.882/99, cabe a arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, também, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição (normas pré-constitucionais). A arguição de descumprimento de preceito fundamental configura instrumento de controle abstrato de constitucionalidade de normas, nos termos do art. 102, § 1º, da Constituição, combinado com o disposto na Lei 9.882, de 3 de dezembro 1999, que não pode ser utilizado para a solução de casos concretos, nem tampouco para desbordar os caminhos recursais ordinários ou outras medidas processuais para afrontar atos tidos como ilegais ou abusivos. Não se pode, com efeito, ampliar o alcance da ADPF, sob pena de transformá-la em verdadeiro sucedâneo ou substitutivo de recurso próprio, ajuizado diretamente perante o órgão máximo do Poder Judiciário. Ademais, mesmo que superados tais óbices ao conhecimento da presente ação, cumpre recordar que o ajuizamento da **ADPF rege-se pelo princípio da subsidiariedade, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, a significar que a admissibilidade desta ação constitucional pressupõe a inexistência de qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade do ato impugnado** (cf. ADPF 3/CE, rel. min. Sydney Sanches, ADPF 12/DF e 13/SP, ambas de relatoria do Min. Ilmar Galvão, ADPF 129/DF, de minha relatoria). Na espécie, verifico que a questão discutida nos autos refoge ao âmbito cognitivo da arguição de descumprimento de preceito fundamental ante a incidência do princípio da subsidiariedade bem como de questões

infraconstitucionais." (ADPF 145, min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 2-2-2009, DJE de 9/2/2009.)

Sem grifos no original

Observada a subsidiariedade e a legitimidade ativa da ADPF, a petição inicial deverá atender aos requisitos do art. 3º da Lei 9882/99, que assim dispõe:

Art. 3º A petição inicial deverá conter:

I - a indicação do preceito fundamental que se considera violado;

II - a indicação do ato questionado;

III - a prova da violação do preceito fundamental;

IV - o pedido, com suas especificações;

V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

A petição que não atender os requisitos da lei será indeferida liminarmente, ao exemplo das demais ações tratadas neste capítulo. Considerando não haver requerimento liminar, o relator solicitará informações às autoridades responsáveis pelo ato que supostamente descumpriu preceito fundamental, para apresentar razões no prazo de 10 (dez) dias.

Ainda durante a fase instrutória, permite a lei que:

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. (BRASIL. Lei 9882/99. Art. 6º. *Online*)

O PGR opinará após as informações, nos processos em que não for proponente, no prazo de 5 (cinco) dias.

Após as informações da autoridade responsável pelo ato, as manifestações das partes interessadas, e da manifestação do PGR, quando for o caso, o relator elaborará relatório e pedirá data para o julgamento.

Sobre a manifestação do Advogado Geral da União (AGU), "A Lei n. 9882/99 não exige a audiência do Advogado-Geral da União acerca do ato impugnado, prevendo apenas, caso o relator entenda oportuno, a possibilidade de sua audiência em sede de liminar". (MENDES, 2013, p.1251).

Passada a fase instrutória, será proferida a decisão na ADPF se presentes 2/3 dos ministros do STF (pelo menos 8), considerando a procedência ou

improcedência da Ação conforme votos da maioria absoluta dos membros do Tribunal, em número mínimo de 6(seis).

O quórum de votação não está expresso na Lei que disciplina a matéria, qual seja, a Lei nº 9882/99 mas refere-se à melhor hermenêutica aplicada ao caso, já que, a lei originariamente previa quórum mais rigoroso (dois terços dos ministros, no vetado art. 8º§1º.), mas esta disposição, mais rigorosa que o quórum de aprovação da ADI e ADC não prosperou e restou vetado pelo chefe do Executivo.

No curso da instrução processual é que ocorrerá a inclusão do determinante democrático para a pluralização do Judiciário. Nos momentos antecedentes aos pareceres do AGU (quando for o caso) e do PGR é que devem ser ouvidos os atores democráticos para que seja atribuída uma maior legitimidade aos pronunciamentos judiciais em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Por todo o procedimento tratado neste capítulo, pensa-se que legalidade já reveste os pronunciamentos do STF em sede de controle concentrado, mas a legitimidade está para além da legalidade, a noção de legitimidade, como tratado no item 2. 3, pressupõe a inserção do “*demos*” que caracteriza o regime democrático de direito nos processos de tomada de decisão.

Por seus efeitos normativos, e por sua repercussão no universo fático, a participação democrática no controle concentrado há de conferir maior legitimidade aos seus pronunciamentos, participação esta que deve ocorrer no curso da instrução processual de que tratou este capítulo. O modo de que esta participação se dará, notadamente através de meios institucionais já existentes, será objeto do capítulo seguinte.

4 A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF

A Constituição Federal Brasileira de 1988 estabeleceu uma nova ordem de valores no Ordenamento Jurídico Brasileiro, fundada na dignidade da pessoa humana. O referido princípio constitui o núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais e representa, segundo Daniel Sarmento:

O epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado. (SARMENTO, 2000, p.59/60).

Inspirado na filosofia kantiana e proclamado pela Declaração dos Direitos Humanos (1948), a adoção deste princípio pelas Constituições contemporâneas, como a da Itália (1947), a da Alemanha (1949), a de Portugal (1976), da Espanha (1978), e, posteriormente, a do Brasil (1988), representou a reaproximação entre a moral e o direito e a superação do positivismo clássico, que dera ensejo, sob o manto da legalidade, às barbáries cometidas contra os seres humanos durante a Segunda Guerra Mundial.

A dimensão valorativa passou a permear o mundo do Direito e os modelos impostos pelo positivismo clássico perderam força, principalmente na interpretação e aplicação do direito.

Nesse contexto, e diante de uma sociedade marcada por profundas disparidades de interesses, surge uma teoria constitucional que tenta aproximar esta sociedade pluralista do direito e dos Processos de Poder, privilegiando o processo argumentativo.

A noção de participação ativa e a pluralidade de sujeitos ao determinar a verdadeira teleologia da matriz constitucional ganhou especial relevo com a obra de Peter Häberle, que defende uma pluralidade de sujeitos no processo de interpretação constitucional.

Para Häberle, a sociedade é a origem e o fim da norma, assim, “Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica ou

funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo.”(HABERLE, 2002,p.34).

Como os processos de controle concentrado no STF tem o escopo de interpretação da norma constitucional, eficácia vinculante e alcance geral, o povo deve atuar, ainda que não seja o legitimado formalmente competente para a interpretação da norma constitucional, neste sentido escreve Häberle:

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania no sentido do art. 33 da Lei Fundamental. Dessa forma, os Direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes(Beteiligtenkreis). Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição! Por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade, v.g., na estruturação do setor econômico público. (HABERLE,2002,p.37/38)

A citação de Häberle deixa clara a intenção de inserção do povo no processo de interpretação constitucional já que não há uma transferência alienada do Poder ao Estado. Na condição de cidadão, é também um dever de cidadania participar dos processos que ditam os rumos constitucionais em uma democracia.

A sociedade aberta de intérpretes da constituição é tida assim, como uma abertura ao pluralismo também para a interpretação da norma constitucional, e não apenas na representação política.

O papel da sociedade aberta constitui-se, portanto, na participação, direta ou indireta, dos agentes sociais no processo hermenêutico com uma dúplice função: a função de intérprete e a função de destinatária da norma. Para fins desta pesquisa a sociedade aberta exerce ainda o papel de legitimador, enquanto participante dos processos de tomada de decisão, da própria função judicial.

A incorporação da dimensão valorativa, no entanto, apresentou outras vertentes no direito, como a proteção de bens de todos, com características coletivas. Norberto Bobbio afirmava que se vive numa “era dos direitos” (BOBBIO, 1992, *passim*) na qual as reivindicações sociais se ampliam e buscam referências

estáveis em uma nova positivação de aspirações formuladas por movimentos de massa.

Estes anseios coletivos vão desaguar no Poder Judiciário, tido como hermeticamente fechado, e questiona-se em qual medida o Judiciário traduz, efetivamente, estes anseios populares.

Falou-se no item 2.3 que o Judiciário legitimar-se-ia na sua atuação, enquanto garantidor de uma ordem tanto na esfera privada de autonomia, quanto em uma autonomia cidadã. Para conseguir este feito, no entanto, deve-se ter em conta que “cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública(...) representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato.” (HABERLE, 2002, p.14).

A cidadania participativa e a pluralização também no Judiciário é uma das possibilidades, autorizadas pela Constituição Federal de 1988 de materializar o que Paulo Martinez chama de democracia ascendente:

A concepção da organização social e estatal, ou de governo, de baixo para cima, localizando o poder maior na base da sociedade, não é só especulação filosófica ou utópica. Ela faz parte do corpo disciplinar da política; tem um nome próprio no vocabulário oficial: chama-se democracia ascendente. Muitos autores preferem a expressão democracia direta, que no fundo vem a ser a mesma coisa.

[...]

O modo de construir uma nova democracia não pode ser a obra de nenhum pensador isolado, nem a importação de modelos pré-fabricados de qualquer lugar do mundo. O hábito de copiar e imitar modelos estrangeiros, assim como as políticas intervencionistas que tentam impor os modelos de um país a outros, já provaram o fracasso e deixaram cicatrizes, como foram o Estado Novo, o desenvolvimento dependente e a modernização liberal. (MARTINEZ, 1997, p.78/79)

Não trata-se de inovação, não trata-se de importação, trata-se de realçar um dever de cidadania e perceber que “sem a incorporação dessa imensa maioria no processo da vida social não se pode nem sonhar com a imagem de um futuro melhor do que o presente.” (MARTINEZ, 1997, p.80)

Sobre a participação como realização da cidadania, assim ensina Pedro Demo em seu “Participação é Conquista”:

No lado dos deveres, aparece sobretudo o compromisso comunitário de cooperação e co-responsabilidade. Cidadania pressupõe o Estado de

direito, que parte, pelo menos na teoria, da igualdade de todos perante a lei e do reconhecimento de que a pessoa humana e a sociedade são detentores inalienáveis de direitos e deveres. Processos participativos acentuam, é claro, a cidadania organizada, ou seja, não a individual, por mais que esta também tenha sua razão de ser. A organização traduz um aspecto importante da competência democrática, por coerência participativa, bem como por estratégia de mobilização e influência. Não interessar-se por formas de participação organizada significa já uma visão ingênua do processo social, porque, por mais crítica que seja a cidadania individual, não quer dizer que tenha relevância social, como estratégia de transformação. (DEMO, 2009, p.70)

A sociedade aberta materializa-se com a incorporação deste senso de dever de participação pelo cidadão. A participação contribuiria para uma interpretação constitucional para além do processo constitucional concreto, como indica Peter Häberle:

Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*Zwischenträger*). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva de consistência (*Vorbehalt der Bewährung*), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos “intérpretes da Constituição da sociedade aberta”. Eles são os participantes fundamentais no processo “*trial or error*”, de descoberta e obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão em potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera publicada realidade (*die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto. (2002,p.42/43).

Não se quer com isso, parecer por demais otimista, sabe-se do longo percurso e que, mesmo em advogando-se por uma democratização do Judiciário, muito ainda há que ser feito.

Sabe-se que a desigualdade não a permitirá a participação e envolvimento em termos tão amplos quanto se gostaria. A falta de educação (Estatal) de qualidade, acesso aos meios próprios e informação e participação dificultam esta realização plena.

José Murilo de Carvalho afirma ser a desigualdade o novo câncer da vida cívica:

José Bonifácio afirmou, em representação em representação enviada à Assembleia Constituinte de 1823, que a escravidão era um câncer que

corroía nossa vida cívica e impedia a construção da nação. A desigualdade é a escravidão de hoje, o novo câncer que impede a constituição de uma sociedade democrática. A escravidão foi abolida 65 anos após a advertência de José Bonifácio. A precária democracia de hoje não sobreviveria a espera tão longa para extirpar o câncer da desigualdade. (CARVALHO, 2008, p.229)

A despeito do problema da inclusão, a divulgação destes ideais, a utilização da publicidade, a transmissão de causas importantes pelos mais diversos meios de mídia, são todos meios para que esta participação ocorra e são meios para a formação de uma cidadania ciente dos deveres e de noções de dignidade.

Neste estudo prega-se o despertar de uma nova concepção Jurídica de cidadania, que consistiria em uma cidadania que supera a gana pelo reconhecimento de direitos e participa, ativamente, para a efetividade e boa implementação dos direitos já reconhecidos, tomando a consciência de que a contrapartida do reconhecimento de direitos é a tomada de consciência dos deveres.

Nos dizeres de Cristiani Diógenes, uma nova concepção jurídica de cidadania consiste somente será possível quando:

Acreditamos que somente numa autêntica democracia participativa o exercício da cidadania pode ultrapassar o mero discurso, tornando-se uma prática concreta no cotidiano das sociedades democráticas e lembrando sempre a construção de espaços democráticos, em que se efetive a cidadania associada a políticas públicas garantidoras das necessidades básicas a uma vida digna. (MAIA, 2008, p.265/266)

Este dever de cidadania, passo para uma democracia participativa, tão proclamado na Constituição Federal de 1988, irradia seus influxos por todas as esferas de poder. No âmbito legislativo, a Lei 9.868/99, ao institucionalizar a figura do *amicus curiae*¹⁸ na jurisdição constitucional brasileira, representa um eloquente exemplo da forte influência da doutrina de Häberle que propugna por uma interpretação aberta e pluralista da Constituição.

No âmbito do Executivo, são cada vez mais comuns a realização de audiências públicas, em todas as esferas de governo, seja para discussões orçamentárias como a instituição de orçamentos participativos, seja para a discussão sobre elaboração e instituição de políticas públicas, como foi o caso da

¹⁸ Amicus Curiae ou Amici Curiae (no plural), são “amigos da corte”, e, segundo definição contida na ADI 3.819-ES em decisão monocrática do Ministro Eros Grau consistem em “terceiros colaboradores que trazem aos autos informações relevantes ou dados técnicos, se assim entender necessário o relator. (decisão monocrática, julgamento em 5-6-2007, DJ de 13-6-2007.)

elaboração da Política Nacional de Resíduos Sólidos(PNRS), criada pela Lei nº 12305/2010 que contou com audiências públicas regionais e uma nacional coordenadas pelo Ministério do Meio Ambiente e realizadas entre setembro e dezembro de 2011, no total de seis. (FONSECA, *et al*, 2013, p.12)

Na jurisprudência, decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em tempos recentes demonstram a inestimável contribuição de Peter Häberle ao desenvolvimento do Direito Constitucional no Brasil, como exemplo tem-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-DF, na qual se discutiu a constitucionalidade da pesquisa científica com células-tronco embrionárias. A audiência pública realizada no dia 20 de abril de 2007 contou com a participação de especialistas na matéria (pesquisadores, acadêmicos e médicos), além de diversas entidades da sociedade civil, e produziu uma impressionante gama de informações e dados que permitiram ao Tribunal, no julgamento definitivo da ação (em 29.5.2008), realizar o controle e revisão de fatos e prognoses legislativos e apreciar o tema em suas diversas conotações jurídicas, científicas e éticas.

Também ocorre com o exemplo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101, a audiência pública realizada no dia 27 de junho de 2008 debateu o tema da importação de pneus usados e sua problemática em face dos princípios constitucionais que protegem o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a participação durante o julgamento, na qualidade de *amici curiae*, que inclusive, hoje, tem a possibilidade de sustentação oral, representa uma das formas de participação dos atores sociais no controle concentrado de constitucionalidade.

Outros julgamentos marcam a importância da manifestação da sociedade no STF, notadamente em questões ambientais, tais como ADI 2.007-MC, sobre a Liberação de O.G.M(Organismos Geneticamente Modificados), ADI 3.540-MC, tratando do direito à preservação da integridade do Meio Ambiente, ADI 3.776 sobre as “ Rinhas de Galo”, entre outras.

O Supremo Tribunal Federal tem hoje a incumbência de ser a Corte Constitucional nacional, em assim sendo, os direitos da maior relevância vão, em último caso ser resolvidos por aquele Tribunal.

A Jurisdição Constitucional no Brasil adota hoje um modelo procedimental que oferece alternativas e condições as quais tornam possível, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional.

É sobre esta dualidade entre Judiciário e Sociedade pluralista, e a tese de que não seja uma dualidade e sim um unísono, que defende-se a inserção da sociedade nos processos de controle concentrado.

Veja-se que não defende-se a total coincidência da manifestação democrática com a decisão final dos ministros do STF, até porquê nem sempre os “ouvidos” serão técnicos em suas emissões de opinião, ou pelo menos juridicamente técnicos, mas, pelo menos, perceber-se-á o que o senso comum, ou os envolvidos e diretamente afetados, ou o corpo técnico especializado no assunto tem a dizer sobre a matéria, e, para que esta posição seja afirmada ou refutada, deverá ser suficientemente motivada, o que impede, em certa medida, o argumento de autoridade do Supremo Tribunal Federal de dizer o que quer, pelo fato de ser o Supremo e nada mais.

4.1 Atores da atual democracia

Apesar da crise de representatividade, de considerar cada julgador do STF uma “ilha¹⁹” (PEREIRA, 2013, p.59) e de que, tendenciosamente não percebe-se no Judiciário a melhor representação da democracia, o povo não está totalmente ausente na atuação em controle concentrado já que existem instituições estatais para representá-lo, além das formas de participação direta já utilizadas.

O Estado já designa papéis institucionais na defesa da democracia, o que pode ser percebido pela lista de legitimados para proposição das ações em controle concentrado de constitucionalidade listadas no artigo 103 da Constituição da República.

Inicialmente, é prevista a legitimidade do Presidente da República, que é o expoente maior da democracia, com a fácil percepção de todas as características democráticas modernas elencadas por Bobbio registradas no item 2.1 desta pesquisa (eletividade, não perenidade, representação política). Além disso, o Presidente tem como compromisso “manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro” (BRASIL, 1988, art. 78),

¹⁹ Merval Pereira é Jornalista e fez publicar em 2013 o livro chamado “Mensalão”, onde registra o dia-a-dia do julgamento da Ação Penal nº 430. No capítulo que denomina “As razões de cada um” registra: “Diz-se que os ministros do STF são onze ilhas, por decidirem isoladamente, sem o espírito de coletividade. Mas pelo menos uma questão preocupa o conjunto: a credibilidade da corte” (2013, p.59)

sendo crime de responsabilidade os atos deste agente que atentem contra a Constituição. (BRASIL, 1988, art. 85).

Em segunda posição, avançando entre os legitimados do artigo 103 da Constituição Federal, estão as mesas das casas legislativas federais, a mesa da assembleia legislativa ou da câmara legislativa do distrito federal. O Poder Legislativo está representado como legitimado para questionar a constitucionalidade de atos normativos. Sendo a competência típica deste Poder a elaboração de leis, a opção de tentar declará-las inconstitucionais também deve lhe ser afeta. Além da representação do povo traduzida no Poder Legislativo, a representação das minorias deve ser assegurada por estes legitimados já que cada mesa é eleita, sendo assegurada, “tanto quanto possível, a participação proporcional das representações partidárias ou dos blocos parlamentares com representação na casa”.²⁰

Em simetria com o Chefe do Executivo federal, o Chefe do Executivo estadual (governador de Estado e do Distrito Federal) figura como representante eleito e representante das unidades federativas que compõem o Estado Brasileiro, devem também eles zelarem pela unidade e legalidade do sistema de normas.

Frise-se que a jurisprudência indica que estes últimos legitimados elencados devem observar a pertinência temática para a propositura das ações constitucionais, conforme já tratado no capítulo 3 deste estudo.

Além dos representantes de Estado, eleitos por voto direto, secreto, universal e periódico, representantes dos Poderes Legislativo e Executivo, existem no rol dos legitimados, instituições de representação cidadã e das minorias tais como o Ministério Público – representado pelo Procurador Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Aqui cabe o questionamento sobre a legitimidade da Defensoria Pública, que não aparece entre os legitimados elencados no texto constitucional, o que entende-se por grande falha no sistema constitucional de legitimação das ações de controle concentrado. Havendo o reconhecimento da defensoria como essencial à função do Estado, consoante a nova redação do art. 134 da Constituição, conferida pela Emenda Constitucional nº 45 do ano de 2004 (a chamada reforma do Poder

²⁰ A eleição das mesas das casas legislativas é realizada em sessão preparatória, de conformidade com o Art. 57§4º da CRF88, e a representação é determinada conforme o regimento interno de cada casa, no Senado, com previsão nos arts. 3º e 46 e na Câmara Federal no artigo 14 e ss, de seu Regimento Interno.

Judiciário) deveria figurar algum representante da defensoria entre os legitimados. Na atualidade, à defensoria foi reconhecido o direito de pleitear, por intermédio da ANADEP, em nome de seus próprios interesses. O que, entende-se já está disciplinado, tendo em vista a legitimidade das associações:

A Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP) dispõe de legitimidade ativa *ad causam* para fazer instaurar processo de controle normativo abstrato em face de atos estatais, como a legislação pertinente à Defensoria Pública, cujo conteúdo guarde relação de pertinência temática com as finalidades institucionais dessa entidade de classe de âmbito nacional." (ADI 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-2005, Plenário, DJE de 19-9-2008.

Ainda há muito a discutir-se sobre a legitimidade da Defensoria Pública entre o rol de legitimados mas algum avanço é percebido. Por exemplo, no âmbito estadual do Estado do Ceará, a constituição estadual já traz dispositivo que prevê ao Defensor Público Geral a proposição das ações em sede de controle concentrado estadual. O avanço à esfera federal é ainda aguardado.

Nada obsta que defensorias e procuradorias locais e regionais, diante da magnitude de alguma matéria, officie ao legitimado que entender mais adequado e que este último ofereça a Ação Constitucional que entende cabível.

São estes então os legitimados corporativos ou institucionalmente aceitos para a representação democrática. É uma grande conquista do regime democrático instituído pela Constituição Federal de 1988, mas não é o suficiente.

Conhecer o Tribunal Constitucional é essencial ao Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma Corte que cada vez mais ganha repercussão midiática e atinge a todos em seus pronunciamentos. Além de conhecer, defende-se a ideia de participação efetiva da sociedade, através dos meios instituídos, nos processos de tomada de decisão da corte.

Apesar da proximidade favorecida pela mídia, o distanciamento ainda é sentido, como já falava, no final da década de 60, Aliomar Baleeiro:

Conhecerá o povo seu Tribunal mas elevado, supremo por nome e definição? Alimento minhas dúvidas, fruto de observações de uma vida já longa em contato com os vários grupos da população. Fora dos meios forenses e políticos, de si restritos, o homem da rua, ainda quando relativamente educado, não forma nítida compreensão do papel que desempenha, no papel de nossas instituições, uma Corte de Justiça, cujos contornos políticos, no mais sobre o gregó sentido da palavra, a distinguem dos outros tribunais. (BALEIRO, 1968,p.10/11)

O entrosamento entre a alta corte judiciária e os cidadãos deve ser uma prática defendida, divulgada e praticada, além de amplamente incentivada. Mecanismos estatais já existentes não são utilizados em todo seu potencial, e uma maior participação garantiria maior legitimidade ao pronunciamento da Corte.

Sobre o necessário pluralismo de que tratou-se até o momento e sua relação com a legitimidade judicial, acredita-se que estes fatores estão diretamente relacionados, de forma que tão mais legítimos serão os pronunciamentos do STF quanto mais plurais e fundamentados sejam os seus pronunciamentos. Relação que é exposta através de uma curva de legitimidade.

4.2 Dos níveis de legitimidade na decisão judicial em Controle Concentrado

Na parte propositiva deste trabalho, pensa-se, a fim de materializar a pesquisa realizada, que a demonstração gráfica da tese aqui defendida atenderia a um gráfico de níveis ascendentes, em que na parte mais baixa estaria representada uma decisão judicial em sede de controle concentrado de constitucionalidade no modelo tradicional; em um patamar superior estaria uma decisão da mesma modalidade robustamente fundamentada por argumentos fáticos, de direito, principiológicos e não exclusivamente retóricos; e em um terceiro nível, ao que pensa-se, próximo à democracia ascendente proposta por Paulo Martinez e plural conforme a doutrina de Haberle, estaria uma decisão que, além de bem fundamentada, apresenta como atores na instrução processual, a participação democrática dos sujeitos interessados, contendo os motivos de suas aceitações ou refutações de tese, restando assim o posicionamento judicial amplamente amparado pela legitimidade democrática e fundamentação judicial.

Sendo o Estado Constitucional Brasileiro instituído para ser Estado Democrático, que tem como fundamento o pluralismo político, esta é uma noção que deve prevalecer e atribuir legitimidade aos pronunciamentos judiciais, notadamente em se tratando de um estado de Direito e que atribuiu aos pronunciamentos da Corte verdadeiros efeitos normativos.

É da natureza da realização da constituição que o pluralismo seja expressado também no Judiciário, e como forma de realização deste pluralismo haja participação do maior número de atores na tomada de decisões.

Esta seria uma das formas de reconhecer e atribuir maior legitimidade aos pronunciamentos do STF. Esta, inclusive, é uma proposição a que se chega após o reconhecimento inevitável do papel central do STF na estrutura judiciária brasileira.

Outros estudos seguem no sentido de aprimoramento das funções da justiça através do aprimoramento das funções do STF. É o caso, por exemplo, dos princípios de *good governance* ao Judiciário Brasileiro:

O conceito de *good governance* apresenta uma arquitetura complexa. As características comuns são incremento da aplicação de diversas técnicas de gestão e de formas indiretas (regulações) de condução dos assuntos públicos, além da participação dos atores públicos e privados e da combinação de níveis institucionais (global, regional, nacional, local). A proposta vai transformar os princípios clássicos com métodos modernos de gestão, e pauta-se na abertura para a participação do maior número de atores na tomada de decisões, no combate à opacidade e à inoperatividade das organizações de poder, na responsabilização, transparência e coerência, sem esquecer-se das eventuais e possíveis consequências das atuais decisões para as gerações futuras. (BOCHENEK; DALAZOANA, p.117)

Esta é uma tendência que tem preocupado os pesquisadores da estrutura judicial já que a expressão do pluralismo judicial ainda está em construção, como afirma Aline Lisbôa: “A despeito de a participação social nos debates constitucionais estar prevista textualmente desde 1988, a forma da sua implementação ainda está em construção e o Supremo Tribunal Federal ocupa posição central neste processo.” (LISBÔA, 2013,p.19)

Assim, movido pelo ímpeto do pluralismo ditado pela constituição, pensa-se que tão mais legítimas quanto democráticas seriam os pronunciamentos do STF de formas que, em sua expressão gráfica, os níveis de legitimidade mostrar-se-ia como indicado na figura:

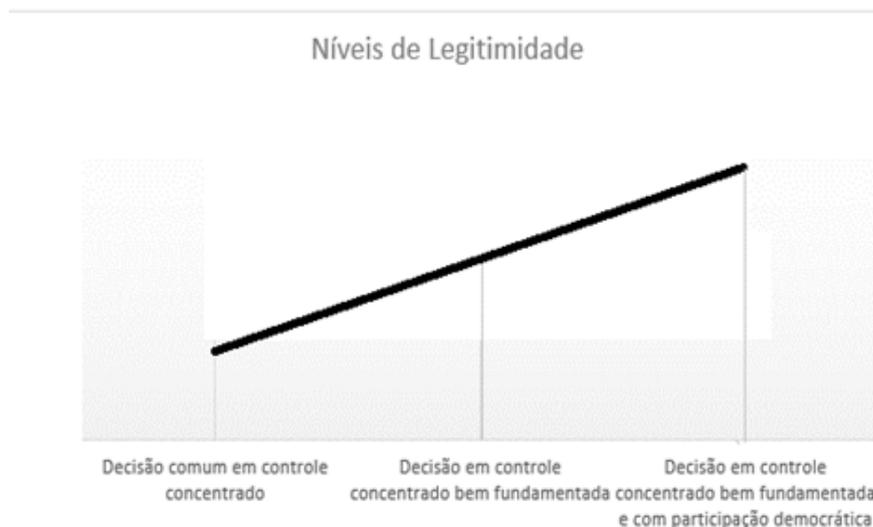


Figura elaborada pela autora

Justifica-se a expressão em gráfico para atribuir apego visual ao entendimento já exposto no item 2.3, de que a legitimidade judicial nas democracias modernas deve transcender a ideia de legalidade, ideia já superada do positivismo clássico, para pensar a legitimidade como algo muito mais ligado à manutenção dos objetivos da Constituição que propriamente de sua composição ou forma de ingresso.

A decisão judicial que atenda aos requisitos mínimos legais, seja portanto, mais legal do que legítima, esta ocuparia a primeira posição no gráfico.

A decisão judicial bem fundamentada, na segunda posição do gráfico, não diz respeito à simples subsunção à lei. É também isto. A decisão bem fundamentada traz sua fundamentação legal e social, apresenta razões de fato e de direito, se preocupa em justificar suficientemente sua parte dispositiva.

No terceiro patamar, somar-se-ia as ideias anteriores e acresce-se a inclusão do fator político democrático daquele detentor do poder nas democracias. A forma como pode se dar esta inclusão plural e democrática já é institucionalmente prevista e será melhor detalhada no item seguinte.

4.3 Instrumentos de Participação Democrática no Controle Concentrado de Constitucionalidade

Ao instituir a nova ordem democrática e social a Constituição Federal de 1988 já previu mecanismos de acesso ao Judiciário mais facilitado, pulverizando a

instituição de defensorias e procuradorias, ampliando o acesso à justiça por garantir gratuidade, instituindo ações para proteção de direitos coletivos e, sobretudo, garantindo ao indivíduo o acesso ao controle de constitucionalidade das leis, qualquer um, desde que a arguição se dê pela modalidade difusa.

Assumiu o Estado Brasileiro uma postura perceptivelmente democrática, como aponta Paulo Bonavides:

Se a iniciativa do controle é porém, menos rígida, mais aberta, mais flexível, dela podendo participar os cidadãos, a sindicância de constitucionalidade toma pela via direta feição incontestavelmente democrática, senão liberal, porquanto permite ao indivíduo atuar numa esfera conducente ao controle dos atos do poder. (2010,p.325)

Ao tratar do Controle por via de exceção (concentrado), a amplitude não foi tamanha como ao tratar do controle por via de ação (difuso), garantindo legitimidade ativa a determinadas pessoas que possuem um alcance representativo geral.

A despeito da não participação como legitimado ativo, o interessado, o corpo técnico ou o diretamente atingido pela manifestação da Corte tem mecanismos de ser inserido na discussão processual em sede de controle concentrado. A utilização e o aperfeiçoamento destes mecanismos é o que inserirá no Judiciário o fator plural a que se tem dado destaque neste trabalho.

Todas as oportunidades de manifestação aqui relacionadas, exceto uma (a utilização da mídia, que pode e deve ocorrer durante todo o processo) dizem respeito ao momento de instrução processual tratados no capítulo 3, antes da manifestação do PGR e do AGU, quando for o caso de manifestação deste último.

4.3.1. *Amicus Curiae*

O *amicus curiae* é o instrumento por excelência desta inserção plural nos processos de Controle Concentrado de Constitucionalidade. Configura verdadeiro “amigo da corte” e “colabora inequivocamente no aperfeiçoamento das decisões judiciais, à medida que garante aos magistrados maior embasamento e precisão, notadamente nas questões de considerável complexidade” (BISCH, 2010, p. 152).

A definição pode ser extraída da jurisprudência da própria Corte, quando em decisão monocrática o Ministro Eros Grau indica que “*Amicus Curiae* ou *Amici Curiae* (no plural), são “amigos da corte”, e consistem em “terceiros colaboradores

que trazem aos autos informações relevantes ou dados técnicos, se assim entender necessário o relator”.(ADI ADI 3.819-ES .Decisão monocrática, julgamento em 5-6-2007, DJ de 13-6-2007.)

É um instituto muito conhecido no sistema da *common law* e nos tribunais internacionais, mas no Brasil ficou conhecida quando a Lei 9.868/99 consagrou a figura no art. 7º, § 2º.

Isto não quer dizer que seja esta a origem do instituto no Direito brasileiro. A figura já existia desde a década de 70, na Lei 6.385/76, no art. 31, que trata da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) e na Lei 8.884/94 (Lei do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica), no art. 89. Por se tratarem de leis muito específicas, a figura do *amicus curiae* não era muito conhecida no direito brasileiro. Ela só se tornou realmente conhecida a partir da lei 9.868/99 (ADI, ADO e ADC), seguida da lei nº 9882/99 (ADPF).

A participação do Ministro Gilmar Mendes no processo de elaboração destas leis e a nítida influência da doutrina alemã podem ser percebidas na instituição do *amicus curiae* no direito brasileiro, conforme lições de Isabel Bisch:

Peter Haberle, ao defender a necessidade de instituir nas democracias contemporâneas uma comunidade aberta de intérpretes da Constituição, exerceu e exerce, não há dúvidas, tremenda influência sobre os magistrados do STF, quanto à admissibilidade do *amicus curiae*. Para chegar a esta conclusão, basta consultar a vasta jurisprudência da Corte acerca do tema e verificar as numerosas referências feitas pelos ministros ao jurista alemão. Aliás, o que é mais relevante, as ideias do jurista foram suficientemente significativas para influenciar o próprio legislador brasileiro, que previu a possibilidade de manifestação de diferentes entidades e órgãos não só nas leis nº 9.868 e 9.882 de 1999, que regulamentaram ADIN, a ADC e a ADPF, mas também nas Leis nº 11.417 e 11.418, de 2006, que regulamentaram, respectivamente, a edição de súmulas vinculantes e a repercussão geral do recurso extraordinário.

Conforme disposição da Lei nº 9868/99, não se admitirá intervenção de terceiros na ADI mas permitir-se-á a participação de “outros órgãos ou entidades”, “considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes”. (LEI 9868/99, art. 7º, §2º.)

Estes órgãos ou entidades não figurarão como partes do processo, até por tratar-se de processo objetivo em que há partes por um requisito apenas formal. Contudo, emitirão opinião, apresentarão memoriais e, mais recentemente, permitir-se-á a sustentação oral no Tribunal (A.D.I.'s 2675/PE e 2777/SP).

O *amicus curiae* é um forte instrumento de inserção democrática no controle concentrado de constitucionalidade. A contribuição para conferir maior legitimidade aos pronunciamentos da Corte foi reconhecida, inclusive, pelo próprio Tribunal:

O Ministro Celso de Mello sublinhava a importância da admissão do “amicus curiae” porque, de um lado, **permitiria a pluralização do debate constitucional** e, de outro, **conferiria maior legitimidade às decisões do STF, quando tomadas, como na espécie, em sede de controle normativo abstrato**. Frisava que, em face do julgamento da presente medida cautelar, poder-se-ia interpretar essa vedação no sentido de não ser possível a admissão do “amicus curiae” depois de incluído o feito em pauta, para efeito de julgamento definitivo. ADI 5104 MC/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 21.5.2014. (ADI-5104)

Figurarão como *amicus curiae* órgãos ou entidades, ao requerimento do Tribunal ou por iniciativa voluntária, desde que observado o binômio relevância da matéria/representatividade dos postulantes.

A noção de “órgãos ou entidades”, entidades coletivas que, a priori, poderiam excluir a manifestação de um *expert* em determinado assunto se individualmente considerado, deve ser entendida em sentido amplo. Poderão ocorrer manifestações individuais (médicos, cientistas, professores) sempre que relevantes ao esclarecimento da matéria submetida ao Supremo Tribunal Federal.

Com relação aos critérios de admissibilidade, registre-se, o STF tem sido pouco criterioso quanto à análise de admissibilidade:

Mas sobre os requisitos de relevância da matéria-representatividade dos postulantes, o STF tem sido bastante generoso, adotando política de ampla aceitação dos mais diversos órgãos e entidades como Amigos da Corte. Aliás, em recente estudo sobre a questão, foram identificados 469 processos nos quais houve pedido de ingresso de terceiros interessados na causa; e, dos 1.440 pedidos feitos nestes processos, o STF acolheu 1.235 (85,8%) e rejeitou (14,2%). De fato, não é exagero apontar que os deferimentos têm se dado de modo demasiadamente suscinto, quase mecânico, havendo geralmente a breve constatação de que “há nexos de causalidade entre o diploma atacado e a representatividade do requerente”. (BISCH, 2010, p.110)

Em monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, Thais Catib De Laurentiis apresenta dados quantitativos quanto à admissibilidade de *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal. Das 116 ações de controle concentrado analisadas pela autora, 78 tiveram o pedido de admissibilidade como *amicus curiae* deferidos, perfazendo um total de mais de 67% de deferimentos. A autora destaca que muitos deferimentos ou indeferimentos não

trazem argumentação que justifiquem suficientemente a opção pelo ministro em decisão monocrática. (2007, p.21)

Há algum padrão, inclusive, quanto ao ministro relator responsável pela admissão ou não do *amicus curiae* na relação processual, Thais Catib faz destacar que:

Encontram-se alguns ministros que claramente opta por uma aceitação geral qualquer que seja o caso, o *amicus*, ou a ação processual. Dentre eles aparecem os Ministros como Eros Grau, Gilmar Mendes e Celso de Mello (com 100%,100% e 95,5% de deferimento, respectivamente).(DE LAURENTIIS, 2007,p.22)

A admissão de amigos da corte configura verdadeira admissão de amigos da parte, tendo em vista que o *amicus curiae* ingressa no processo para ajudar um dos “lados” da disputa. Segundo pesquisas de Damares Medina, “o ingresso polarizado do *amicus curiae* aumenta as chances de êxito do lado por ele apoiado”, e justifica o desequilíbrio por um “desequilíbrio informacional” em favor de quem se apoia. (MEDINA *apud* LISBOA,p.135)

A pluralidade pode ser identificada como uma realidade proporcionada pelo *amicus curiae* do qual se extraem exemplos que materializam o argumento: No caso de demarcação de terras indígenas, sete comunidades indígenas foram admitidas a figurarem no processo do Supremo Tribunal Federal (Pet nº338/RR); Na ADI nº3772, em que discutiu-se a aplicação do regime de aposentação diferenciado para funções de magistério para educadores e professores ocupantes de atividades de direção, coordenação e assessoramento pedagógico, dezesseis entidades foram admitidas como *amici curiae*, na maioria sindicatos profissionais, mas também a ABIPEM- Associação Brasileira de Instituições de Previdência Estaduais e Municipais; Na ADI 3944 em que discutiu-se a constitucionalidade do decreto que instituiu a adoção do sistema brasileiro de televisão digital em substituição à TV analógica, sete instituições figuraram como *amici curiae*, algumas contra, algumas a favor da inconstitucionalidade do decreto presidencial.

O *amicus curiae* é meio já institucionalizado que confere amplitude ao debate judicial, insere o fator democrático nas discussões do Judiciário, contribuindo, assim, para atribuir maior legitimidade aos seus pronunciamentos.

4.3.1.2. Audiências Públicas

A previsão da realização de audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal adveio com a Lei nº 9868/99, quando prevê no §1º do art. 9º:

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou 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.**

Sem grifos no original

Dez anos após a previsão legal, sua regulamentação no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal com a emenda nº 29/2009 ao Regimento Interno do STF, conferindo atribuição de convocação da audiência pública ao presidente (Art. 13, XVIII RISTF) ou ao Ministro relator (Art. 21, XVII, RISTF).

A ideia é que a discussão do assunto em audiência pública confira substrato aos ministros do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do feito, municiando-os com informações e opiniões de diversos nichos sociais, notadamente os especialistas em questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas.

Até Março de 2013 foram realizadas no STF nove audiências públicas, convocadas por sete ministros²¹:

Ano	Tema	Processo	Ministro
2013	Campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia	REExt 627.189	Dias Toffoli
2013	Novo marco regulatório para a TV por assinatura no Brasil	ADIns 4.679,4.756 e 4.747	Luiz Fux
2012	Proibição do uso de amianto	ADIn 3.937	Marco Aurélio
2012	Lei seca - Proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias	ADIn 4.103	Luiz Fux
2010	Políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior	ADPF 186 e REExt 597.285	Ricardo Lewandowski
2009	Judicialização do direito à saúde	SL 47, SL 64, STA 36 e outros	Gilmar Mendes
2008	Interrupção de gravidez - Feto anencéfalo	ADPF 54	Marco Aurélio
2008	Importação de pneus usados	ADPF 101	Cármem Lúcia

²¹ Relação de audiências públicas realizadas retiradas do portal do STF, disponível *online* em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>. Acesso em 30/3/13.

2007	Pesquisas com células-tronco embrionárias	ADIn 3.510	Ayres Britto
------	-------------------------------------------	------------	--------------

Além destas, em 2013 houve a realização de pelo menos mais três audiências públicas: Sobre a queimadas em Canaviais (Luiz Fux), Financiamento de Campanhas Eleitorais (Luiz Fux) e Regime Prisional (Gilmar Mendes).

A evolução da realização das audiências públicas denota que ainda há muito caminho a percorrer no amadurecimento do instituto, mas que constitui importante meio de democratização do judiciário. Verificando a progressão das três primeiras audiências percebe-se os influxos desta pluralidade no judiciário.

A primeira audiência pública realizada, em 2007, tratou da discussão sobre a lei de biossegurança e de um conceito “operacional” de quando começa a vida. Muito tratou-se da participação social mas o acesso foi bem restritivo:

Apesar do que foi dito sobre a importância da participação social nos debates constitucionais, o delineamento da audiência pública realizada no curso da ADI 3510/DF foi restritivo. A restrição consistiu no fato de o Supremo Tribunal Federal haver pretendido dialogar apenas com “cientistas” ou, como supracitado, com um “setor organizado da comunidade médico-biológica”. (LISBOA, 2013, p.152)

Na segunda audiência pública o acesso foi mais plural e contou com especialistas em meio ambiente, relações internacionais, saúde, economia, comércio exterior, “além de os participantes serem indicados por diferentes órgãos estatais e entidades representativas da sociedade civil” (LISBOA, p.153). Nesta ação discutia-se sobre a importação de pneumáticos usados.

Na ADPF nº 54 a pluralidade restou ainda mais sedimentada. A ação discutia a possibilidade de pesquisas científicas com células tronco embrionárias, e o despacho autorizando a realização da audiência pública foi exarado ainda no ano de 2004, prevendo a participação de órgãos, pessoas e entidades além daqueles já admitidos como *amicus curiae*.

Nesta oportunidade, foram convidadas 14 pessoas e entidades a participarem de um debate sobre a matéria submetida a julgamento:

O ministro do STF (Supremo Tribunal Federal) Marco Aurélio Mello convidou 14 pessoas, entre representantes religiosos, científicos e de ONGs, além de um deputado federal, para participar da audiência pública sobre aborto em caso de anencefalia, que terá início na próxima terça-feira. Serão 15 minutos para cada um dos pontos de vista. O debate começa na terça-feira, com as entidades religiosas CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), Igreja Universal, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, e Católicas pelo Direito de Decidir (CDD). Na semana passada, a CNBB apresentou sua posição sobre o tema: "Para nós independentemente

do estado de saúde, da durabilidade, a vida humana sempre será preservada. "Maria José Rosado, presidente da CDD, diz que reafirmará na audiência pública a necessidade de um Estado laico. "A mulher deve ser respeitada na sua decisão de manter a gravidez mesmo quando não há vida após o nascimento ou de decidir interromper a gestação. "Na quinta-feira seguinte, os ministros ouvirão os representantes científicos. Foram convidados o Conselho Federal de Medicina, a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, as sociedades Clínica Brasileira de Medicina Fetal, Brasileira de Genética Clínica e Brasileira para o Progresso da Ciência, e, por último, o deputado José Pinotti (DEM-SP). "Sou favorável que a mulher possa optar pela continuidade da gravidez ou não", afirmou o parlamentar. "Acredito que o aborto significa a interrupção de uma potencialidade de vida. No caso do feto anencéfalo, não há essa potencialidade porque não há vida sem cérebro. Mas isso não é a minha preocupação. O que eu quero é que a mulher tenha essa opção. "Os representantes da sociedade civil apresentam suas teses no dia 1º de setembro. Os convidados são: Anis (Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero), Adef (Associação de Desenvolvimento da Família), Escola de Gente e Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Reprodutivos. (SUPREMOEMDEBATE, 2008, *online*)

Na terceira audiência o alcance foi ainda mais plural:

Nesse caso, os convidados foram, essencialmente, as entidades da sociedade civil, e não apenas especialistas ou técnicos. Ademais, participaram diferentes setores sociais, como o religioso, médico, científico, parlamentar, biológico, de direitos humanos, de questões de gênero, dentre outros. (LISBOA, 2013, p.154)

Não chegou-se a um grau de excelência, mas caminha-se para tal. Até mesmo a inserção democrática nos processos de tomada de decisão do STF gera algum acirramento na doutrina. Reconhecer a participação social não deve ser entendida como "ceder" à pressão social. O debate, a discussão, a divulgação de ideias é saudável à democracia, mas nunca uma ditadura das minorias.

A finalidade da realização de audiências públicas, assim como da consulta por *amicus curiae* é a pluralização do debate judicial e a consecução de informações por parte dos Ministros da Corte. No caso da ADI, a fundamentação estaria no art. 7º§2º da Lei 9868/99 para o *amicus curiae*, e no art.9º§1º para as audiências públicas. A forma de manifestação diferenciada e a fundamentação diferenciada leva a tratar os dois institutos como formas autônomas de garantir a pluralização do Judiciário.

Este não é o mesmo entendimento de Mônica Leal e Rosana Maas, que, em artigo publicado na Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) em que propõem uma classificação para a figura do *amicus curiae* no qual o gênero do instituto tem por finalidade a abertura processual, em sentido estrito ele vislumbraria a pluralização do debate e se fundamentaria no art.

7º§2º da Lei nº 9868/99, e em sentido lato visaria a informação do juízo, tendo por fundamento os art.9º , §1º e 20,§1º da Lei nº 9868/99 e o art.6º§§ 1º e 2º, da Lei 9882/99. (LEAL; MASS, 2010, p.47)

Com a máxima *vênia* à opinião das autoras, pensa-se que na prática, assim como na lei, tratam-se de institutos distintos, de maneira de manifestação distinta. Na audiência pública podem opinar sujeitos que figurem como *amicus curiae* ou não. O debate em audiência pública é institucionalizado, requer cadastro prévio por uma questão de organização prática, por observar a capacidade do espaço de realização e para disciplinamento de segurança, já o *amicus curiae* produzirá instrumentos que comporão o processo, sejam manifestações, memoriais e precisam de uma organização procedimental, atendendo às especificidades do processo civil.

São ambas situações de pluralização do debate, mas distintas em sua própria natureza.

4.3.1.3. Sustentação Oral com Perguntas abertas aos Ministros

A sustentação oral durante os julgamentos da corte é direito assegurada pelo Regimento Interno do STF (Art.131 RISTF) e que, exceto nos períodos autocráticos, sempre teve seu exercício assegurado.

Não são todos os ministros e juízes que reservam tempo entre seus compromissos para receber advogados e tratar sobre suas causas de interesse. Por vezes somente resta ao advogado a defesa do interesse oralmente na oportunidade de sustentação oral.

O advogado que exerce esta árdua tarefa de defender o direito na tribuna tem que falar bem, ter boa postura, ter domínio do processo e da tese defendida e tem que contar com que, com sorte, os Ministros (ou Desembargadores, ou Juízes), detenham a ele sua atenção.

Não bastasse todo o malabarismo realizado para o sucesso da sustentação oral realizada no Tribunal, esta é a oportunidade última antes de os ministros proferirem seus votos, que no mais das vezes já é apresentado pronto enquanto o advogado sustenta oralmente na tribuna.

Sabedor do processo, tendo acompanhado as partes, e sendo responsável pela elaboração de tese de constitucionalidade ou inconstitucionalidade

de ato, entende-se que é também oportunidade de democratização no judiciário se as últimas dúvidas, arrazoados e questionamentos fossem elaborados, defendidos e respondidos ali, na própria defesa de interesses na Tribuna.

Some-se ao fato de que todas as audiências são transmitidas por recursos de mídia e que aquela pergunta ou questionamento tem um alcance muito maior do que o simples momento em que ela é elaborada.

É uma forma de fortalecer o papel do advogado nesta oportunidade no interesse do cliente mas muito mais, no interesse democrático de debater a norma ou a situação de fato ao Supremo Tribunal Federal submetida.

4.3.1.4 Pareceres Consultivos

Por vezes, a participação plural nos processos de tomada de decisão pelo STF não detém a grandiosidade do alcance geral que justifique a convocação de uma audiência pública ou a participação de inúmeras autoridades como *amicus curiae*.

Eventualmente, uma causa tributária precisa, para ser esclarecida, de uma perícia contábil bem elaborada; outro exemplo pode ser apresentado como no caso de financiamento de algum serviço de saúde em que, para a tomada da decisão, precisa-se saber da imprescindibilidade do procedimento e a repercussão de riscos.

Não tem como um Ministro, sozinho e por si, ser sabedor suficiente de todas as demandas que lhe são submetidas. Com a constitucionalização do direito e os influxos dos direitos fundamentais também para as relações privadas, o universo de causas e assuntos submetidos ao Supremo Tribunal Federal alcança uma amplitude frenética.

Nestes casos, defende-se uma abertura do Judiciário, que dispa-se de seu hermetismo tradicional e conte com a possibilidade de solicitar a emissão de pareceres, perícias, consultas a especialistas no assunto para facilitar o entendimento sobre a matéria e possibilitar o bom julgamento da demanda.

4.3.1.5. Utilização da mídia: Transmissões das sessões por rádio e TV

Um dos primados da República é a transparência. Cuida-se da coisa pública quando se é transparente sobre os seus cuidados. As noções de transparência com a coisa pública e a informação para com o cidadão estão intimamente ligadas.

Luiz Gonzaga da Mota indica ser a informação uma condição de cidadania:

Na minha maneira de entender, a questão da construção da cidadania passa necessariamente pela questão da informação, passa necessariamente pela questão da comunicação de um país. Não só diria que passa, como é fundamental a questão da informação na construção da cidadania, principalmente se pensarmos que para um indivíduo passivo se transformar num cidadão ativo obviamente tem que estar informado. (TEIXEIRA, 1986, p.237).

No mesmo debate em que discutia-se sobre “A Cidadania e os Meios de Comunicação”, o debatedor, o Jornalista Hélio Doyle indica que a democratização da informação é reflexo da democratização da própria sociedade:

Essa questão da democratização da comunicação, dos meios de comunicação, para atender a esse pressuposto básico da democracia que é o direito à informação, exige a própria democratização da sociedade, porque só numa sociedade democrática vão-se ter realmente meios de comunicação democráticos. (TEIXEIRA, 1986, p.245)

Como instrumento de cidadania, a transparência serve como meio de controle social e proporciona aproximação da sociedade com as instituições. É o que se afere das lições de BOCHENEK e DALAZOANA:

Entre as principais aspirações da sociedade civil organizada estão o acesso à informação e a livre expressão. O interesse consiste em conhecer, acompanhar e refletir sobre os atos privados e da administração pública, inclusive do judiciário. Os meios de comunicação têm um papel fundamental no acesso à informação, que é facilitada pelas novas tecnologias. A função da imprensa de informar, quando exercida com seriedade, profissionalismo e de maneira imparcial, constitui fundamental mecanismo de controle social das instituições, além de contribuir para aproximação do judiciário com a sociedade (2013,p.123).

Vê-se na transparência e informação uma opção para aproximação do cidadão com o Judiciário. Foi neste sentido que o Ministro Marco Aurélio, no exercício da Presidência da República, fez sancionar a Lei nº 10461/02, que dispõe sobre a criação de um canal de TV reservado ao Supremo Tribunal Federal. O Canal tem por finalidade “a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços

essenciais à Justiça;" (Art. 23, I, *h* da Lei nº 8.977/95 com redação pela Lei nº 10461/02).

Nascia assim em 2002 a TV Justiça, a primeira a transmitir ao vivo os julgamentos do plenário da Suprema Corte. Sob administração da Secretaria de Comunicação Social do STF, a emissora "tem como foco preencher lacunas deixadas por emissoras comerciais em relação a notícias sobre questões judiciais" (STF, 2013, *online*). As atividades da TV Justiça foram iniciadas em 11 de agosto de 2002, quando se celebra a instalação dos cursos jurídicos no país.

BOCHENEK e DALAZOAN destacam o papel pioneiro do Brasil ao transmitir ao vivo, por rádio e TV as sessões da Corte Judicial máxima:

A acessibilidade das informações contribui, assim, para aperfeiçoamento do sistema judicial, além de facilitar o trabalho dos profissionais da área jurídica. Desse modo, o STF e os tribunais devem divulgar amplamente à sociedade civil de seus atos, salvo aqueles que sejam imprescindíveis à segurança da sociedade. Do Estado e à intimidade dos particulares. Os novos meios tecnológicos auxiliam na prossecução da transparência. Tem-se, por exemplo, a internet como importante mecanismo de transparência pela facilidade e rapidez do processo dos dados, além do rádio e da televisão, valendo ressaltar que o Brasil é o único país que transmite pela rádio e televisão, ao vivo, todas as sessões do STF. (BOCHENEK e DALAZOANA, 2013, p.124)

Além das sessões de julgamento, a TV Justiça oferece entrevistas e conteúdo voltado ao cidadão e aos profissionais de Direito, no sentido de descortinar o Poder que até então era o mais fechado dos Poderes Instituídos.

A pluralização do debate faz bem à Democracia. A TV Justiça é responsável ainda pela transmissão das audiências públicas, que são transmitidas pela TV Justiça e pela Rádio Justiça já que, no âmbito do Tribunal, o número de espectadores será limitado à capacidade do local de sua realização.

Especial destaque ganhou a transmissão das sessões de julgamento com o julgamento da Ação Penal nº 430, a ação que popularizou-se com o nome de "Mensalão". Sob o pálio da transparência "o país acompanha pela TV, ao vivo e em cores, o julgamento do mensalão e é testemunha de que tudo se passa na mais perfeita ordem democrática do Estado de Direito." (PEREIRA, 2013, p.167)

O autor ressalta a importância da transmissão para a popularização do próprio STF: "É a transparência da democracia que comanda o espetáculo e populariza do Supremo Tribunal Federal".(PEREIRA,2013,p.222)

A transmissão contribui, inclusive, para que a sustentação oral seja de fato acompanhada pelos ministros, o que tradicionalmente não ocorre na prática cotidiana nos Tribunais.

Muito se questiona, ainda, da atitude dos envolvidos que utilizem dos recursos de mídia para duelos de vaidades, ou para esforçar-se por conquistar a simpatia do público.

Questionado sobre este viés que poderia tomar a transmissões das sessões, o jornalista e consultor Gaudêncio Torquato opina que é possível que certos membros do Supremo sejam "movidos pelo motor das vaidades", que suas identidades passem a ser moldadas pela lâmina midiática, mas "o processo democrático acaba ganhando mais clareza"²².

Continua justificando suas razões:

O STF passa a imagem de uma Corte consentânea com a modernidade, sintonizada com os ecos das ruas". "O Estado-Espetáculo serve também para a exposição de vaidades, Há o risco de ministros jogarem para as plateias, extrapolando os escopos técnicos. Mesmo essa possibilidade é observada, gerando críticas por parte de setores de formação de opinião, a partir da mídia. Ou seja, é mais positiva do que negativa a ampla exposição do STF", conclui Torquato.

Quem tende a ganhar, mesmo entre meios de promoção pessoal e vaidades é a democracia. Como dito acima, ainda estas posturas poderão ser avaliadas pelo receptor atento destes meios de mídia. A informação é uma arma poderosa e cara à cidadania e deve ser ela priorizada.

Além de recursos de TV e rádio, a *internet* tem sido um meio valioso de promoção de informações. As notícias são alcançadas em tempo real, os Poderes não podem passar ausentes da contraprestação social que tem utilizado cada vez mais a internet e as mídias sociais como meio de cobrança, fiscalização e participação.

Percebe-se que a democracia sob a égide do pluralismo inaugurado pela Constituição Federal de 1988 já disponibiliza meios para que a pluralidade de sujeitos alcance os pronunciamentos judiciais, notadamente no Supremo Tribunal

²² MIGALHAS é um portal jurídico na Internet, com conteúdo doutrinário, jurisprudencial e de legislação. O acesso é disponível no site: < www.migalhas.com.br/> e, para a reportagem citada: <<<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI184751,101048-Transmissao+de+julgamentos+do+STF+faz+bem+a+democracia+diz+Gaudencio>>. Acesso em: 22 ago 2013.

Federal. As formas de participação são amplas, sobressaindo àquelas tratadas neste trabalho, que exemplifica os meios que podem ser potencializados.

Além dos tratados neste trabalho, pode-se citar por exemplo que o fortalecimento das Defensorias Públicas, insuficientes em número e alcance territorial pelo Brasil; a conscientização do papel social pelos juízes que pode ser destaque em seus cursos de formação, para que destituam-se da mentalidade positivista em que “privilegiam, majoritariamente, a aplicação da lei em detrimento da justiça”.(CASTRO JUNIOR, 1998,p.117); a informação sobre os meios de acesso às Ações Populares, entre outros.

Os recursos são disponibilizados mas não são utilizados em seu potencial.

Pensa-se que muitas causas são submetidas ao Supremo Tribunal Federal, de grande alcance e repercussão social de forma que não se justificam apenas a realização de doze audiências públicas, quando o debate certamente reforça a legitimidade de seus pronunciamentos, devendo ser mais exercitado.

A participação democrática no Controle Concentrado no STF seria um dos meios de fortalecer a democracia, também aplicada na esfera judicial.

5 CONCLUSÃO

O sistema democrático de governo traduz a ideia de pluralidade de sujeitos e de participação nos processos de tomada de Poder. Na evolução de sua doutrina política, a democracia deixa de ser exercida diretamente, e passa a ser tratada como uma democracia representativa, em que há, não uma transferência de poder, mas sim uma concessão, revogável e sujeita à fiscalização e participação do real detentor do Poder Político.

A democracia na modernidade é remodelada, e ganha vários conceitos, a depender do parâmetro de definição, se procedimental, constitucional, subjetiva, entre outras. A doutrina esforça-se para traçar os contornos do que seria a democracia moderna e alguma regularidade é admitida ao enumerar como elementos que a caracterizem a liberdade dos sujeitos, a vontade política e juridicamente eficaz atribuída ao povo, o voto, a eleição, a temporariedade dos processos eleitorais e a participação política dos sujeitos submetidos ao regime.

O instrumento jurídico capaz de assegurar estas características sociais e políticas é a Constituição, que atua como instrumento orientado à limitação do poder e à garantia de direitos.

A Constituição é um documento político que institui o Estado Democrático Brasileiro, e, simultaneamente institui o mais relevante documento jurídico do país, sendo o topo do ordenamento jurídico e funcionando como fundamento de validade para todas as demais normas, bem como o fundamento último de compatibilidade das decisões judiciais.

Enquanto ápice do sistema normativo e fundamento de validade de todas as demais normas, deve traduzir a vontade do povo, que a instituiu. O limite entre Direito e Política perde o reforço e tornam-se áreas muito afins, o diálogo entre as duas ciências tornam tênues os limites de atuação dos Poderes Instituídos, notadamente o Judiciário que se vale de posturas eminentemente políticas para oferecer resposta aos casos judiciais que lhe são submetidos.

A legalidade da atuação judicial é assegurada no Estado de Direito, mas a legitimidade sofre sérios danos de credibilidade levando à crise de representatividade já presente no Executivo e Legislativo a permear também o

Judiciário, que é o mais hermético dos Poderes, mais técnico, e, historicamente, o mais distanciado dos anseios e participação democrática.

Para se compatibilizar com o novo modelo (moderno) de democracia, contudo, os influxos democráticos tão mais proclamados nos demais Poderes precisam chegar ao Judiciário como instrumento para reforçar a legitimidade deste último, como medida de compatibilidade entre o Judiciário e a Democracia.

Tomando como exemplos os modelos de países próximos como Bolívia, Equador e Venezuela, conclui-se que o modelo eletivo aplicado aos juízes da corte não será o instrumento capaz de conferir maior legitimidade, mas acesso aos seu funcionamento e pronunciamentos proporcionados por uma maior publicidade e transparência de seus atos, bem como pela participação democrática, seja por audiências públicas, manifestações em pareceres, ou ainda o acesso às transmissões das sessões de julgamento.

Em última instância, à Corte Constitucional do país, no Brasil representada pelo STF, cabe a decisão dos embates constitucionais. A nova ordem instituída com a Constituição Federal de 1988 prevê que, nos pronunciamentos de ordem constitucional submetidas à Corte por meio de Ação Direta de Constitucionalidade e demais meios de impugnação de constitucionalidade das normas e atos, os efeitos destas decisões terão efeitos vinculantes e eficácia contra todos, revelando verdadeiros efeitos normativos aos pronunciamentos em Controle Concentrado de Constitucionalidade.

A democratização do Judiciário passa, necessariamente, pela abertura do processo de Controle Concentrado para os principais atores da democracia e reais detentores do Poder Político. Esta abertura se dá com a efetiva pluralização nas Ações de Controle Concentrado que ocorrerá, necessariamente na fase instrutória dos Processos.

O pluralismo político resvala em um pluralismo jurídico e na reinvenção da democracia que inclui uma democracia mais ativa, mais consciente, culminou na necessária adaptação do Poder Judiciário que repensa sua neutralidade típica, passando a assumir uma conduta mais ativa e assistencial à sociedade. O que antes era mera aplicação da lei passa a ter uma função estruturante na concretização dos preceitos constitucionais.

A expansão da atuação judicial como consequência do alargamento dos sujeitos democráticos, do acesso à justiça e mesmo da inatividade dos demais

Poderes governamentais fez surgir o que a doutrina denomina de ativismo judicial, que pressupõe o exercício da atividade criativa do juiz na defesa e implementação dos direitos e garantia das liberdades. Não demorou para que o fenômeno do ativismo judicial fosse intimamente relacionado com a judicialização da política, que é uma consequência da concretização de direitos e democratização do acesso ao Judiciário. Ao responder pela guarda de um documento político, além de jurídico, inevitavelmente a tez política de seu conteúdo terá de ser abordada nos pronunciamentos judiciais.

Observado o princípio da inércia judicial e respeitados os princípios e ditames processuais, o Judiciário é obrigado a “dizer o Direito”, seja como forma de resolver conflitos, seja para suprir o vácuo ou inércia dos demais Poderes.

O Poder Judiciário deve ser limitado, sim. Concorda-se com esta ideia. Mas a limitação deverá advir do próprio titular do Poder constituinte, que deve participar, de acordo com os meios institucionais disponíveis, dos processos de tomada de decisão que tenham efeito vinculante e eficácia contra todos. Deve ser atento aos processos de tomada de decisão, deve manifestar a insatisfação com medidas que não os representa, e assim fortalecer os laços democráticos.

Pelos verdadeiros efeitos normativos às decisões em sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade, deve-se iniciar uma discussão sobre a pluralização de sujeitos e a consequente democratização do Poder Judiciário por estes tipos de processo. Neste trabalho são analisados: o procedimento, os legitimados, o objeto e os efeitos das decisões para as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Ação Direta de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Desde a sua origem no modelo mais próximo com o STF de hoje, em 1890, ao STF é dada a missão de fazer prevalecer a vontade da Constituição e equilibrar os sistemas de Poder. Neste exercício, ganha destaque o exercício do controle concentrado das normas.

O sistema de controle de constitucionalidade foi aperfeiçoado no STF, que hoje segue um sistema misto, com inspirações tanto europeias como norte americanas. Apesar de extensão de efeitos ao sistema difuso de constitucionalidade atribuído pelo STF em alguns de seus pronunciamentos, o controle concentrado tem em sua natureza a produção de verdadeiros efeitos

normativos, e, devido a esta característica, a pluralização dos sujeitos no seu debate faz-se necessário para fazer prevalecer a vontade do detentor do poder político nas democracias.

Percebe-se que a pluralização de sujeitos e algum esforço para aproximação com o detentor do Poder Político devem ser realizados durante a fase instrutória do processo, fase de debates sobre a matéria submetida a julgamento e de formação do convencimento do julgador.

O Estado já designa papéis institucionais na defesa da democracia, o que pode ser percebido pela lista de legitimados para proposição das ações em controle concentrado de constitucionalidade listadas no artigo 103 da Constituição da República.

Além dos representantes de Estado, eleitos por voto direto, secreto, universal e periódico, representantes dos Poderes Legislativo e Executivo, existem no rol dos legitimados, instituições de representação cidadã e das minorias tais como o Ministério Público – representado pelo Procurador Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A pluralização de legitimados é importante, mas não é suficiente. A consciência cidadã imposta pela democracia impõe direitos mas sobretudo deveres aos cidadãos-democráticos, que devem valer-se destes deveres a fim de fiscalizar e participar da coisa pública, além da esfera judicial, mas principalmente nas esferas administrativas e cotidianas.

Além das esferas cívicas cotidianas, ao povo, real detentor do poder político nas democracias deve ser dado participar dos processos de tomada de poder no Judiciário. Meios institucionais já existem para viabilizar este exercício: *amicus curiae*, audiências públicas, sustentação oral com perguntas abertas pelos ministros, emissão de pareceres consultivos e a utilização da mídia são alguns dos recursos já disponíveis e que devem ter sua utilização potencializada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Além de um imperativo democrático, a participação do povo nos processos de tomada de poder servirão para atribuir maior legitimidade aos pronunciamentos da Corte, pluralizando os debates no Poder que é tido como o mais hermético e fechado aos influxos democráticos.

A sociedade aberta de intérpretes proposta por Häberle, para que seja efetivamente materializada nos pronunciamentos do STF não deve participar apenas como fundamento de decisões individualmente tomadas; deve ser instigada a participar ativamente durante a fase instrutória do processo, deve ter além de vez, voz. A informação e discussão são também instrumentos democráticos e podem sim serem exercidas pelo Judiciário.

A participação nos moldes defendidos neste trabalho elevaria o nível de legitimidade dos pronunciamentos judiciais, que tão mais positivos seriam se atendessem os ditames democráticos conferindo fundamentação substancial e a participação do real detentor do poder político.

A pluralização do debate na Corte Constitucional confere maior legitimidade aos seus pronunciamentos e compatibiliza o Poder Judiciário, tradicionalmente hermético e fechado com a democracia moderna, pluralista, constitucional e participativa.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política: Pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático.** Florianópolis: Conceito editorial, 2013.

AMARAL, Larissa Maciel do; GOMES, Marianna de Queiroz. O despertar ambiental: construção de uma nova cidadania. In: **Direito ambiental II** .Org. CONPEDI/UFF ; coordenadores: Maria Lirida Calou de Araujo e Mendonça, Alexandre Coutinho Pagliarini, Sandro Marcelo Kozikoski. – Florianópolis : FUNJAB, 2012.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido.** Rio de Janeiro: Forense, 1968.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto de; MARIANO, Cynara Monteiro. Municipalismo e separação dos poderes: análise da legitimidade do julgado proferido na ADO 3.682 e da edição da Emenda Constitucional 57/2008. Em: BARRETO DE LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; MARIANO, Cynara Monteiro (Org). **O Supremo Tribunal Federal e os casos difíceis.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.p. 119-137.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2011.

BASSIOUNI, Cherif. Hacia una declaración universal sobre los principios básicos de la democracia: De los principios a la realización. In: **Democracia: Principios Y Realización.** Ginebra: Union Parlamentaria, 1998. Disponível em: http://www.ipu.org/PDF/publications/DEMOCRACY_PR_s.pdf . Acesso em fev,17.2014.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. STF, Legitimidade e Corte Constitucional.p.70-87 In: MATIAS, João Luis Nogueira. (coord.). **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo.** 2.ed.São Paulo:Quartier Latin,2013..

_____; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. **Judiciário e STF não só podem, como devem ser controlados.** Disponível em: <http://www.viomundo.com.br/politica/bercovici-e-barreto-lima.html>>. Acesso em 11/05/2013.

BERNARDES, Juliano Taveira. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADINO). Em: DIDIER Jr, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais.** 6.ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 541-582

BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Qual democracia?** Trad. Marcelo Perine. Coleção Leituras Filosóficas. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

_____. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOCHENEK, Antonio Cesar; DALAZOANA, Vinícius. Supremo Tribunal Federal: Aprimoramento das funções da Justiça e Good Governance. **Revista de Direito Brasileira.** Ano 3, v.5. mai/ago.2013. p.114-141

BODIN, Jean. **Os seis livros da República.** Livro Primeiro. Trad. Jose Carlos Osi Morel. Coleção Fundamentos do Direito. São Paulo: Icone, 2011.

BOLÍVIA. **Constitution Política del Estado.** Última actualización : July 5, 2011. Disponível em: <<http://www.transparencialegislativa.org/wp-content/uploads/2013/04/Constitucio%CC%81n-Bolivia.pdf>> . Acesso em 20 de jul de 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Constituição de 1967 c/c EC nº1/69.** Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 27 jul de 2014.

BRASIL. **Decreto 848 de 1990.** Organiza a Justiça Federal. Disponível online em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/1851-1899/D848.htm>,. Acesso em 24 jul 2014.

BRASIL. **Lei de 18 de setembro de 1828.** Crêa o Supremo Tribunal de Justiça e declara suas atribuições. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=81701&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em 20 jan 2014.

BRASIL. **Lei n 9868 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 06 jul de 2014.

BRASIL. **Lei 9882 de 03 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 06 de Julho de 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa** Lisboa, Ano 2, nº08. p. 7882/7883.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. **A democratização do poder judiciário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Regimento Interno do TJCE**. Disponível em: <[http://www.tjce.jus.br/servicos/pdf/Regimento_Interno_\(Intranet\).pdf](http://www.tjce.jus.br/servicos/pdf/Regimento_Interno_(Intranet).pdf)>. Acesso em 28 jul 2014.

DE LAURENTIIS, Thais Catib. **A caracterização do amicus curiae à Luz do Supremo Tribunal Federal**. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo: 2007. 88p. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/106_Thais%20Catib%20De%20Laurentiis.pdf>.

DEMO, Pedro. **Participação é conquista**: noções de política social participativa. 6.ed. São Paulo: Cortez, 2009.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Direta de Constitucionalidade). Em: DIDIER Jr, Fredie (Org). **Ações Constitucionais**. 6.ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 451-540.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?** Principles for a new political debate. Princeton University press. 2006. Livro digital.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

EQUADOR. República del Ecuador. **Constituciones de 2008**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/newsletterPortaInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoDoEquador.pdf>> . Acesso em set. 2012.

FALCÃO, Joaquim. **O Judiciário segundo os brasileiros**. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/c/cf/O_Judici%C3%A1rio_segundo_os_brasileiros.doc>. Acesso em 20 jul 2014.

FEYERABEND, Paul. **A ciência em uma sociedade livre**. Tradução de Vera Joscelyne. São Paulo: Unesp, 2011. p.108.

FGV. **Relatório Supremo em números**. O STF e a federação. Disponível em: <<http://supremoemnumeros.fgv.br/relatorios>>. Acesso em 22 ago 2013.

FONSECA, Igor Ferraz, et al. Audiências públicas: fatores que influenciam seu potencial de efetividade no âmbito do Poder Executivo federal. **Revista do Serviço Público**, Brasília, n. 64 v.1, p.7-29 jan/mar. 2013. Disponível *online* em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/artigo_rsp_2013.pdf>. Acesso em 10 de Agosto de 2014.

FREITAS, Raquel Coelho de. TAVARES. Cíntia Barrocas. Constitucionalismo e democracia na América Latina. **Unasul e Novo Constitucionalismo Latino-**

Americano. FREITAS, Raquel Coelho. MORAES, Germana de Oliveira (org.). Curitiba: CRV, 2013.

GASPAR, António Henriques. **Justiça.** Reflexões fora do lugar-comum. Coimbra: Coimbra, 2010.

GOYARD FABRE, Simone. **O que é democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUERRA FILHO, Willis. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna:** introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERLE, Peter. **Hermeneutica 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 Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia –** entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** Disponível *online* em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf , Acesso em 02 Julho 2014.

KELSEN, Hans. **A Democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do Direito.** 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado.. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Trad. Walter Stonner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Livro Eletrônico.

LEAL, Monica Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a lei de biossegurança como forma de ocorrência do amicus curiae. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermeneutica e Teoria do Direito(RECHTD).** Jan/jun 2010. P.40-49.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira.** São Paulo: Malheiros, 2009.

LINHARES, Emanuel Andrade. **O STF e a última palavra em matéria Constitucional:** Reflexões sobre Supremacia Judicial, Democracia e Diálogos Institucionais. Fortaleza, UFC, 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará, 2013.

LISBÔA, Aline. **Participação Social no Controle de Constitucionalidade: A propositura de Ações Diretas, o Amicus curiae e as audiências públicas.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MAIA, Christianny Diógenes. Por uma nova concepção jurídica de cidadania. **Democracia e Constituição.** Estudos em homenagem ao Prof. Dimas Macêdo. Fortaleza: Edições UFC, 2008.p.247-266

MARMELSTEIN, George Lima. **Salsichas, Pães e Ministros:** uma reflexão crítica sobre o processo de escolha dos membros do STF. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2014/02/17/escolha-dos-membros-do-stf-e-participacao-popular/>. Acesso em 17 fev 2014.

_____. 25 anos da Constituição de 1988: Presente Passado e Futuro. In: **25 anos da Constituição de 1988: Os direitos fundamentais em perspectiva.** ROCHA, Maria Vital da; CARVALHO, Paulo Rogério Marques de (org.). Fortaleza: Expressão, 2013. p. 13-35.

MARTINS, Fernando Barbalho. **Do Direito à Democracia.** Não constitucionalismo, Princípio Democrático e a Crise no sistema representativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Judicialização da Política e Politização da Justiça: Noções Gerais e distinções conceituais. In: LIMA, Francisco Meton Marques. **Constitucionalismo, Direito e Democracia.** PESSOA, Robertônio Santos Pessoa (Coord.). Rio de Janeiro: GZ, 2009. p.169-178.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. **Poder e Democracia:** O pluralismo político na constituição federal de 1988. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MARTINEZ, Paulo. **Poder e Cidadania.** Campinas: Papyrus, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República. Brasília,** vol. 1, n. 4, agosto 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm>. Acesso em: 19 fev 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo VII. Estrutura Constitucional da Democracia. Coimbra: Coimbra, 2007.

MULLER, Friedich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Liomad,2003.

O ESTADÃO. **Falsa democracia.** Editorial. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,falsa-democracia-,1028309,0.htm>>. Acesso em 04 maio 2013.

ONU. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível *online* em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 16 dez. 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PEC 33/2010**. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível *online* em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C73B0FF905C37066F9EA52261E222AC1.node2?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em 21 fev 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PEC 130/1992**. Suprime o inciso X do art. 52 e dá nova redação aos artigos 102 e 103 da Constituição Federal. Brasília, set,23. 1992. p. 21693-21695. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD23SET1992.pdf#page=19>>. Acesso em 19 fev 2014.

PEREIRA, Merval. **Mensalão**: O dia a dia do maior julgamento da história política do Brasil. 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1989.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Mensagem de veto nº 1807/99**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm>. Acesso em 06 jul 2014.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

ROSSET, Patrícia. Processo Legislativo e a Participação Cidadã. **NOMOS: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**. v.28.2- jul /dez-2008/2. p.83-96.d

ROUSSEAU, Jean Jaques. **Do Contrato Social**. Trad. Rolando Roque da Silva. Ríndendo Castigat. Edição eletrônica, 2002. Livro Eletrônico.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Disponível *online* em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf>. Acesso em 24 jun 2014.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição** . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Nanci de Melo e. **Da jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.173/174.

SOUZA NETO, Claudio Pereira. **Jurisdição Constitucional**: democracia e racionalidade prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **DJ nº 205, de 27 de Outubro de 1980.p. 8672.** Texto original do Regimento Interno do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/REGIMENTOINTERNO19801.pdf>. Acesso em 19 fev 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Regimento Interno.** DJ nº 205, p.8665-8677, 1980.Brasília: 27 de Outubro de 1980.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 32033-DF.** Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006> , Acesso em 25/07/2014.

SUPREMOEMDEBATE. **Blog criado para comentários e discussões sobre a atuação e decisões do supremo tribunal federal.** Disponível *online* em: <http://supremoemdebate.blogspot.com.br/>. Acesso em 12 Agosto de 2014.

TEIXEIRA, João Gabriel Lima Cruz. **A Construção da Cidadania.** Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

TILLY, Charles. **Democracia.** Trad. Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2013.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

VENEZUELA. **Constitución de 1999.** Artículo 136.Disponível em http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html>. Acesso em 22 jul 2014.

VIANNA, Luiz Werneck; et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre as Ações Constitucionais e sua efetividade. In: DIDIER Jr, Fredie (Org). **Ações Constitucionais.** 6.ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 19-22

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.