



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

**RODRIGO BARBOSA TELES DE CARVALHO**

**O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO CONTROLE  
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS:  
A ABERTURA PARA DISCUSSÃO DE FATOS PELO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL NO CONTROLE CONCENTRADO E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO  
*LOBBY* NA CORTE**

**FORTALEZA  
2012**

RODRIGO BARBOSA TELES DE CARVALHO

O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO CONTROLE  
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS:  
A ABERTURA PARA DISCUSSÃO DE FATOS PELO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL NO CONTROLE CONCENTRADO E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO  
*LOBBY* NA CORTE

Dissertação submetida à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo

FORTALEZA  
2012

RODRIGO BARBOSA TELES DE CARVALHO

O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO CONTROLE  
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS:  
A ABERTURA PARA DISCUSSÃO DE FATOS PELO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL NO CONTROLE CONCENTRADO E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO  
*LOBBY* NA CORTE

Dissertação submetida à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

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

---

Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima  
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família, pelo amor e carinho, pela presença em toda minha vida, nos momentos mais importantes, que foram compartilhados com alegria e cumplicidade próprios de um lar estimulante e fraterno. Meu prezado pai, Antônio Teles, minha querida mãe, Terezinha Barbosa, meu irmão, Giordano Barbosa, muito obrigado por vocês serem as pessoas que são e pelo apoio incondicional a todos os meus projetos de vida e planos profissionais.

À minha esposa, Paula Regina Araújo de Carvalho, pelo amor, companheirismo, compreensão e auxílio, sem a qual esta dissertação e este mestrado não teriam sido possíveis.

Ao meu orientador, doutor Hugo de Brito Machado Segundo, exemplo de professor vocacionado e pesquisador talentoso. Grato por aceitar ser meu orientador. Muito me honra tê-lo como tutor nesta despretensiosa pesquisa.

Aos meus colegas e amigos de mestrado, que foram responsáveis por diversos momentos inestimáveis, de descontração e companheirismo, protagonistas de grandes debates jurídicos, filosóficos e políticos em sala de aula e fora dela, indispensáveis para minha formação neste curso de pós-graduação.

Em especial aos colegas Cezário Correa Filho, Christianne Fernandes Carvalho Diógenes, Danielle Cortez Pimentel, Elizabeth Alice Barbosa S. de Araújo, Érika Gomes Chaves, Eulália Emília Pinho Camurça, Germano Gonzaga Lima do Vale Filho, Gustavo Bonfim Saraiva, Helano Márcio Vieira Rangel, Homero Bezerra Ribeiro, João Gabriel Laprovitera Rocha, Laís Arrais Maia Fortaleza, Márcio Alan Menezes Moreira, Rubens Silveira Taveira Júnior.

Às colegas e amigas de graduação e pós-graduação, Amanda Queiroz Sierra e Ana Stela Vieira Mendes, pela ajuda inestimável nesta difícil caminhada para a conclusão deste mestrado.

Aos renomados membros da banca, professores Juvêncio Vasconcelos Viana e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, por aceitarem fazer parte deste momento ímpar na vida acadêmica de um estudante, emprestando suas reconhecidas competências para o aprimoramento deste trabalho.

Por fim, não menos importante, agradecer, de modo especial, à Marilene Arrais, servidora exemplar da UFC, pela amizade e cordialidade no trato com os discentes.

“Die Philosophen haben die Welt nur verschieden interpretiert; es kommt drauf an, sie zu verändern.”

*“Os filósofos têm apenas interpretado o mundo de maneiras diferentes; a questão, porém, é transformá-lo.”*

(Karl Marx - 11ª Tese sobre Feuerbach - primavera de 1845)

## RESUMO

Esta pesquisa pretende identificar e analisar o direito de participação política no processo concentrado de controle de constitucionalidade das normas, instaurado perante o Supremo Tribunal Federal (STF), através da possibilidade/necessidade da discussão de fatos nestes procedimentos. A partir do reconhecimento de que o Supremo Tribunal Federal exerce relevante papel político na atual estrutura constitucional brasileira, ao ponto de haver aproximação da tradição jurídica anglo-saxã de respeito aos precedentes, identificada como *common law*. Agrega-se a isso uma postura de ativismo judicial desta Corte constitucional no contexto contemporâneo da judicialização da política. É de se indagar se o paradigma democrático da Constituição de 1988 está sendo realizado na atuação institucional da Suprema Corte brasileira. Serão abordadas teorias constitucionais que analisam a relação entre a Constituição e sua (in)efetividade no plano social e a repercussão desta relação para uma teoria material da Constituição. Considerando que o controle concentrado de constitucionalidade das normas no Brasil é usualmente classificado como abstrato, isto é, não está relacionado a um caso concreto, não possui partes ou interesses específicos, e, portanto, não existe a necessidade de se discutir fatos neste modelo, bastando uma análise objetiva de normas – norma infraconstitucional vs. norma constitucional –, investigar-se-á se é possível realizar este tipo de controle sem a perquirição de fatos ou se esta análise é inevitável. A partir de uma conclusão, procurar-se-á identificar, diante do paradigma democrático da Constituição, um direito de participação política da sociedade civil organizada no procedimento de controle concentrado de constitucionalidade, exatamente para expandir a possibilidade do conhecimento de fatos pela Corte, trazidos ao procedimento pela participação social. Com este fim, avaliar-se-á a necessidade e legitimidade desta atuação da sociedade perante o Supremo Tribunal Federal, institucionalizando um *lobby* neste tribunal, considerando o papel contramajoritário da jurisdição constitucional e a influência desta participação em julgados recentes da Corte, tudo com o fim de buscar a melhor interpretação do texto constitucional, voltada para a efetividade de suas normas. Para tanto, foram analisados julgamentos realizados no Supremo Tribunal Federal nos quais ocorreu a participação da sociedade civil por meio das figuras processuais do *amicus curiae* e das audiências públicas, realizadas no controle concentrado de constitucionalidade de normas. Investigou-se a influência dessa participação e o modo pelo qual esta se deu diante do papel que lhes é ordinariamente atribuído, para, ao final, concluir se a esta participação aprimora a democracia brasileira ou se desvirtua a função precípua da Jurisdição Constitucional de defensora da Constituição da República.

**Palavras-chave:** Direito de participação. Jurisdição constitucional. Controle concentrado de constitucionalidade. Discussão de fatos.

## ABSTRACT

This research intends to identify and analyze the political participation right in the concentrated judicial control. Installed before the Federal Supreme Court (STF) through the possibility/necessity of discussion of facts in these procedures. We start recognizing that the Federal Supreme Court exerts relevant political role in the current Brazilian constitutional order to the point of almost touching the Anglo-Saxon tradition in respect of precedents identified as Common Law, together with a posture of judicial activism of this Constitutional Court in the actual context of political judicialization is curious to note if the democratic paradigm of 1988 Constitution is being fulfilled by STF institutional agency. Constitutional theories which spread open the relation between the Constitution and its (in)effectiveness in social terms with the repercussions of this connection to material constitutional theory will be approached. Considering the constitutional concentrated control of norms in Brazil is usually set apart as abstract, meaning that is not related to a concrete case, it does not possess parts or specific interests, therefore we can argue that there is no need to discuss facts in this model, sufficing an objective analysis of norms - infraconstitutional norm versus constitutional norm - being essential the investigation if it is possible to accomplish this kind of control without fact indagations or if this perusal is inevitable. From a conclusion we try to identify by the democratic constitutional paradigm a political participation right of the citizenry in the concentrated constitutional control procedure, exactly to expand the possibility of the Court knowing the facts brought to procedure by social intervention. With this end we try to evaluate requirement and legitimacy of this acting of society before STF which institutionalize a Lobby in this Court, considering the contra-majority role of constitutional jurisdiction and the influence of this participation in recent STF court trials everything aiming at the search of a better interpretation of constitutional text and the effectiveness of its norms. In this effort trials enacted in STF chambers in which citizenry participation occurred trough process devices as *amicus curiae* and of public hearings made by concentrated constitutional control of norms was thoroughly scrutinized. The influence of the cited participation and the way by which it was formed considering its role ordinarily attributed was studied to as a result conclude whether this participation engenders an improvement of Brazilian democracy or misguides its fundamental function of constitutional jurisdiction as a defender of the Constitution.

**Keywords:** Participation right. Constitutional jurisdiction. Concentrated constitutional control. Discussion of facts.

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1	–	Ações Diretas de Inconstitucionalidade por legitimado - 1988 a 2012 .....	91
----------	---	---	----



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
I Problematização.....	10
II Metodologia e plano de trabalho.....	16
1 DEMOCRACIA, CONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....	24
1.1 Democracia e constitucionalismo: tensão ou harmonia? .....	24
1.2 Jurisdição constitucional e a <i>última palavra</i> .....	31
1.3 Existe um direito de participação na jurisdição constitucional .....	38
2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO EXERCÍCIO DO PODER .....	44
2.1 Matrizes históricas e evolução do controle de constitucionalidade ..	44
2.1.1 <i>Do judicial review of legislation dos EUA ao controle concentrado austríaco</i> .....	44
2.1.2 <i>O controle de constitucionalidade no Brasil e o modelo de direito brasileiro</i> .....	52
2.2 A judicialização da política: ativismo judicial vs. legitimidade da Corte Constitucional.....	59
3 O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXERCIDO PELO STF NESTA RELAÇÃO .....	69
3.1 A evolução do Estado no constitucionalismo moderno – síntese ...	69
3.2 As concepções teóricas de Constituição: o papel das constituições na realidade social .....	72
3.3 Democracia material: a dificuldade contramajoritária .....	79
4 O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A VALORAÇÃO DE FATOS NO CONTROLE CONCENTRADO OBJETIVO .....	83
4.1 A possibilidade da discussão de <i>circunstância de fato</i> no controle concentrado de constitucionalidade: a interpretação do § 1º, art. 9º, da Lei 9.868/99 .....	98
4.2 A participação de outros órgãos ou entidades no controle concentrado e a institucionalização do <i>lobby</i> : a questão do <i>amicus curiae</i> e das audiências públicas .....	115
CONCLUSÃO .....	132
REFERÊNCIAS .....	139
ANEXOS .....	148

## INTRODUÇÃO

### I Problematização

O controle de constitucionalidade das normas é um tema recorrente nos debates constitucionais modernos. Desde seu advento, ainda no século XIX, passando pela criação do controle concentrado de normas no século XX, este campo do direito constitucional inseriu-se decisivamente nos conflitos jurídico-políticos modernos. Debater direitos fundamentais, separação de poderes, Estado democrático de direito é debater diretamente sobre o papel da prolatada *supremacia da Constituição* e de sua proteção.

Mais que isso, o estudo profundo do constitucionalismo conduz a uma pergunta anterior: por que obedecemos a ordens? Quais são as razões e argumentos construídos para que, legitimamente, nós devêssemos respeitar as manifestações de poder do Estado? Tais perguntas são preocupações constantes da ciência política e do direito. Portanto, dar razões para a obediência é de primordial importância para introduzir qualquer problematização que trate do poder e de suas limitações.

O discurso teórico em torno do assunto consagrou argumentos que remontam à antiguidade grega, através de obras políticas consideradas *clássicas*, que inspiraram a formação das estruturas de poder do Estado contemporâneo, estas mesmas às quais nos submetemos diuturnamente.

O grande argumento moderno sobre o tema é o da *democracia*. O poder, para ser considerado legítimo, antes deve ser democrático. Palavra de difícil conceituação diante das diversas concepções e ideologias, e da percepção de que seu delineamento reveste-se de uma construção historicamente condicionada por fatores objetivos e subjetivos dos mais diversos matizes<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre a disputa ideológica em torno da caracterização da democracia, concorda-se com Carlos Nelson Coutinho: “[...] a disputa ideológica hodierna não tem tanto como objeto a oposição explícita entre democracia e antidemocracia, como ocorria até meados do século XX, mas sim a oposição entre diferentes conceitos de democracia. Com efeito, como já observei antes, nenhum ator político significativo se posiciona hoje abertamente, nem no Brasil nem no mundo — salvo, talvez, em alguns regimes fundamentalistas islâmicos —, contra a democracia. Por conseguinte, quando nos dispomos hoje a examinar uma situação concreta para avaliá-la como democrática ou não, temos de saber previamente qual conceito de democracia estamos utilizando. Não podemos nos limitar, para fazer tal avaliação, apenas ao nível dos procedimentos formais. Se nos mantivermos neste nível, quase todos os Estados hoje existentes são Estados de direito e, portanto, segundo os ‘procedimentalistas’, democráticos. Stalin, por exemplo, fez promulgar na ex-União Soviética, em 1934, uma Constituição formalmente democrática (ele até dizia se tratar da Constituição mais

Mesmo diante desta dificuldade, existe um aspecto deste conceito que se encontra na base do direito moderno, que é o conceito de *Estado de direito*. Vive-se sob o *império da lei*, e não dos homens, supõe-se. Após as revoluções liberais do século XVIII e XIX, ocorre uma *despersonalização do poder* ou uma *institucionalização do poder*. As pessoas, consideradas iguais, não somente podem, mas também têm o direito de influenciar na formação da *vontade do Estado*. Assim, um poder que se manifestaria através de leis elaboradas com a contribuição de todos (mesmo que fosse somente possibilidade de contribuição) é exercido de modo legítimo e *democrático*. Afinal, em última instância, todos estão submetidos a ordens gerais e abstratas, elaboradas pelos próprios cidadãos.

Desta ideia primária, as estruturas e esquemas constitucionais, frutos das revoluções liberais, se tornaram complexas e foram elaborados mecanismos que serviriam para equilibrar o exercício do poder e para limitá-lo. Mesmo este poder de criar normas gerais e abstratas, fruto da vontade coletiva, deve ser limitado por uma estrutura política normatizada pela Constituição, que reciprocamente fiscaliza os órgãos de manifestação do poder estatal.

Esta “desconfiança” do poder é uma marca do grito de liberdade das revoluções que derrubaram o absolutismo. O mitológico *Leviatã*, metaforizado por Hobbes, deveria ser domado. Tanto é que os dois grandes limites ao poder, consagrados pelo constitucionalismo moderno, foram ungidos pela Revolução Francesa como algo indispensável para que uma nação pudesse afirmar que possui, de fato, uma Constituição. Quais sejam, a separação de poderes e a garantia de direitos fundamentais, nos termos do art. 16, da Declaração de Direitos de 1789 (COMPARATO, 2007, p. 159).

O conflito, portanto, já estava inicialmente delineado por meio deste discurso. O poder, mesmo que fruto da vontade da maioria da comunidade, não é ilimitado. Deve ceder diante de garantias mínimas de direitos e não deve ser capaz de desestruturar o modelo construído e manifestado como *garantias institucionais*.

Em síntese, o constitucionalismo moderno trata de um movimento que visa à limitação do poder e à garantia de direitos fundamentais por parte de uma Constituição que estaria acima das paixões políticas imediatas. Seriam regras mínimas de convivência que preservariam o pacto essencial da comunidade e

---

democrática do mundo!), que assegurava aos cidadãos soviéticos os direitos de opinião, de voto, de ir e vir, etc. — e nós sabemos o que ocorria na realidade, ou seja, o terrorismo brutal de uma ditadura despótica” (COUTINHO, 2008, p. 6, grifo do autor).

permitiriam que os conflitos que surgissem não provocassem uma ruptura estrutural da nação e do seu modelo essencial.

As constituições atuais, em especial no caso brasileiro, são documentos que possuem uma finalidade de intervenção na vida social bem mais abrangente do que as concepções liberais que teorizaram a respeito das primeiras constituições e de seu papel no cenário político-social.

O paradigma constitucional passou de uma *Constituição Garantia*, típica do Estado liberal, para um modelo de *Constituição Dirigente*, na qual a abrangência dos direitos considerados fundamentais é bem mais extensa. Na passagem do Estado de direito liberal ao Estado Social, a dinâmica histórica impôs novas tarefas ao Estado. O livre desenvolvimento da personalidade não encontra mais fundamento somente na proteção da propriedade contra a intervenção estatal, que excluía a maioria da população, mas sim nas prestações positivas do Estado. A base do Estado Social é a igualdade na liberdade e a garantia do exercício dessa liberdade. Com efeito, o Estado não se contenta, dentro de suas finalidades, em promover uma simples igualdade formal, uma igualdade jurídica. A igualdade buscada é a material, não mais perante a lei, mas por meio desta (BONAVIDES, 2007).

Neste sentido, o modelo de Constituição Garantia dá lugar ao de perfil Dirigente<sup>2</sup>, na qual o Estado encontra competência para intervir nos rumos da sociedade em áreas antes exclusivas da autonomia privada. Evidente que, em uma Constituição nos moldes do Estado liberal, a Constituição Garantia, na qual estão presentes regras de competência para o exercício do poder e algumas garantias

---

<sup>2</sup> Destacar que o constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, autor que “popularizou” em língua portuguesa, no início da década de 1980, a ideia de Constituição Dirigente, modificou sua posição original, “[...] declarando-se agora adepto de um 'constitucionalismo reflexivo' (U. Preuss) em virtude do 'descrédito de utopias' e da 'falência dos códigos dirigentes', que causariam a preferência de 'modelos regulativos típicos da subsidiariedade', de 'autodireção social estatalmente garantida'. O 'entulho programático' e as 'metanarrativas' da Carta Portuguesa, segundo ele, impediriam aberturas e alternativas políticas, tornando necessário 'desideologizar' o texto constitucional. O modelo de constituição dirigente, hoje, também estaria imprestável perante a transformação de ordens jurídicas nacionais em ordens parciais, onde as constituições são relegadas para um plano mais modesto de 'leis fundamentais regionais'" (KRELL, 2002, p. 68). Em sentido contrário, isto é, considerando que o modelo de Constituição Dirigente ainda é válido, especialmente no caso brasileiro, contrapõem-se o próprio Krell (2002) e Bercovici (1999). Compartilha-se a posição de Gilberto Bercovici, que considera o conceito de Constituição Dirigente plenamente aplicável ao caso brasileiro, pois “O programa constitucional não tolhe a liberdade do legislador ou a discricionariedade do governo, nem impede a renovação da direção política e a confrontação partidária. Essa atividade de definição de linhas de direção política tornou-se o cumprimento dos fins que uma república democrática constitucional fixou em si mesma. Cabe ao governo selecionar e especificar sua atuação a partir dos fins constitucionais, indicando os meios ou instrumentos adequados para a sua realização” (BERCOVICI, 1999, p. 40).

formais, alcança, de modo mais simples, o seu ideal de efetividade imediata (BERCOVICI, 1999, p. 38).

O atual momento do constitucionalismo impõe ao Estado novas tarefas, normas jurídicas que formalmente garantem diversos direitos à população, limitando escolhas políticas e restringindo o *espaço de conformação do legislador*. A elaboração de políticas públicas é orientada pelo que está previsto na Constituição, o grau de intervenção do Estado na autonomia privada (livre iniciativa e liberdade contratual, por exemplo) é cada vez mais acentuado. Novos discursos são elaborados para legitimar a atuação estatal, todos em torno da garantia e efetividade de direitos consagrados formalmente no texto constitucional.

Ocorre que, quanto mais direitos são incluídos no rol de direitos fundamentais, em especial os que exigem prestações positivas do Estado, mais onerosa é a responsabilidade estatal em promover tais direitos. Sem que haja uma correlação entre a realidade normativa prevista no texto constitucional e a sua efetividade social, ter-se-á, quando muito, uma Constituição “nominalista”<sup>3</sup>, ou seja, cujas normas até poderiam possuir disposições de limitação do poder, mas “[...] não teriam ressonância no processo real de poder, inexistindo suficiente concretização constitucional” (NEVES, 2007, p. 105).

Elemento chave neste estudo será, portanto, a relação entre norma e realidade social. A Constituição existe em um contexto, não é um documento isolado da realidade política, das estruturas sociais, da cultura de um povo. Para Hesse (1991, p. 13-16), o pensamento constitucional tradicional está marcado pelo isolamento entre norma e realidade, dando-se destaque a uma ou outra direção de cognição. Com efeito, chega-se a uma norma desvestida de realidade ou uma realidade social sem elementos normativos.

No mesmo sentido, Bercovici (1999, p. 39):

---

<sup>3</sup> A classificação original é de Loewenstein, citada por Marcelo Neves (2007), na qual, de acordo com a eficácia e efetividade das normas constitucionais, existiriam as constituições *normativas*, as *nominalistas* e as *semânticas*. As normativas seriam aqueles que realmente direcionam o processo de poder, de tal modo que “[...] as relações políticas e os agentes de poder ficam sujeitos à suas determinações de conteúdo e ao seu controle procedimental” (NEVES, 2007, p. 105). As semânticas seriam meros reflexos da realidade do processo político, servindo somente como simples instrumento de legitimação do poder de fato exercido pelos *donos do poder*, não servindo como limitador do poder nem tendo eficácia para controlá-lo. De toda sorte, convém destacar que a Constituição de um país pode conter elementos das três espécies identificadas por Loewenstein, como adverte Marcelo Neves (2007, p. 106) “[esta classificação] trata-se de conceitos típico-ideais no sentido de Weber, de tal maneira que na realidade social haveria vários graus de normatividade, ‘nominalismo’ e ‘semantismo’ constitucional, caracterizando-se a respectiva Constituição pela predominância de um desses aspectos”.

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. Sua essência reside na vigência e na pretensão de eficácia (a situação regulada pretende ser concretizada na realidade), que não podem ser separadas das condições históricas. É graças a essa pretensão de eficácia que a Constituição vai procurar ordenar e conformar a realidade. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. A eficácia pode ser compreendida tanto no sentido jurídico quanto no social. No primeiro caso, diz respeito à possibilidade jurídica de aplicação da norma, ou seja, é a qualidade de produzir, mais ou menos, efeitos jurídicos ao regular situações ou comportamentos. No segundo, trata-se da conformidade das condutas à norma, isto é, se ela foi realmente observada... Já a efetividade, ou eficácia social, refere-se à implementação do programa finalístico que orientou a atividade legislativa. A norma só será efetiva quando seu objetivo for alcançado por força de sua eficácia (observância, aplicação, execução, uso), ou seja, quando ocorrer a concretização do comando normativo no mundo real.

Daí que, diante desta constatação, cria-se um problema de aplicabilidade do texto constitucional ser realizada através de um discurso recorrente que nega a necessidade de investigação/relação entre a norma constitucional e a realidade do meio social, hipoteticamente realizado mediante controle objetivo-*abstrato* de normas. Trata-se, como será defendido adiante, de uma relação dialética entre estas duas dimensões. Relação esta que, necessariamente, deve ser encarada com seriedade, mas não somente.

A partir do reconhecimento desta inevitabilidade de conformação recíproca entre norma e realidade, o exercício do poder de interpretar a Constituição deve garantir, procedimentalmente, a participação da sociedade na caracterização desta mesma realidade, pois, em última instância, será garantida a própria legitimidade da Constituição, que possui no povo o titular do poder maior. Afirmando de outra maneira: negar a participação da sociedade, aqui amplamente considerada, no procedimento processual previsto para afirmar-se em definitivo o conteúdo da Constituição, é o mesmo que usurpar a titularidade do poder reconhecida pela própria Carta Magna.

A inquietação aqui exposta é revelada pela constatação de que o Estado brasileiro, por intermédio de suas estruturas de poder constitucionalmente delineadas, toma decisões que se impõem a toda comunidade, muitas vezes com caráter explicitamente normativo, sem que haja uma participação mínima da população. Quase que um *governo dos sábios*, platonicamente idealizado, pelo qual o poder efetivo, isto é, aquele definitivo, é exercido por poucos iluminados, enquanto a cidadania tutelada somente espera o *verdictum*.

É como se a soberania popular, já exercida de modo semidireto, agora afiançasse suas esperanças em uma decisão judicial, aguardando-a como mera expectadora de uma novela com enredo técnico-jurídico.

Não se trata, advirto, de negligenciar a complexidade e as peculiaridades dos instrumentos de limitação do poder consagrados na Carta Constitucional, as quais pretendem *proteger* a sociedade de posições com conteúdos totalitários e extremados, não obstante serem majoritárias. Este estudo abordará, com maior ou menor verticalidade, tais questões.

É importante ressaltar, neste momento, que a legitimidade da Constituição, calcada no paradigma democrático, deve ser aprofundada através do desenvolvimento de espaços institucionalizados que garantam à sociedade a possibilidade de participação no poder. Como o fenômeno do poder é vastíssimo, esta investigação irá se restringir à jurisdição constitucional, em especial ao controle concentrado de constitucionalidade de normas.

Pode-se afirmar que a discussão de fatos no controle concentrado, que no Brasil coincide com o controle realizado de modo abstrato, é realizada de maneira que garante a participação plural da sociedade? Mesmo possuindo o rótulo de *abstrato*, o controle concentrado de constitucionalidade das normas no Brasil reconhece não somente a possibilidade, mas sim a necessidade da discussão de fatos em seu processo? Os instrumentos previstos na legislação infraconstitucional que possibilitam a participação de outros atores no controle concentrado, além dos tradicionalmente legitimados, correspondem a uma repercussão do princípio do contraditório? Como esta participação se deu em importantes julgamentos realizados pelo Superior Tribunal Federal (STF) e quais suas consequências?

Assim, procurar-se-á tratar neste estudo de várias questões importantes ao constitucionalismo moderno, como a repercussão do paradigma democrático, o papel *contramajoritário* da jurisdição constitucional, a efetividade das normas constitucionais, a proteção e o prestígio dos direitos fundamentais exercidos pela jurisdição constitucional, a legitimidade da jurisdição constitucional em decidir, dando a *última palavra* sobre o conteúdo da Carta Magna, dentre outros temas transversais ao objeto central escolhido para investigação, que é a existência do direito de participação na jurisdição constitucional que pode (deve?) ser garantido através da possibilidade/necessidade de discussão de fatos no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade de normas.

## II Metodologia e plano de trabalho

Neste ponto, cabe delinear o método de pesquisa utilizado, assim como explicitar o plano de trabalho a ser seguido pelo estudo. O ponto abordado anteriormente nesta introdução serviu para introduzir e problematizar o tema a partir dos objetos de estudo escolhidos, traçando algumas polêmicas teóricas em torno do tema.

O enfoque principal do trabalho é analítico e, neste sentido, é uma abordagem essencialmente dogmática. Antes cabe uma advertência a respeito do termo *dogmática jurídica*. Este termo aqui utilizado possui sentido específico, empregado por Robert Alexy (2008). A palavra *dogmática* pode induzir a uma falsa associação com *dogma*, ou seja, algo indiscutível e que não admite, portanto, refutação. Não é o que se pretende. Sem ingressar em polêmicas em torno da cientificidade dos estudos do direito, teoria do estado, etc., todo este estudo possui a pretensão de ser encarado como ciência. Uma ciência social aplicada e, portanto, com suas peculiaridades.

Neste sentido, sua utilização neste estudo se deve a certa “consagração” deste termo na doutrina jurídica nacional e internacional. Criticando esta terminologia e considerando que o direito deve ser apreendido a partir de sua tridimensionalidade – fato, valor e norma –, Hugo Segundo (2008, p. 65):

As normas não têm sentido se divorciadas dos fatos por elas regulados, e dos valores que a eles o homem atribui. O Direito é composto dessas três dimensões, e as várias ciências (sociologia, psicologia, jurisprudência, etc) que dele se ocupam vêem essa realidade com óticas diferentes, sob perspectivas distintas, mas sempre em sua tridimensionalidade. Daí por que não se pode dizer que, por serem as normas tidas como dogmas, a ciência do direito seria dogmática. Talvez essa expressão siga sendo utilizada porque é considerada pomposa, aparentando dar maior imponência àquele que diz dela se ocupar.

Mesmo reconhecendo esta crítica como pertinente, o termo é seguido de maneira que ingresse no objeto de investigação, abordando esta necessária tridimensionalidade referida. Com efeito, utilizar-se-á a divisão tripartite proposta por Alexy (2008), que separa aquilo que ele chama de *dogmática* nas dimensões analítica, empírica e normativa.

A primeira, analítica, realiza uma dissecção *sistemático-conceitual* do direito vigente. Incluindo conceitos elementares da dogmática jurídica como o



conceito de norma, de direito subjetivo, de liberdade, igualdade etc. Trata-se de expor conceitos básicos e mais elementares envolvidos no objeto da pesquisa. Esta será essencialmente utilizada no capítulo 1 e na primeira parte do capítulo 2 do estudo, nas quais se tentará abordar ideias básicas do constitucionalismo, da construção teórica a respeito do controle de constitucionalidade, assim como sua adequação a modelos e tradições jurídicas bem delineadas. Nos capítulos 3 e 4, ainda seguindo a dimensão analítica em alguns pontos, abordar-se-ão conceitos e construções doutrinárias a respeito do estado democrático de direito, eficácia das normas jurídicas (especialmente as constitucionais), assim como elementos estruturais da jurisdição constitucional e sua relação com o direito fundamental de participação política, discutindo também conceitos e o desenvolvimento histórico do controle de constitucionalidade das normas.

A dimensão empírica da dogmática jurídica proposta por Alexy refere-se à cognição do direito vigente válido, mas não se esgota neste, expande-se para a análise descritiva e prognóstica da jurisprudência, ou seja, não somente do direito legislado, mas também do direito aplicado. Também se deve estudar a efetividade do direito, ao menos quando esta for condição de validade das formas de direito objeto de estudo. Nas palavras de Alexy (2008, p. 34):

O objeto da dimensão empírica engloba, portanto, mais que o conceito de direito e de validade do positivismo jurídico. Os motivos para tanto, no âmbito dos Direitos Fundamentais são facilmente perceptíveis. Devido à abertura de suas normas, a simples cognição do direito legislado não oferece muita coisa.

Neste caminho, serão utilizados como material de estudo principal a jurisprudência do STF em ações diretas de inconstitucionalidade, com fins de estudar a importância política das decisões analisadas, a partir da participação de outros atores nestes processos, assim como a necessidade do conhecimento, nestes processos, de questões fáticas.

A dimensão normativa avança para além do direito positivo válido estudado na dimensão empírica, indo para a análise crítica da práxis jurídica, já sobretudo da jurisprudencial. Esclarece Alexy (2008, p. 36):

A questão central, nesta dimensão, é, a partir do direito positivo válido, determinar qual a decisão correta em um caso concreto. Em todos os casos polêmicos a resposta a essa questão implica valorações de quem a

responde. A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado. Isso faz com que a dogmática jurídica seja confrontada com o problema da possibilidade de fundamentação racional dos juízos de valor.

Para Silva (2009, p. 32), esta dimensão normativa se refere à “[...] própria expressão do conceito de trabalho acadêmico: fornecer uma resposta adequada ao problema analisado”, pois imprimirá valoração e sistematicidade às dimensões analítica e empírica, de modo que torne a verificação do objeto de estudo minimamente acessível ao pesquisador.

Segundo Alexy (2008, p. 37), o peso dado a estas três dimensões variam ao longo da história da ciência do direito. Sendo exemplo desta afirmação a transição da jurisprudência dos conceitos para a jurisprudência dos valores, passando pela jurisprudência dos interesses.

Em face destas dimensões, o caráter prático da ciência do direito revela-se como um princípio unificador. O dogmático é, portanto, o jurídico em sentido estrito. É constituído pelo *entrelaçamento das três dimensões*, de modo orientado, pela tarefa prática da ciência do direito, que somente irá cumprir este papel se for encarada como uma *disciplina multidimensional*.

Considera-se que o presente estudo, a despeito de investigar elementos importantes do processo constitucional, constitui-se em um trabalho muito ligado à teoria dos direitos fundamentais, em especial ao direito fundamental de quarta geração (BONAVIDES, 2003, p. 571), de participação política, constituindo, portanto, uma investigação da caracterização, conceituação e limitação deste direito mediante análise de fatos no processo abstrato exercido pela jurisdição constitucional.

Para um estudo epistemologicamente correto dos direitos fundamentais, Alexy (2008, p. 42) assevera que existem várias teorias que se propõem a analisá-los.

A dogmática dos direitos fundamentais, sendo uma disciplina prática, busca, em última instância, uma fundamentação racional de juízos concretos de *dever-ser* no campo dos direitos fundamentais. “A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de *dever-ser* seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos” (ALEXY, 2008, p. 43).

Alexy (2008) considera que o objeto da dimensão analítica coincide, em grande parte, com o que é denominado pela jurisprudência dos conceitos de *tratamento lógico do direito*, que, em síntese, reduz a ciência do direito a uma atividade mental puramente lógica, sem considerações filosóficas, históricas ou políticas. Por isso, a necessidade da aplicação das três dimensões simultaneamente para uma melhor apreensão da dogmática jurídica. Nas palavras de Alexy (2008, p. 48):

A análise lógica demonstra exatamente que, nos casos minimamente problemáticos, a decisão não tem como ser tomada com base apenas nos meios da lógica, a partir de normas e conceitos jurídicos pressupostos. Para tanto, são necessárias valores adicionais e, como fundamento desses valores, conhecimentos empíricos. Um tratamento lógico que, prescindindo dessas premissas adicionais, alcance resultados e, nesse sentido, pretende ser produtivo só pode ser um método pseudológico, que encobre premissas normativas necessárias para uma fundamentação lógica realmente concludente.

Luis Roberto Barroso (2006, p. 7), de modo diverso, ataca o mesmo problema:

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Entretanto, adverte Alexy que o método lógico, aplicado na dimensão analítica, conforme exposição anterior, possui sua importância, não podendo, contudo, ser aplicado isoladamente, pois “[...] se há algo capaz de livrar ao menos um pouco a ciência dos direitos fundamentais da retórica política e das idas e vindas das lutas ideológicas é o trabalho da dimensão analítica” (ALEXY, 2008, p. 50).

Para analisar o objeto deste estudo acadêmico, qual seja, a efetividade do direito fundamental de participação no processo constitucional, deve-se propor a determinação de um conceito válido para as normas de direitos fundamentais.

Pode-se iniciar esta caracterização considerando que “[...] sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito”

(ALEXY, 2008, p. 50), o que provoca uma aproximação de uma ideia formalista de norma de direitos fundamentais. Neste sentido, Dimoulis e Martins (2006, p. 110) indicam:

A posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico define-se com base na fundamentalidade formal, indicando que um direito é fundamental se, e somente se (condição necessária), for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional.

Antes de se conceituar norma de direito fundamental, é necessário enfrentar a polêmica acerca da definição de norma que, segundo Alexy (2008, p. 54), é “[...] o significado de um enunciado normativo”. Considera ser recomendável que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo. A relação entre enunciado normativo e norma equivale à relação entre enunciado afirmativo e afirmação, sendo o primeiro algo que *deve-ser*, enquanto enunciado afirmativo expressa algo que é (ALEXY, 2008, p. 58).

Analisando a aplicação de uma lógica sistemático-jurídica de validade, baseada em premissas distintas, podem-se considerar algumas opções. Caso se considere a validade decorrer de um sistema de hierarquia normativa de validades, como o de Kelsen, estar-se-á diante de uma *teoria jurídica de validade*. Já quando se lê uma razão moral, como o sistema de *lei natural* como fundamento de validade, estar-se-á diante de uma teoria *ética* de validade. Para Alexy (2008, p. 64), o problema surge quando se pressupõe um conceito ético da validade ou, o que é mais admissível, se cogita aceitar critérios morais em um conceito jurídico de validade.

Pode-se perceber, inclusive, em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a aproximação de uma tentativa de atrair elementos morais e ético-jurídicos para a fundamentação argumentativa de validade dos direitos fundamentais, como neste trecho, ao abordar os direitos fundamentais, nas palavras do ministro Celso de Mello (BRASIL, 2008a, p. 8):

O conteúdo dessas liberdades – verdadeiras prerrogativas do indivíduo em face da comunidade estatal – acentua-se pelo caráter ético-jurídico que assumem e pelo valor social que ostentam, na proporção exata em que

essas franquias individuais criam, em torno da pessoa, uma área indevassável à ação do Poder.<sup>4</sup>

Alexy (2008, p. 66-67) critica, contudo, as tentativas de atribuir um conteúdo substancial/material para reconhecer as normas de direitos fundamentais, como tenta fazer Carl Schmitt (*apud* ALEXY, 2008, p. 66), segundo o qual os direitos fundamentais são “[...] apenas aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso, e como tal, são reconhecidos pela Constituição”. Considera, ainda, que este tipo de teoria de direito fundamental vincula de antemão um modelo e uma concepção de Estado.

Melhor seria, segundo ainda Alexy, basear o conceito de norma de direito fundamental em um critério formal, relativo à sua forma de positividade. No mesmo sentido, Dimoulis e Martins (2006, p. 120) afirmam que “[...] não é possível concordar com a definição ampla adotada por parte da doutrina, segundo a qual a fundamentalidade de certos direitos não dependeria da força formal constitucional e sim de seu conteúdo”.

Considerando a mesma dificuldade em fundamentar pretensa universalidade dos direitos humanos (aqui no sentido de direitos fundamentais no direito internacional), pois estes carecem de autoridade normalizadora. É o que diz Culleton (2007, p. 57):

Apesar de que os chamados Direitos Fundamentais do Homem, da maneira como os conhecemos, existam de maneira positivada em constituições, pactos e declarações, parece não ser suficiente, para justificar o seu reconhecimento e cumprimento, a pura vontade daqueles que os instituíram. Alguns direitos particulares se justificam pela própria autoridade daqueles que os promulgam, mas direitos que se pretendem universais, isto é, válidos para todo o gênero humano, exigem outro tipo de fundamentação, sem com isto descartar a necessidade de serem positivadas. Mas não podem estar fundadas na pura norma; se assim fosse, deveria ser justificada a autoridade normatizadora. É assim que autores como Hobbes, Kelsen e os positivistas em geral resolvem o problema, mas nunca pretenderam caráter de universalidade.

A busca por um fundamento absoluto dos direitos fundamentais, segundo Bobbio (1992), é uma tentativa sem sentido. Ao abordar o tema, afirma que “[...] essa ilusão já não é possível hoje; toda busca do fundamento absoluto é, por sua vez, infundada” (BOBBIO, 1992, p. 17).

---

<sup>4</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas corpus 87.585-8 Tocantins**. Brasília, DF: STF, 2008a. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTA\\_CM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTA_CM.pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2011.

Assim, mesmo não tendo como objetivo deste estudo enfrentar esta questão da existência de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais ou de sua existência ser fruto da *simples* consagração em um texto constitucional, é certo que, independentemente do critério que reconhecer a validade e a eficácia de algum direito fundamental, o direito de participação política, fruto do paradigma democrático, sobrevive a qualquer teste.

Seja utilizando um critério formal ou material, deve-se reconhecer como fundamental o direito de participação política na formação da vontade do Estado – fruto da acepção atual de democracia, ao menos nos países ocidentais. A Constituição brasileira, já em seu preâmbulo, afirma que o Poder Constituinte institui a partir dali um “Estado Democrático”. Do mesmo modo, em seu primeiro artigo, repete esta qualidade, mas agora afirmando que “A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” (BRASIL, 2009c, p. 3). Ademais, em todo seu corpo, a Constituição brasileira de 1988 afirma qualidades próprias de regimes tidos como democráticos, como a da *cidadania* (art. 1º, II), do *pluralismo político* (art. 1º, V), valores tipicamente republicanos consagrados no artigo 14, como voto direto, secreto e universal, e mecanismos de democracia direta, como plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei, somente para se limitar a alguns exemplos.

Com efeito, considera-se o direito de participação da cidadania contemporânea na formação da vontade do Estado, seja qual for o espaço institucional, um direito fundamental, do mesmo modo que as demais liberdades civis, os direitos sociais e os direitos de fraternidade-solidariedade.

Enfim, para concluir o ponto que se quer encontrar, esta investigação vai ao encontro do pensamento de Bobbio (1992) a respeito de qual é o problema do constitucionalismo contemporâneo em relação aos direitos fundamentais. Em seu texto, ele chama de “direitos do homem”. Afirma que “[...] o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 1992, p. 24, grifo do autor).

Com efeito, parte-se de um pressuposto que muito bem poderia fazer parte da conclusão do estudo, qual seja, sem a mediação da política, não pode haver efetividade do texto constitucional, especialmente das normas que consagram os direitos fundamentais.

Assim, estudar-se-á a efetividade e a repercussão do direito de participação na jurisdição constitucional, sem, contudo, pretender encontrar uma fundamentação filosófica ao direito fundamental em questão, limitando-nos a uma dimensão mais *prática*, próxima de uma dimensão política deste objeto, mas que também é permeada pela linguagem e pelo *locus* científico do mundo jurídico.

Antes de avançar, cabe uma última advertência. Em todo este estudo, fala-se a respeito de efetividade, eficácia ou repercussão das normas constitucionais. Trata-se de uma análise a respeito da efetividade social das normas constitucionais, ou seja, do desempenho concreto da função social das normas constitucionais. Não será abordada de forma direta a aplicabilidade estritamente jurídica destas normas, como no consagrado estudo de José Afonso da Silva a respeito da aplicabilidade das normas constitucionais (SILVA, 2007). Assim, esta efetividade das normas constitucionais “[...] representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social” (BARROSO, 1993, p. 79).

# 1 DEMOCRACIA, CONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

## 1.1 Democracia e constitucionalismo

Como já dito no início deste estudo, o constitucionalismo moderno é tido como um movimento político que visa à limitação do poder e à garantia de direitos fundamentais por parte de uma Constituição que estaria acima das paixões políticas imediatas. Seriam regras mínimas de convivência que preservariam o pacto essencial da comunidade e permitiriam que os conflitos que surgissem não provocassem uma ruptura estrutural da nação e de sua ordem constitucional.

Um dos pilares do constitucionalismo, com fins de limitação do poder, é o princípio da separação de poderes, pelo qual o Estado constitucional se distingue do Estado absolutista, pois neste o poder estava acima do direito. No Estado constitucional, o poder está vinculado a um direito a ele concedido. Tratava-se de limitar e vincular o poder do Executivo, que antes era representado pelo rei ou príncipe, a um direito constitucional que ele não pudesse sozinho criar, anular, modificar ou violar, estando à disposição somente de um poder independente ao do monarca, o poder Legislativo (KRIELE, 2009, p. 169).

Desde Aristóteles, reconhece-se que as funções exercidas pelo Estado podem ser divididas em categorias, em virtude das diferenças que apresentam entre si (ROCHA, 2009b, p. 62). Entretanto, foi Montesquieu quem melhor sistematizou esta divisão de poderes<sup>5</sup> do Estado: “O mérito de Montesquieu foi ter afirmado que as diferentes atividades do Estado deveriam ser desenvolvidas por órgãos distintos e autônomos” (ROCHA, 2009b, p. 62).

A divisão de poderes, por si só, não representa garantia de que os direitos fundamentais positivados nas cartas constitucionais sejam realizados. Trata-se de um pressuposto, isto é, algo necessário, mas não suficiente (KRIELE, 2009, p. 169).

Segundo Kriele (2009), o Iluminismo retirou da experiência com o Absolutismo, além desta necessidade de controle do Executivo por parte do legislador, ou seja, separar a aplicação do direito de quem o formula, a percepção de que também era indispensável um controle judicial dos atos do Executivo com

---

<sup>5</sup> Trata-se, em verdade, de uma divisão de funções e não de *poder*. Assim, “[...] a separação de poderes é uma técnica para distribuir funções distintas entre órgãos relativamente separados. O poder é uno; as funções e os órgãos é que são distintos” (ROCHA, 2009b, p. 63). Como a expressão *separação de poderes* está consagrada na doutrina e na história, utilizar-se-ão os dois termos como sinônimos, sem, contudo, perder de vista esta observação.



fins de controlar a compatibilidade de suas medidas com a Constituição e as leis. Um controle jurisdicional não só da administração, mas também um controle judicial do legislador na garantia da Constituição, um controle normativo. Destarte, “[...] foi assim que o Iluminismo político chegou à teoria da tripartição de poderes em legislativo, executivo e judiciário” (KRIELE, 2009, p. 170).

Ocorre que esta visão liberal inicial, desenvolvida no contexto de queda do *Ancien Regime*, buscou limitar o poder pessoal do monarca, visando à inauguração de uma fase de impessoalidade do poder, caracterizadora do moderno poder político em suas bases institucionais. A necessidade de limitar o poder através da técnica da divisão de poderes, com seus posteriores mecanismos de *freios e contrapesos* entre as funções do Estado, estava justificada perante aquele momento histórico. Atualmente, diante das novas tarefas exigidas do Estado, este princípio deve ser repensado, não podendo ser empecilho para a efetivação material dos direitos fundamentais que legitimam a própria existência do Estado contemporâneo.

Com efeito, uma rígida separação de poderes serve somente como cortina de fumaça ideológica contra a realização das obrigações do Estado, no sentido de realização das necessidades básicas da população.

Neste sentido, Bonavides (2003, p. 146, grifo nosso) considera:

A separação foi historicamente necessária quando o poder pendia entre governantes que buscavam recobrar suas prerrogativas absolutas e pessoais e o povo que, representado nos parlamentos, intentava dilatar sua esfera de mando e participação na gerência dos negócios públicos.

Quando se preconizava a separação de poderes como o melhor remédio para a garantia das liberdades individuais, estas liberdades alcançavam na organização do Estado constitucional uma amplitude de valores absolutos, inviolavelmente superiores à coletividade política, acastelados nas Declarações de Direitos, que ideologicamente eram parte de fundo das Constituições, sua peça básica, a que a discriminação de competência entre poderes deliberadamente divididos e enfraquecidos servia tão somente de meio, de moldura, de couraça. As Constituições viam menos a sociedade e mais o indivíduo, menos o Estado e mais o cidadão.

*Desde, porém, que se desfez a ameaça de volver o Estado ao absolutismo da realeza e a valoração política passou do plano individualista ao plano social, cessaram as razões de sustentar, em termos absolutos, um princípio que logicamente paralisava a ação do poder estatal e criara consideráveis contra-sensos na vida de instituições que se renovam e não podem conter-se, senão contrafeitas, nos estreitíssimos lindes de uma técnica já obsoleta e ultrapassada.*

*O princípio perdeu, pois, autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vemo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda.*

O princípio da Separação de Poderes (ou simplesmente a divisão de funções do Estado) deve ser lido considerando o papel desempenhado atualmente pelo Estado a partir do desenvolvimento da teoria dos Direitos Fundamentais. A primeira geração de direitos fundamentais exigia do Estado uma função de acordo com as condicionantes históricas da época de seu surgimento. Era necessário limitar o poder do monarca, transferindo o protagonismo social à burguesia, classe líder das revoluções liberais, pois, diante da limitação e controle (enfraquecimento) do Estado, a autonomia privada e o prestígio da propriedade seriam os novos *senhores absolutos*.

Com a superação do Estado liberal pelo paradigma do Estado social, e mais adiante, após a Segunda Guerra Mundial, com o chamado Estado democrático de direito e o surgimento de *novos direitos*, o princípio da Separação de Poderes não mais pode ser lido como se a *Bastilha* ainda existisse.

Atualmente, quando já se fala em 5ª Geração<sup>6</sup> de Direitos Fundamentais, a leitura deste princípio deve também ser contemporaneamente contextualizada, sob pena de uma interpretação anacrônica e reacionária do instituto.

Alguns dos ideais iluministas de clara inspiração filosófica e política da Grécia Antiga<sup>7</sup>, influenciaram a preocupação de Montesquieu ao elaborar sua teoria

<sup>6</sup> A expressão *geração de direitos fundamentais* atualmente sofre críticas de parcela da literatura jurídica, que considera a evolução dos direitos fundamentais algo *não linear*. Nela, não ocorre uma substituição, da mais antiga para a mais recente, das chamadas *gerações de direitos fundamentais*. Neste sentido, de crítica ao termo “gerações” de direitos fundamentais, Dimoulis e Martins (2012, p. 22) afirmam: “Tal opção terminológica (e teórica) é bastante problemática, já que a ideia das gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior, enquanto no âmbito que nos interessa nunca houve uma abolição dos direitos das anteriores 'gerações', como indica claramente a Constituição brasileira de 1988, que inclui indiscriminadamente direitos de todas as 'gerações'”. Apesar de reconhecer como correta esta crítica, neste estudo, continuar-se-á a utilizar o termo *gerações* de direitos fundamentais, exclusivamente pela consagração do termo na doutrina e jurisprudência em delinear as categorias ou espécies de direitos fundamentais classificadas por *gerações*. Sem perder de vista, contudo, que todas as *gerações* de direitos fundamentais sofrem uma *reavaliação e reinterpretção* quando do *surgimento* de novos direitos eventualmente classificados como de 5ª geração, 6ª geração e assim por diante.

<sup>7</sup> Esta preocupação em limitar o poder, mesmo que oriundo da *democracia*, já era presente na Antiguidade Grega. Críticas às deformações da democracia eram dirigidas pelos dramaturgos da Grécia Antiga, como Sófocles e Ésquilo. Este último “[...] sondou os problemas da democracia grega, vítima da cegueira e das paixões populares que arrastam a multidão quer para a apatia, quer para os excessos produtores de desordens” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 63). Também havia críticas à democracia dirigidas pelos filósofos gregos, especialmente contra os sofistas, como acentua Goyard-Fabre (2003, p. 66-67): “Platão instaurara um processo contra a retórica dos sofistas que empregavam bajulação e demagogia em abundância para obter as boas graças de um povo incensado em suas paixões. Com efeito, a política é o lugar por excelência da retórica e, particularmente, no âmago da democracia, ela se torna 'obradora de persuasão' – de uma persuasão que, em vez de conduzir à certeza pretendida pelo conhecimento, produz no máximo uma crença. Prossequindo sua conversa com Polos, Sócrates denuncia a retórica como uma dessas 'rotinas empíricas' que, baseada na adulação e na política, ou seja, sua deplorável contrafação. É disso, portanto, que se alimenta a democracia; torna-se assim uma 'caricatura' da

de divisão de poderes, que pretendia preservar a liberdade contra o poder político concentrado. Entretanto, “[...] para alcançar esse fim dividiu o exercício do poder entre diferentes classes sociais (estamentos) que constituíam a sociedade, única forma eficaz de impedir a opressão de uma classe por outra” (ROCHA, 2009b, p. 63).

Ocorre que esta divisão foi pensada para diluir o poder das forças sociais que conflitavam dentro do contexto social percebido por Montesquieu. Não se trata de uma fórmula política perfeita, atemporalmente imune a críticas. Especialmente quando é percebida uma mudança social de tal grandeza que aquele objetivo inicial de dividir o poder com fins de preservar a liberdade agora serve como escudo ideológico para concentrar o poder.

Neste sentido, Rocha (2009b, p. 63):

Montesquieu fez uma divisão política do exercício do poder. No entanto, a burguesia ao vencer a revolução abandonou a fórmula de Montesquieu e fez uma divisão puramente jurídica e formal do exercício do poder, ou seja, criou diferentes organizações (os Poderes do Estado), que passaram a ser ocupados pela própria burguesia com sacrifício dos interesses das outras classes, sobretudo da classe trabalhadora, como acontece no Brasil.

Além disso, não existe uma fórmula universalmente rígida que delimite pormenorizadamente as funções de cada poder, ditando como é a separação de poderes. Cada nação, através de suas próprias constituições, resultado de suas experiências históricas, deve delinear as funções do Estado, atribuindo competências e limites às instituições fundadas pelo Poder Constituinte.

No mesmo sentido, por uma atualização da interpretação da separação de poderes, afirma Krell (2002, p. 90-91):

O Estado Social moderno requer uma reformulação funcional dos poderes no sentido de uma distribuição que garanta um sistema eficaz de freios e contrapesos, para que 'a separação dos poderes não se interponha como véu ideológico que dissimule e inverta a natureza eminentemente política do direito'. Na medida em que as leis deixam de ser vistas como programas *condicionais* e assumem a forma de programas *finalísticos*, o esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade. [...] torna-se evidente que o apego exagerado de grande parte dos juizes brasileiros à teoria da Separação dos Poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional tradicional, que ainda não adaptou as suas 'lições' às condições diferenciadas do moderno Estado Social e está

---

política; é sua desnaturação... Platão compreendeu de forma magnífica que não poderia haver 'grandes homens de Estado' num regime democrático. O conformismo que os estrategemas demagógicos dos retores instalam no povo corrói o caráter político da política: os 'problemas fundamentais' são ocultados; a democracia prepara o niilismo”.

devido a necessária atualização e re-interpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico.

Com efeito, o papel do poder Judiciário no esquema constitucional brasileiro, estabelecido pela norma maior, acaba encontrando seus limites também no intérprete final deste documento jurídico, ou seja, o papel exercido pelo Supremo Tribunal no cenário da divisão de poderes é, por fim, decidido por ele mesmo, como se verá adiante. Fato que atrai responsabilidade ao Supremo no sentido de este ser uma espécie de *mediador* de conflitos, garantindo que os embates do sistema político ocorram nos limites da moldura constitucional, ao mesmo tempo em que seja preservada certa tranquilidade das instituições e, em última instância, a manutenção da ordem constitucional.

A garantia de um mínimo jurídico – os direitos fundamentais – deve ser preservada mesmo quando se encontra em choque com a autonomia coletiva aferida pela democracia representativa. Este conflito, portanto, entre o pensamento predominante no meio social e um conteúdo ético mínimo de convivência, corresponde a um dos grandes desafios do constitucionalismo moderno.

Certa doutrina relaciona a função da jurisdição constitucional com a de um *árbitro dos conflitos políticos*. Não se prestaria a dar resultados substantivos, mas agiria sim quando houvesse uma espécie de *abuso* por parte dos atores do cenário político. Somente dessa forma deveria ocorrer a intervenção da jurisdição. Realizando uma comparação com o mercado econômico, teria uma orientação *antitruste*, ou seja, quando o *mercado político* estivesse em *mau funcionamento*, o Tribunal constitucional servia para corrigir o sistema (ELY, 2010, p. 136).

Este *mau funcionamento*, segundo Ely (2010, p. 137), ocorre quando:

[...] o processo [político] não merece nossa confiança quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais de mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses- e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos.

Mesmo constatando que é papel da Suprema Corte ser o *fiel da balança* do jogo democrático, este Tribunal não pode olvidar o fato de que é também o responsável por contribuir para a efetividade social das normas constitucionais,

principalmente as que consagram os direitos fundamentais, seja qual for a geração destes direitos a serem concretizados.

Ao mesmo tempo em que o STF não deve se restringir a ser mera *caixa de ressonância* da vontade coletiva, esta não pode ser ignorada, sob pena de um distanciamento/estranhamento entre aquilo que é decidido em definitivo pela jurisdição constitucional e as noções culturais da sociedade e a dinâmica política fora dos debates políticos.

Do mesmo modo, a partir do momento em que é possibilitado à sociedade o direito de participar formalmente dos procedimentos desta jurisdição, mesmo diante de uma contrariedade em um caso concreto, esta decisão encontra, além de legitimidade, maior possibilidade de aceitação por parte dos cidadãos eventualmente contrariados, sem que haja a necessidade de coerção executiva destas decisões.

Ocorre que, como se tentará demonstrar adiante, a atuação recente do Supremo Tribunal Federal vai muito além do exercício de uma mera função de árbitro do jogo político. Ao contrário, pratica uma jurisprudência, com certa *convivência* dos demais poderes<sup>8</sup>, que está transformando o esquema de poder da Constituição e da tradicional jurisprudência da Corte no Brasil. Fato que incute no imaginário coletivo certa ilusão de que a norma constitucional, com todas as promessas de realização da dignidade humana ali contidas, basta por si para a superação de problemas, muitas vezes relacionados a fatores históricos, políticos e sociais que marcam o Brasil contemporâneo.

A Constituição de 1988, portanto, seria apenas mais um componente a ser avaliado neste complexo contexto. De grande destaque, há de se reconhecer,

---

<sup>8</sup> Sobre esta *convivência* dos demais poderes, abordando exatamente a relação legislador-juíz, Tavares (2012, p. 4) afirma: “Nos últimos dez anos, o legislador federal (Congresso Nacional) aprovou uma série de leis que ampliaram os poderes do STF, atuando, portanto, como um legislador confiante no judiciário. Assim, podem ser citadas, dentre outras, a EC n. 3/93, que criou o efeito vinculante da ADC, e as Leis n. 9868/99 e 9882/99, que criaram o efeito vinculante para ações que não contavam com essa previsão expressa, a EC n. 45/2004, que criou a súmula vinculante, e a Lei n. 11.417/2006, que regulamentou a súmula vinculante, concedendo, nesse caso, inclusive, a inovadora possibilidade de atuação de ofício por parte do STF. Mas não é só. Salvo a restrição do poder de cautela dos magistrados, imposta, por leis (inconstitucionais), quando a ação envolva interesses financeiros do Estado, pode-se afirmar que, em geral, as reformas processuais têm aceitado e ampliado o poder dos magistrados, valendo aqui citar a reforma do CPC e, dentre outras, a criação da súmula impeditiva de recursos e o poder concedido aos relatores no diversos tribunais do país.” Para além de mera *confiança* do legislador no juíz, Marques de Lima (2009, p. 177) considera que a finalidade destas citadas reformas constitucionais e legais no papel do judiciário possuem o objetivo de *hierarquizar* o poder para garantir um melhor controle dos juízes, pois “[...] é mais fácil controlar um pequeno corpo de amigos, que mandam no resto, do que controlar diretamente a todo um poder judiciário, a todos os juízes das diversas instâncias. O resultado são as cúpulas hierarquicamente fortes e politicamente débeis”.

mas que, sem a mediação da política, dificilmente encontrará efetividade diante da posição brasileira no contexto internacional de *periferia do capitalismo* e da *função* exercida pelo Brasil na divisão internacional do trabalho<sup>9</sup>.

Quando se fala de política neste estudo, refere-se a uma dinâmica social amplamente considerada. Como exemplo, o papel da sociedade civil organizada, os grupos de pressão, dos movimentos sociais, das entidades representativas de classe, de trabalhadores e da política partidária. Não há efetividade constitucional somente com voluntarismo de uma decisão judicial, mesmo que esta seja progressista em determinado contexto. Sem vontade política para que seja respeitada e efetivamente incorporada aos valores sociais, a decisão judicial pode cair em descrédito e transformar a Corte Constitucional em uma instituição meramente figurativa.

O paradigma democrático que está consagrado na Carta Magna nacional deve permear todo e qualquer espaço onde exista poder estatal. O conteúdo do termo *democracia* é histórico e condicionado, como já foi afirmado. Deste modo, nesta quadra histórica, a jurisdição constitucional corresponde a uma fronteira ainda em expansão no que tange à política e à efetividade da teoria democrática.

Assim, inegável a existência de certa *tensão* entre o constitucionalismo e a *democracia*. Neste cenário, a jurisdição constitucional tem protagonizado embates políticos incomuns, ao menos na história brasileira. A seguir, abordar-se-á o papel

---

<sup>9</sup> Os conceitos de *periferia do capitalismo* e *divisão internacional do trabalho* estão reciprocamente relacionados. A relação *centro-periferia* entre as nações indica os motivos que fazem com que o desenvolvimento do capitalismo em escala global seja desigual. O mundo seria dividido entre países desenvolvidos (centro, com industrialização avançada) e os subdesenvolvidos (periferia do capitalismo, com matriz econômica primária de exportação e de industrialização tardia). Para Celso Furtado (1974), o *subdesenvolvimento* não se refere a uma etapa pela qual as nações *desenvolvidas* passaram para chegar a um nível desenvolvido. Antes, o subdesenvolvimento é *condição* para que existam os desenvolvidos e também uma *deformação* de um modelo de desenvolvimento. Aqui está a relação com a divisão internacional do trabalho. Os países de centro associaram historicamente o avanço tecnológico ao avanço produtivo, fato que possibilitou uma dominação dos países subdesenvolvidos pelos desenvolvidos. Os subdesenvolvidos, mesmo aqueles que, em parte, se libertaram do modelo de produção *plantation* (monocultura agrícola de exportação associado a latifúndio e trabalho escravo), e passaram a ser considerados industrializados (como o Brasil), não superaram o desigual fosso estrutural entre os países, pois os tipos de indústria e tecnologia empregados não são os mesmos nas empresas matrizes das nações desenvolvidas. Assim, o subdesenvolvimento é fruto de uma conexão, a partir de certas condições históricas, entre um processo interno concentrador e um externo de dependência, formando a relação *centro-periferia* (FURTADO, 2005). Celso Furtado agrega à sua teoria outro elemento, que é um traço cultural presente nos países de periferia, de *cópia de modelos de consumo*, no qual grupos sociais afluentes (elites nacionais), com altos padrões de consumo, convivem com outros grupos sociais submetidos a níveis mínimos de subsistência, completamente excluídos dos padrões de consumo dos mais ricos. A expansão desta *cópia de consumo* não pode ser confundida com um desenvolvimento efetivo, como o dos países de centro, pois se trata de uma simples *modernização* completamente dissociada de altos graus de acúmulo de capital (FURTADO, 1974).

desta jurisdição no esquema constitucional nacional e debater-se-ão outros modelos constitucionais que trazem soluções diversas do caso brasileiro.

## 1.2 Jurisdição constitucional e a *última palavra*

A tarefa de guardar a Constituição representa obrigação imposta a todos os poderes e instituições públicas ou privadas. Não faria sentido que instituições e órgãos públicos, agentes do Estado, não estivessem imbuídos de guardar e respeitar o texto constitucional, haja vista que estes recebem suas competências da Constituição e a sua própria existência legal decorre do Texto Maior.

A Constituição brasileira de 1988 também instituiu mecanismos de controle de constitucionalidade para que todos os poderes possam assegurar o respeito à Constituição. Existem instrumentos de controle preventivo de natureza política e jurídica, de competência dos poderes Executivo e Legislativo. Este, por meio de análise jurídica dos projetos de lei por suas câmaras temáticas de Constituição e Justiça; aquele, através do veto jurídico com base na inconstitucionalidade da lei aprovada pelo Legislativo ou do veto baseado no *interesse público*, de feição mais política. Ao poder Judiciário o controle atribuído é essencialmente repressivo<sup>10</sup>. Ademais, qualquer órgão público, ao aplicar o direito, está aplicando a Constituição, pois esta norma superior constitui a base do ordenamento jurídico, e qualquer interpretação jurídica é também uma interpretação constitucional (BARROSO, 2006).

No que tange aos particulares, estes também devem respeito à Constituição, de modo diverso dos órgãos públicos, é evidente, mas também é pretensão das constituições modernas reger e conformar a realidade social *fora do Estado*. Especialmente após a constitucionalização de diversos valores de estrutura normativa principiológica que passaram a *colonizar* a autonomia privada e ingressar decisivamente nas relações intersubjetivas privadas. A eficácia horizontal dos

---

<sup>10</sup> Ao poder Judiciário também é dado o controle preventivo de constitucionalidade, diante do entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal de que é permitido ao parlamentar ingressar com mandado de segurança em defesa de suas prerrogativas e para garantir seu direito a um *processo legislativo hígido*. Entretanto, este é um controle difuso e concreto, pois o mesmo STF nunca aceitou realizar controle preventivo de modo abstrato.

direitos fundamentais e a constitucionalização do direito civil<sup>11</sup> são um campo fértil do atual estudo do constitucionalismo.<sup>12</sup>

Com efeito, não se trata de saber quais órgãos estão incumbidos de *guardar* a Constituição, mas, sim, de conhecer quem é o *guardião* dela. Aquele que terá a última palavra no que tange ao ato de interpretar os enunciados normativos insculpidos na Carta Magna. A resposta para esta questão, no atual esquema constitucional brasileiro, é quase imediata, o poder Judiciário.

Isto se verifica não somente pela leitura do artigo 102 da Constituição de 1988, que prevê competência *precípua* de *guarda da constituição* pelo Supremo Tribunal Federal, mas também pela visão sistemática de todo o texto constitucional (BRASIL, 2012). Este, por exemplo, prevê que a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inc. XXXV). Desde que provocado, é o Judiciário que dá a última palavra a respeito do sentido e alcance do texto constitucional, transformando sua interpretação em norma jurídica, sendo que esta *opinião* sobre a norma extraída do texto legal vincula a todos<sup>13</sup>.

Não obstante, tal situação nem sempre ocorreu dessa forma na história do constitucionalismo brasileiro. Esta estrutura de poder não é idêntica nas diversas nações ocidentais que ajudaram na formação do atual povo brasileiro.

Sobre a história do controle de constitucionalidade no Brasil, tratar-se-á mais adiante para mostrar que nem sempre o poder Judiciário foi o responsável por dar a última palavra a respeito de qual a melhor interpretação da Constituição.

Buscando um estudo comparado com outros países, percebe-se a existência de diversos modelos de controle sobre a constitucionalidade das normas e de quem tem a competência em ser o intérprete final da Constituição. Há nações, como nos Países Baixos, nas quais se atribui exclusividade ao poder Legislativo a

---

<sup>11</sup> Sobre a constitucionalização do direito civil no Brasil, *vide* BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Jus Navigandi, 2005.

<sup>12</sup> Acredita-se que exista *vida social* e normativa fora da Constituição ou do ordenamento estatal. O direito é um fenômeno complexo e possui repercussão em diversas esferas. A visão monista que atribui ao Estado o monopólio normativo parece ser insuficiente para explicar o fenômeno jurídico.

<sup>13</sup> Vincula a todos, caso se esteja diante de controle concentrado de constitucionalidade das normas. Haja vista que, no controle difuso de constitucionalidade, a eficácia das decisões é apenas *inter partes*. Fato que pode ser radicalmente modificado caso o Supremo Tribunal Federal torne vencedor o voto do relator, ministro Gilmar Ferreira Mendes, na reclamação 4335-5/AC, na qual este ministro pretende conceder efeitos *erga omnes* e vinculante também no controle difuso de constitucionalidade. Mesmo que este entendimento não venha a ser o vencedor, nada impede que seja criada súmula vinculante para consolidar entendimento esposado em casos submetidos à Corte no controle difuso de constitucionalidade.



guarda da Constituição (DIMOULIS; LUNARDI, 2011). Na Inglaterra, a Constituição é predominantemente consuetudinária, vigorando a supremacia do parlamento. A modificação da Constituição histórica inglesa se faz a todo momento pelo parlamento, sem a necessidade de um processo legislativo diferenciado (MIRANDA, 2003, p. 132) e sem um controle repressivo ou a *posteriori* de legitimidade das normas emanadas pelo parlamento inglês. Com efeito, esta instituição pode ser considerada o guardião da Carta Magna, isto é, aquele que dá a última palavra sobre o conteúdo da Constituição histórica inglesa, papel precípua do Parlamento britânico.

Outro modelo bem distinto do brasileiro é o do sistema francês, no qual somente é realizado algum controle de constitucionalidade antes da elaboração da lei, ou seja, um controle preventivo de constitucionalidade, feito pelo *Conseil Constitutionnel*, que não é um órgão integrante do poder Judiciário. Trata-se de um órgão de controle político, e não jurisdicional, portanto. Sua composição mostra claramente esta função política, pois não é exigido para integrar esta Corte qualquer requisito de idade ou de profissão, sendo seus nove integrantes indicados pelo presidente da República, presidente da Assembleia Nacional e presidente do Senado. Integram este conselho, por exemplo, como membros vitalícios, os ex-presidentes da República francesa. Entretanto, com a alteração constitucional de 2008, foi instituída a possibilidade de controle repressivo *a posteriori* das leis francesas, diante da suscitação da Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC). Nesta, o Conselho Constitucional pode invalidar uma norma já em vigor, desde que provocado em um processo diante do Tribunal de Cassação Francês e em determinadas situações, que acabam por restringir a utilização deste mecanismo, fato que permite considerar ser predominante o controle preventivo e político de constitucionalidade na França, mesmo após esta mudança constitucional

14 .

Atribuir ao poder Legislativo, como corre na Inglaterra, a função de guardião da Constituição, geraria uma situação institucional pouco eficiente e de poucas garantias de imparcialidade. Se o objeto de conflito e questionamento da legitimidade constitucional é quase sempre uma lei, difícil imaginar que confiar ao

<sup>14</sup> Uma das restrições previstas para que uma norma já em vigor possa ser objeto desta *questão prioritária de constitucionalidade* é que, em sua elaboração, a avaliação de sua legitimidade constitucional não tenha sido submetida anteriormente ao Conselho Constitucional. Fato que diminui o alcance deste instrumento processual, ficando restrito a normas de menor repercussão política e social.

criador desta a competência para decidir sobre sua harmonia com a Constituição traria algum sossego. Kelsen (2007, p. 240) acena esta contradição, demonstrando que o controle de legitimidade constitucional das normas não pode ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem sofrer este mesmo controle. Alerta que a própria função da Constituição, como documento político, é estabelecer limites ao exercício do poder. A garantia da Constituição significa que estes limites não serão rompidos. Nenhum órgão é tão pouco idôneo para esta função de controle quanto justamente aquele a quem a Constituição confia o exercício do poder, e que possui, essencialmente, “[...] a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria” (KELSEN, 2007, p. 240).

O grande debate do século XX sobre este tema, de quem deve ser o guardião da Constituição, foi travado por Hans Kelsen e Carl Schmitt no contexto histórico da República de Weimar, na Alemanha, instaurada em 1919. Valendo-se das teorias de Benjamin Constant a respeito da necessidade de criação de um poder neutro (*pourvoir neutre*), Schmitt propugna, em sua conhecida obra, *O guardião da Constituição* (1931), que o defensor da Carta Constitucional deve ser o chefe do Reich alemão, e não um tribunal com atribuições de jurisdição constitucional. Em oposição, Kelsen faz forte crítica a esta posição de Schmitt, argumentando que esta teoria de *poder neutro* não encontra respaldo na realidade da Alemanha do início do século XX.

Carl Schmitt defende que divergências de opinião e diferenças entre os titulares de direitos políticos (com poder de decisão e influência) não podem ser decididas judicialmente. Estas divergências devem ser eliminadas por uma força política mais vigorosa, situada acima das opiniões antagônicas, a qual ele chama de *terceiro superior*, ou por meio de um órgão que não esteja em uma relação de subordinação e hierarquia, mas sim de coordenação, através de um *terceiro neutro*. O *terceiro superior* não seria uma solução institucional adequada, pois este não seria “[...] o guardião da Constituição, e, sim, o Senhor Soberano do Estado” (SCHMITT, 2007, p. 193). Ao contrário, o *terceiro neutro* estaria localizado não acima dos poderes, mas ao lado dos outros poderes constitucionais, de modo que trouxesse coordenação e estabilidade ao poder.

No Brasil, esta doutrina de Benjamin Constant, do *pourvoir neutre et intermédiaire* (poder neutro e intermediário), foi adotada no Império, através do

artigo 98 da Constituição de 1824, que destinava ao imperador o exercício do poder Moderador, sendo este a “[...] chave de toda a organização política e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu primeiro representante”. Palavras estas consagradas neste artigo da Constituição imperial são quase *ipsis litteris* da doutrina de Constant (SILVA, 2011, p. 34). Entretanto, esta prolatada neutralidade e a função de harmonizador dos embates políticos nunca se concretizaram, ao contrário, camuflavam a ordem autoritária deste modelo. Não consideravam democrático o sistema constitucional do Império, pois “[...] embora se tratasse de uma Monarquia Constitucional e representativa, a verdade é que os mecanismos centralizadores e definidores do poder pessoal do Monarca não possibilitavam o surgimento da realidade democrática” (SILVA, 2011, p. 51).

Hans Kelsen (2007, p. 243) também não poupou críticas às ideias de Schmitt quanto à utilização da teoria de Benjamin Constant no contexto da República de Weimar, considerando que:

O guardião da Constituição [obra de Carl Schmitt] está dedicado justamente ao problema da garantia da Constituição. Mais surpreendente ainda, porém, é que esse escrito tire do rebotinho do teatro constitucional a sua mais antiga peça, qual seja, a tese de que o chefe de Estado, e nenhum outro órgão, seria o competente guardião da Constituição, a fim de utilizar novamente esse já bem empoeirado adereço cênico na república democrática em geral e na Constituição de Weimar em particular. O que mais admira, porém, é que o mesmo escrito, que pretende restaurar a doutrina de um dos mais antigos e experimentados ideólogos da monarquia constitucional – a doutrina do *pourvoir neutre* do monarca, de Benjamin Constant – e aplicá-la sem qualquer restrição ao chefe de Estado republicano, tenha como autor o professor de direito público na Berlin Handelshochschule, Carl Schmitt, cuja ambição é mostrar-nos “o quanto muitas formas e conceitos tradicionais estão estreitamente ligados a situações passadas, não sendo hoje mais nem sequer vinho velho para odres novas, mais sim apenas rótulos falsos e antiquados” e que não se cansa de lembrar “que a situação da monarquia constitucional do século XIX, com sua separação entre Estado e sociedade, política e economia, encontra-se superada”.

Assim, Kelsen tenta mostrar a contradição do discurso de Schmitt em outras obras, diante da utilização da teoria do poder neutro de Benjamin Constant no contexto das monarquias constitucionais do século XIX, anacronicamente transportada para a realidade da República alemã de Weimar, da década de 1920.

Segundo Kelsen, Schmitt faz uma distinção equivocada entre função jurisdicional e função política. Kelsen critica a atitude que afirma ser a decisão de

invalidar uma norma elaborada pelo parlamento sob a pecha de inconstitucionalidade um ato somente político, e não jurisdicional.

Considerando uma distinção minimamente precisa entre estes termos – na qual política seria *exercício do poder*, em contraposição a *exercício de direito* –, a política seria função do legislador, pois este submete os indivíduos à sua vontade, sendo também *poder* exatamente pelo fato de impor a estes mesmos indivíduos uma condição, qual seja, a de perseguir seus próprios interesses dentro de limites estabelecidos pela legislação. Assim, “[...] decidindo os conflitos de interesses, ao passo que o juiz, enquanto instrumento – e não sujeito – de tal poder, apenas faz aplicar esse ordenamento criado pelo legislador” (KELSEN, 2007, p. 251).

No entanto, Kelsen (2007, p. 251) completa:

Tal concepção, contudo, é falsa, porque pressupõe que o exercício do poder esteja encerrado dentro do processo legislativo. Não se vê, ou não se quer ver, que ele tem sua continuação ou até, talvez, seu real início na jurisdição, não menos que no outro ramo do executivo, a administração. Se enxergarmos “o político” na resolução de conflitos de interesses, na “decisão” – para usarmos a terminologia de Schmitt – encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder. O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve ceder.

Considera ainda que o reconhecimento deste papel político da jurisdição implica também em admitir o papel criativo de direito desta, tarefa não exclusiva do legislador<sup>15</sup>. “A opinião de que somente a legislação seria política é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva” (KELSEN, 2007, p. 251).

A jurisdição constitucional, assim, é claramente um exercício de poder, conclui Kelsen, posição da qual se irá compartilhar para seguir este estudo, pois a jurisdição constitucional, mesmo com outras características, também submete a população a regras jurídicas que limitam suas autonomias.

Como tal, está sujeita às vicissitudes do sistema político. Tanto sobre o aspecto de ter que agir sob pressão (organizada ou não), quanto de praticar este poder buscando uma legitimação perante os destinatários deste exercício. No limiar desta constatação, está a possibilidade de manifestação do Poder Constituinte Originário, que é sempre latente. Natural que um ordenamento jurídico tenha como

---

<sup>15</sup> No capítulo 2, com maior profundidade, será desenvolvido este tema, qual seja, a *criação* de direito pelo poder Judiciário.

objetivo sua autopreservação. Assim, a busca por legitimidade pode possuir um caráter conservador, neste sentido de manutenção da ordem constitucional. Com isso, inevitável será o conflito da jurisdição constitucional quando esta reivindica um papel contramajoritário, por exemplo. A *soberania do povo* não é um valor sem limites, principalmente em uma sociedade moderna na qual o controle da informação e de seus meios de divulgação depende sobremaneira de poderes econômicos e políticos.

O Estado contemporâneo também se legitima através de um discurso de proteção dos direitos fundamentais, não só, portanto, pela participação dos cidadãos nas decisões estatais. Talvez seja este o ponto que melhor explique este momento histórico no qual é outorgado ao poder Judiciário a função de dizer *por último* o conteúdo da Constituição (e, por consequência, dos direitos fundamentais).

Neste sentido, Rocha (2009b, p. 71, grifo nosso) diz:

Agora, se queremos saber a razão por que à jurisdição é reservada a *finalidade de proteger os direitos fundamentais*, devemos remontar ao Estado constitucional que surgiu depois da Segunda Guerra. Enquanto o Estado liberal anterior era regido pela lei e pelo legislador, o Estado constitucional é regido pela constituição, acima da lei do legislador, e cuja defesa (da Constituição) foi entregue ao Judiciário. Na medida em que Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico e está dotada de um espesso conteúdo material, constituído de direitos fundamentais e princípios, não havendo problema jurídico que nela não encontre alguma solução, e na medida em que tudo está confiado à guarda do Judiciário, o legislador perdeu poder e o Judiciário ganhou. Daí a extraordinária importância da função jurisdicional e do Judiciário na atualidade, intérprete e aplicador de princípios e direitos fundamentais, cujos textos vagos lhe dá muita discricionariedade, o que é completamente diferente da posição que tinha no Estado liberal, em que o juiz era considerado um humilde “boca da lei”.

Assim, se for reconhecido que a jurisdição constitucional é exercício de poder, faz-se mister compreender a atual tarefa de proteção dos direitos fundamentais implementada pelo poder Judiciário, cuja função de dizer, em definitivo, o conteúdo da Constituição predomina na maior parte dos países ocidentais.

O Estado, historicamente, teve seu poder limitado pelo constitucionalismo moderno e também pela evolução da teoria dos direitos fundamentais. Atualmente, este mesmo Estado se legitima através de um discurso de proteção aos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, fato que pode anular esta capacidade específica de limite ao poder estatal, pois sua atuação, em última

instância, será em prol da efetivação daqueles direitos, ao menos argumentativamente.

Neste sentido, Maus (2009, p. 303) afirma:

[...] a ação estatal atual se legitima cada vez mais como “política dos direitos fundamentais”, à medida que o Estado se define como administrador e distribuidor de prerrogativas de direitos fundamentais. À medida que os direitos fundamentais se tornam fundamento legitimador da ação estatal eles também perdem, por sua vez, a capacidade de limitar a ação estatal. Os direitos clássicos de liberdade se transformam em normas estatais de autorização.

Com efeito, a legitimidade reivindicada pelo Estado não se restringe mais ao aspecto democrático, ela expande o discurso a novos elementos de conteúdo axiológico, sob o auspício de proteção dos direitos fundamentais.

Neste momento, então, surge um novo problema, qual seja, a questão da legitimidade de a jurisdição se sobrepor a uma decisão majoritária ou, pelo menos, reivindicar para si tal escopo. Isto ocorre quando o juiz constitucional decide anular uma norma criada por outro poder, em geral o poder Legislativo, típico representante da vontade da população desde as revoluções liberais do século XIX.

O conflito expõe, portanto, uma *substituição de legitimidades*. A do legislador, calcada no argumento democrático, pois este transforma em norma a vontade da maioria; em oposição a do juiz constitucional, que atua sob o argumento de preservar a Constituição e, portanto, os direitos e garantias fundamentais ali consagrados.

### **1.3 Existe um direito de participação na jurisdição constitucional?**

Como abordado anteriormente, diante da fluidez na delimitação do termo *democracia*, mesmo considerando que existe um direito fundamental da cidadania moderna que obriga o Estado a ser democrático, caracterizar o que é democrático irá depender muito da ideologia do observador e da noção coletiva que está valorando as ações políticas do Estado. Assim, para melhor explicitar o conflito que se pretende enfrentar, isto é, para melhor problematizar a questão neste estudo, prefere-se referir o *direito de participação* do cidadão nas decisões do Estado, e não o *direito de ter democracia*. Não se trata de uma simples escolha terminológica, pois não são termos sinônimos.

Mencionando de outro modo: pode haver várias decisões do Estado, muitas fundamentais, sem que nestas esteja presente a participação ativa dos cidadãos, e, mesmo assim, não haja afastamento do paradigma democrático?

Se se enxergar a democracia como um procedimento que sistematiza a vontade da maioria, uma forma de tomar decisões coletivas que assegure a participação de todos e de fazê-las valer de modo a reger impositivamente toda a comunidade, pode-se seguramente considerar que o exercício de poder por parte de juízes não eleitos viola este conceito procedimental (formal) de democracia. Entretanto, ao considerar que o conceito de democracia possui dimensão material além do mero procedimento (regras jurídico-políticas claras e justas), o conflito constitucional que aqui se procura estudar encontra seu ponto fulcral. Nesta dimensão material, pode-se sistematizar em três vertentes seu conteúdo essencial: a) quantos mais direitos fundamentais, de todas as gerações, são assegurados a um número maior de pessoas, mais democrática é uma sociedade; b) para que estes direitos sejam assegurados, não se pode admitir a violação de direitos fundamentais das minorias sociais<sup>16</sup>, de modo que seja preservado um núcleo essencial destes direitos, assegurando a preservação da dignidade destes grupos; e c) não se pode violar o texto da Constituição, dentro dos limites de sua interpretação, mesmo que, argumentativamente, esteja-se em busca da efetivação de direitos fundamentais e/ou da preservação da dignidade de alguma minoria.

Este último elemento, os limites do texto da Constituição e o confronto com a efetividade de direitos fundamentais, seja da maioria, seja da minoria, é o que parece ser de mais complexa análise.

---

<sup>16</sup> O termo *minoría* pode representar grupos sociais que, apesar de numericamente serem grandes grupos sociais, possuem condições de direitos menos favorecidos. Neste sentido, Rocha (1996, p. 285, grifo nosso) diz: “[...] não se toma a expressão *minoría* no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder. Na verdade, *minoría* no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. Ora, ao contrário do que se apura, por exemplo, no regime da representação democrática nas instituições governamentais, em que o número é que determina a maioria (cada cidadão faz-se representar por um voto, que é o seu, e da soma dos votos é que se *contam* os representados e os representantes para se conhecer a maioria), em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a *minoría*, na prática dos direitos, nem sempre significa o número menor de pessoas. Antes, nesse caso, uma *minoría* pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito, etc.) o que é tido por maioria. Assim o caso de negros e mulheres no Brasil, que são tidos como *minorías*, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira.

Aqui, portanto, retoma-se o problema exposto no final do capítulo anterior, qual seja, a questão da *substituição* de legitimidades: a do legislador, que alega atuar representando o verdadeiro titular do poder, o povo (democracia como técnica formal de sistematizar a vontade da população), pela do juiz constitucional, que atua sob o argumento de preservar a Constituição e, portanto, os direitos e garantias fundamentais ali consagrados.

Utiliza-se o termo *substituição* no sentido de que o fundamento que legitima a atuação de ambos os poderes é distinto, se forem levados em consideração argumentos ligados à evolução histórico-política do papel do poder Judiciário em anular atos do Legislativo. Se se restringisse a análise ao aspecto jurídico estritamente formal, no qual o documento constitucional é o *soberano*, este seria, por si só, capaz de legitimar as instituições que fundou através do Poder Constituinte Originário. Neste último sentido, os dois poderes acabam possuindo a mesma legitimidade. Não é este aspecto, entretanto, que se está trazendo ao debate, apesar de reconhecer que ele existe e é sempre citado pela doutrina constitucionalista.

A Constituição de 1988 afirma que o poder emana do povo, já em seu artigo primeiro, parágrafo único: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*” (BRASIL, 2009c, p. 4, grifo nosso). Assim, afirma-se a titularidade do poder, mas seu exercício é condicionado de plano pelas demais normas que seguem o texto da Constituição.

Assim, a atuação do poder Judiciário, especialmente do juiz constitucional, muitas vezes encontra seu fundamento de agir na ideia de supremacia da constituição, e não deste poder em se considerar o soberano no lugar do povo. Trata-se, portanto, de uma visão eminentemente jurídica de Constituição. Com efeito, neste ponto, voltar-se-á a discutir o embate entre constitucionalismo e democracia, para que se possa delimitar uma problematização a respeito de um direito de participação política na jurisdição constitucional.

A doutrina tradicional dos publicistas considera, segundo Bercovici (2008), que o povo e o poder constituinte não têm lugar no direito constitucional, pelo fato de não serem eles categorias jurídicas. Ocorre que, ressalta o mesmo autor, esta visão passa ao largo do reconhecimento de que a Constituição é um documento essencialmente político. Completa o raciocínio, afirmando que “[...] com a tendência



dos constitucionalistas se limitarem à esfera exclusivamente jurídica, acabam perdendo a visão da vida constitucional de um país, desprezando a esfera política e a realidade social” (BERCOVICI, 2008, p. 14).

Reduzir o direito constitucional a uma dimensão tecnicista, baseada na concepção estritamente jurídica de Constituição, negligencia exatamente a relação entre o documento jurídico formal e a realidade política. Este movimento em direção ao documento jurídico, prestigiando-se a *força normativa* da Constituição, desprezando a realidade social, fez ampliar questões sobre interpretação e aplicação do direito constitucional, colocando-o no centro do debate constitucional.

A jurisprudência constitucional, neste viés, coloca-se no centro do constitucionalismo e pretende reduzir toda a problemática e teoria constitucional a uma questão meramente de interpretação do texto jurídico. Abandonam-se questões essenciais, como a da democracia. Nesta mesma crítica, a teoria da Constituição deveria “[...] se preocupar com a explicação realista do papel que a constituição joga ou deveria jogar na dinâmica política, contrapondo-se ao positivismo tradicional do direito público” (BERCOVICI, 2008, p. 15).

Ainda segundo Bercovici (2008, p. 16), há neste movimento uma conversão da constituição política em direito constitucional, pois “[...] o poder constituinte foi reduzido à revisão constitucional, a defesa da constituição limitou-se ao controle de constitucionalidade e o estado de necessidade virou direito de exceção”.

As posições que defendem o primado da Constituição jurídica para garantir o respeito das normas procedimentais de formação da vontade política afirmam também querer proteger as minorias e o pluralismo. São concepções que ganham espaço no constitucionalismo moderno, destacando um papel contramajoritário da jurisdição constitucional. Esse constitucionalismo não aceita qualquer decisão da maioria da população, caso esta não esteja dentro dos limites traçados pela Constituição.

Neste cenário, a moldura criada pela Constituição reivindica-se como árbitra dos conflitos políticos e sociais, como se seu conteúdo não fosse fruto de lutas sociais concretas, historicamente condicionadas por fatores extrajurídicos, como elementos econômicos, por exemplo. Assim, “[...] a visão a-histórica da Constituição é fruto do constitucionalismo liberal, com sua pretensão de eternidade” (BERCOVICI, 2008, p. 16).

Esta visão *arrogante* do constitucionalismo acaba por diminuir o espaço da democracia, que não se renova. As instituições advindas das constituições deveriam ser permanentemente questionadas à luz do paradigma democrático, sob pena de uma usurpação constitucional do poder disfarçada de interpretação jurídica. Destarte, “[...] a neutralidade das constituições é ilusória e o constitucionalismo não deve ter nenhuma primazia ideológica que não o obrigue a ser continuamente colocado à prova na esfera democrática” (BERCOVICI, 2008, p. 17).

É lugar comum a afirmação de que o *neoconstitucionalismo*, sob influência do *pós-positivismo*, reaproxima o direito da moral e da ética. Neste sentido, Barroso (2005, p. 4) afirma: “O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”.

Ocorre que esta *moralização* do direito, no sentido de uma aproximação da moral e da ética como fator de legitimação, provoca também certo *desencontro* com outras formas de legitimação, pois o Estado agora, através de suas instituições, acaba criando um ambiente propício a tomada de decisões políticas, nas quais se prescinde de participação dos *atingidos* por estas, bastando que se recorra à polivalente *defesa e promoção* dos direitos fundamentais.

Maus (2009, p. 304) afirma:

A remoralização fática do Direito na atualidade se mostra extremamente ambivalente. Mesmo que ela leve, eventualmente, a tais correções de processos políticos-democráticos que fazem jus a intenções morais jurídico-teóricas, estas não compensam a perda da função democrática de controle. O discurso moral que deve ser conduzido “de baixo” em uma sociedade democrática é usurpado, atualmente, pelos aparatos estatais. Mas sua expertocracia de justiça mostra uma forte tendência em fazer valer pontos de vista da “justiça técnica”. A “colonização do mundo vital” percorre o caminho de uma delimitação situacional do direito que serve de encobrimento a argumentos morais.

Não basta a origem da Constituição ser democrática, assim como não é suficiente a consagração formal de *Estado Democrático de Direito*, se o Estado não se organiza nem se mobiliza permanentemente para garantir a soberania popular no cotidiano de suas ações.

É preciso desenvolver uma reconciliação entre o constitucionalismo e a democracia, por meio da participação da sociedade nos meios de efetivação das

normas constitucionais, em especial nos espaços em que é realizada uma interpretação definitiva de seu conteúdo normativo.

## **2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO EXERCÍCIO DO PODER**

Para uma correta avaliação do papel desempenhado pelo Controle Concentrado de Constitucionalidade no Brasil, será necessária uma curta reconstrução histórica do desenvolvimento deste instituto, de modo que se possa delinear sua influência no modelo de Estado e de direito que é aplicado hodiernamente no Brasil. Importante analisar a função deste tipo de controle diante de fenômenos como o da *judicialização da política*, da *politização do judiciário* e de seu eventual papel *contramajoritário*. Neste sentido, os aspectos históricos destacados serão aqueles que trazem correlação com o tema aqui estudado, de

maneira que outros fatores históricos não serão abordados por opção e por prestígio à objetividade.

## **2.1 Matrizes históricas e evolução do controle de constitucionalidade**

### **2.1.1 Do judicial review of legislation dos EUA ao controle concentrado austríaco**

O século XIX foi marcado como sendo o século no qual se pôs em prática os ideais iluministas, catalisadores das revoluções liberais. Dentre eles, o de considerar que “[...] toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes não possui Constituição”<sup>17</sup>. Neste modelo, o poder era exercido em nome do povo, este o verdadeiro titular do poder. O povo, que era súdito, passa a ser cidadão, ocorrendo uma inversão radical desta relação política entre pessoa e Estado (BOBBIO, 1992, p. 101).

Por mais que neste modelo todos os três poderes de algum modo produzam direito, o início do Estado de Direito pretendia entregar ao Legislativo a função mais destacada em uma hipotética escala de prestígio político.

O poder mais representativo, portanto, era aquele que advinha de uma vontade manifestada pelo sufrágio e que era externado nas casas legislativas. A ideia era relativamente de fácil apreensão. Deve-se estar obrigado a obedecer normas de cuja criação de algum modo o povo participa (ou poderia participar), assim, a legitimidade depende dos destinatários que são também os autores de suas próprias obrigações (ROCHA, 2009a, p. 76).

Com efeito, inovar no mundo jurídico, criar obrigações, é papel exclusivo da lei formal e material elaborada pelo parlamento. Trata-se não só do princípio da legalidade, incito ao Estado de Direito, mas de dizer de quem é o poder e qual o seu limite. Historicamente, como os parlamentos foram ocupados pela burguesia, classe ascendente no poder, protagonista das revoluções liberais, era nítida a vontade de se tornarem os senhores desta nova ordem.

Tanto foi assim que, no início de século XIX, surge a Escola da Exegese, a qual exigia uma interpretação literal da lei, pois seu aplicador, o juiz, não poderia dar-lhe sentido outro que não fosse o pretendido pelo legislador. O Código

---

<sup>17</sup> Art. 16 da *Declaração universal dos direitos do homem e do cidadão de 1789* (ALTAVILA, 2001).

Napoleônico pretensamente resolveria qualquer problema do cotidiano, sem que houvesse a necessidade de recorrer a algo além da lei positivada e formalmente plasmada em um texto emitido pelo legislador. Tal concepção demonstra o que foi dito anteriormente, isto é, a burguesia era o novo soberano, seu lugar era o parlamento e seu instrumento de poder era a Lei.

Podem-se, entretanto, constatar algumas distinções entre os países que, antes das revoluções liberais, possuíam uma tradição de direito consuetudinário, como é o caso da Inglaterra. Neste país, a revolução<sup>18</sup> que vem para limitar decididamente o poder do monarca não foi drástica ao ponto de derrubar o trono e de decapitar o rei. Ocorre um pacto entre as novas forças políticas emergentes, formada pelos nobres, com as forças do passado absolutista, redundando em um parlamentarismo monárquico (BONAVIDES, 2003, p. 142).

De modo diverso da Revolução Francesa, na Inglaterra a dinâmica política do processo revolucionário não afasta as autoridades jurisdicionais dos demais protagonistas da mudança, fato que é decisivo para o controle que se pretende efetuar sobre as decisões do poder Judiciário. Marinoni (2010, p. 36) comenta:

Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do Parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, reivindicando a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão. Por isso mesmo, ao contrário do que ocorreu em face da Revolução Francesa, não houve clima para desconfiar do Judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo. No direito inglês não houve necessidade de elaborar o dogma da aplicação estrita da lei ou de imaginar que o juiz apenas poderia atuar mediante a mera descrição dos termos da lei.

Ocorre que neste país já existia uma tradição de direito consuetudinário que não foi abruptamente interrompida como ocorreu na Revolução Francesa. Na Inglaterra, não existe uma ligação sistematizada entre os vários documentos históricos que compõem a sua Constituição, ela é externada através de vários documentos, como a Magna Carta (data de 1215), a Petição de Direitos (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), a Declaração de Direitos (1689), dentre outros. A qualificação de textos constitucionais conferida a estes documentos não é formal, mas se dá por suas funções, que se entrelaçam com o direito costumeiro para possuir uma supremacia diante de novas leis ou práticas.

---

<sup>18</sup> Refiro-me à Revolução Gloriosa de 1688, que marcou a submissão da Coroa ao Parlamento na Inglaterra.

Miranda (2003, p. 131) sintetiza:

A explicação deste fenômeno encontra-se não apenas em razões políticas – derivadas do processo de formação do sistema político britânico, sem quebras comparáveis às de qualquer outro país – mas também em razões estritamente jurídicas – derivadas do sistema das fontes – no direito anglo-saxônico muito distinto do sistema de fontes dos Direitos romanísticos. Nestes, prevalece a lei sobre o costume: em Inglaterra, o *common law* sobre o *statute law*.

Esta tradição jurídica do *common law* inglês irá encontrar novos ares nos Estados Unidos da América, local onde ocorre uma espécie de sincretismo entre esta tradição de direito costumeiro e os valores liberais da Revolução Francesa. Valores pelos quais se inspiram a construir o constitucionalismo moderno, que foi inaugurado neste país com a elaboração de sua primeira Constituição em 1787 e, pouco adiante, com o surgimento do *judicial review of legislation*.

Para compreender este processo, é necessário recorrer à história comum de laços culturais entre a Metrópole inglesa e sua colônia na América. No tempo em que os EUA ainda estavam sob o domínio inglês, o direito interno americano era praticamente o mesmo praticado na Inglaterra, sendo este muito influenciado por Edward Coke, especialmente antes da Revolução Gloriosa. Em suma, apregoava Coke que os juízes deveriam atuar como mediadores entre o rei e a nação e como salvaguardas da prevalência do *common law* britânico sobre a autoridade do parlamento e até do próprio rei soberano. Esta concepção foi afastada com a Revolução Gloriosa, que entrega ao parlamento o poder de dar a última palavra sobre a declaração do conteúdo do costume que irá prevalecer, ou seja, a constituição material é afirmada pelo Parlamento. Entretanto, a doutrina de Coke formou gerações de juristas ingleses e, por consequência, também de estadunidenses.

Ainda na colônia inglesa da América do Norte, uma lei local, considerada incompatível com as Cartas da Coroa, era invalidada por juízes sob o argumento de superioridade do *common law* inglês sobre as leis locais. Assim, a tradição de prevalência do *common law* sobre as leis acabou se tornando a inspiração do sistema de controle de constitucionalidade criado nos EUA (CLEVÉ, 2000, p. 164), o chamado *judicial review of legislation*, a partir do caso *Marbury vs. Madison* em 1803.

A relação entre costume e sua supremacia sobre a lei inspira um sistema que é similar, mas que traz consigo a vantagem de, em vez de o juiz declarar o conteúdo do costume como argumento para invalidar uma lei, ele agora deverá utilizar a Constituição do país como paradigma de comparação para invalidá-la.

A vantagem é muito clara: a segurança jurídica é prestigiada. Sem um texto superior – a Constituição –, o juiz iria declarar o conteúdo do costume para que a lei antinômica fosse afastada. Sendo que o costume, mesmo que objetivamente baseado em precedentes políticos e jurisdicionais, ainda possuía um conteúdo vago e indeterminado, fato que gerava certa insegurança e ampliava a possibilidade de manipulação política.

Diante da necessidade de uma nova composição política que fosse capaz de unir as treze colônias que se rebelaram contra o domínio inglês e se tornaram independentes, era imprescindível um documento capaz de forjar este pacto em nome de uma Federação que representasse toda uma nação.

Fato que este novo documento, a Constituição norte-americana, deveria ser protegido de modo especial e possuir dignidade superior às meras leis comuns dos estados-parte. Estas leis locais não poderiam alterar aquele pacto supremo que uniu politicamente e juridicamente as treze colônias americanas.

Assim, pode-se concluir que existe uma relação entre a tradição do direito costumeiro – o *common law* – e o controle de constitucionalidade das normas, e que, com a criação deste, ocorre uma espécie de sincretismo entre a tradição de fonte do direito baseada no costume, com a tradição romanística de prestígio à lei formalmente criada pelo Estado-Parlamento.

Desenvolveu-se, assim, um ponto de encontro entre os dois sistemas, pelo qual se permite um respeito aos precedentes (típico do *common law*), baseados agora em um texto considerado superior, e ao papel da lei como instrumento de limite do poder ao Estado, quando pretender inovar no ordenamento jurídico para criar novas obrigações. Esta última ideia, sendo fruto da Revolução Francesa, sob o dogma da separação de poderes como limite ao poder do Executivo, também muito influenciou o direito norte-americano.

Com efeito, a tradição jurídica dos Estados Unidos da América, que foi forjada a partir da elaboração de sua Constituição (1787) e da criação do controle de constitucionalidade das leis (1803), aliada ao respeito aos precedentes típicos do *common law*, criaram um sistema que não é idêntico ao inglês, que é o grande

símbolo do direito costumeiro, e nem igual ao modelo francês, o qual foi o primeiro a dar privilégio à lei como grande fonte do direito.

Independente deste desenvolvimento na América do controle de constitucionalidade difuso, surge, na Europa do século XX, o controle concentrado de constitucionalidade das normas realizado por uma Corte Constitucional.

Um dos precursores da ideia de criação de um tribunal com competência específica para tratar da sindicância das normas criadas pelo parlamento foi Georg Jellinek, defendendo em 1885 a criação de um *Tribunal Constitucional* (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 46).

Defendia que não era prudente confiar ao Parlamento a tarefa de zelar pela Constituição, pois, tratando-se de uma constituição rígida, já que o Parlamento poderia violar a Constituição sem que houvesse uma limitação de caráter jurídico, restaria somente um *dever moral* de respeitar a Constituição (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 47).

Em um ponto Jellinek estava de acordo com o juiz John Marshall, formulador do controle de modelo difuso nos Estados Unidos da América, era necessário um controle externo da lei inconstitucional. A afirmação da nulidade da lei perante a Constituição não poderia ficar a cargo do seu próprio formulador. Ocorre que, no modelo americano, Jellinek visualizava certa insegurança jurídica diante do fato de o controle difuso poder ser realizado por diversos magistrados, circunstância que poderia ocasionar também inúmeras decisões com conteúdos distintos. Não obstante, defendia uma fiscalização da legitimidade da lei perante a Constituição antes desta norma ter vigência. Deste modo, defendia um controle preventivo de constitucionalidade (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 47).

O modelo de controle concentrado de constitucionalidade que se popularizou na Europa continental, entretanto, foi o modelo austríaco, também conhecido por modelo *kelseniano*, diante da grande influência de Hans Kelsen na elaboração deste sistema de controle de constitucionalidade de normas.

A Constituição austríaca de 1920 abraçou o modelo proposto por Kelsen, que criou uma Corte Constitucional com competência concentrada para decidir sobre a legitimidade das leis elaboradas pelos parlamentos federal e estadual da federação austríaca.

Sua principal característica, como já dito, é a de o controle ser confiado somente a um tribunal que exercia esta função de modo concentrado. Outra



característica era de que o controle poderia ocorrer por meio de ação principal e abstrata, por provocação de um dos legitimados (governo federal ou governos estaduais), mas poderia também ser incidental, quando o tribunal avocava o processo *de ofício*. Nestes casos a ação era de natureza incidental, e não principal, pois a lei era questionada à luz de um caso concreto. Entretanto, nas duas modalidades citadas, o controle de constitucionalidade era atribuído somente da Corte Constitucional, posto que nos casos incidentais o processo comum ficava suspenso, aguardando a decisão sobre a legitimidade constitucional da norma questionada.

Um dos pontos centrais da visão de Kelsen a respeito do controle concentrado de constitucionalidade era que a decisão do Tribunal de considerar uma norma incompatível com a Constituição – um ato de natureza constitutiva, ou seja, a norma não era nula desde seu nascimento – era, em verdade, anulada pela Corte Constitucional, em um ato típico de *legislador negativo*. O efeito, portanto, não retroagia (*ex nunc*) até o momento do nascimento da norma, mas era percebido somente a partir da decisão do tribunal.

Barroso (2012, p. 41), citando Eduardo García de Enterría, indica uma explicação histórica para esta posição:

Kelsen queria com isso evitar um *governo de juízes*, numa época em que havia certa revolta dos juízes contra a lei. O mundo germânico vivia influencia de algumas posições românticas, como a *Escola Livre do direito* e da *Jurisprudência livre*. Proibindo juízes de deixar de aplicar leis, procurava submeter a jurisdição à legislação e à primazia do Parlamento.

Não obstante esta posição de Kelsen a respeito da natureza do ato de invalidar uma norma inconstitucional, tal posição não encontrou muito sucesso em outros ordenamentos e doutrinadores. Mesmo quando da criação de Cortes Constitucionais com competência concentrada de controle de constitucionalidade, a posição predominante é a de que a norma inconstitucional é inválida e, portanto, nula de pleno direito (BARROSO, 2012, p. 41). Assim, desde sua publicação, ela não deve produzir efeitos jurídicos, pois é uma norma nula, em respeito à supremacia da Constituição.

No Brasil, desde o início do controle de constitucionalidade das normas pelo sistema exclusivamente difuso, até o advento do controle concentrado na década de 1960, a tese da nulidade, e não da anulabilidade, sempre predominou. Historicamente o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese de que uma norma

inconstitucional produzida pelo Estado não deve ter eficácia jurídica, e todos os atos jurídicos realizados com base nesta lei são da mesma maneira inválidos.

Esta posição, entretanto, apesar de ainda ser a regra, conforme Lei 9.868/99, que regulamenta o processo constitucional das Ações Diretas, mitiga esta situação, possibilitando ao Tribunal modificar os efeitos da sentença diante de outros valores também constitucionalmente prestigiados, como a segurança jurídica e a proteção da boa-fé. Nos seguintes termos:

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, 1999, p. 6).

Interessante que o Supremo Tribunal Federal, interpretando a Constituição brasileira, entendeu que, ao se declarar uma norma inconstitucional, esta é nula, não devendo possuir efeitos jurídicos, pois isto seria uma afronta à supremacia da Constituição. O legislador, a pretexto de regulamentar o processo das ações diretas, expande a força da Suprema Corte ao possibilitar que este *molde os efeitos* da sentença em uma ponderação com outros princípios constitucionais.

Este ato do legislador expõe dois problemas: primeiro, de que se passa a tolerar a convivência com uma norma inconstitucional no sistema por certo período, desde que decidido por uma maioria qualificada de dois terços dos ministros do STF; segundo, que está sendo implicitamente admitido que o legislativo modifique (expandam) a competência do Supremo Tribunal Federal mediante legislação infraconstitucional<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Mesmo que se pudesse admitir que, sem esta previsão na Lei 9.868/99, o STF poderia, ou até deveria, modular os efeitos de suas decisões diante de situações fáticas extremas, nas quais a repercussão da invalidação de determinada norma, com seus usuais efeitos *ex tunc*, pudesse criar uma *situação mais inconstitucional* do que a própria aplicação da norma, a crítica quanto à atuação do Congresso em modificar a competência do STF através de legislação infraconstitucional permaneceria. Isto porque, se o STF pode, por si, modular os efeitos de suas decisões, independentemente de lei autorizando, apenas justificando tal medida através de fundamentação ligada à proporcionalidade, razoabilidade, segurança jurídica, boa-fé, etc., o Congresso, com esta lei, em vez de ampliar a competência do Pretório Excelso, realizou, em verdade, uma restrição à atuação do STF através de lei infraconstitucional, pois a lei prevê *quorum* qualificado de dois terços de votos dos ministros para que haja esta modulação dos efeitos de suas decisões (art. 27 da Lei 9.868/99). *Quorum* que seria de simples maioria caso a lei não existisse. Não obstante, considera-se que esta previsão de modulação dos efeitos das decisões do STF, prevista na Lei 9.868/99, vai ao encontro das demais reformas ligadas ao Judiciário abordadas neste estudo, todas no sentido de ampliar, e não restringir a força das decisões judiciais, especialmente de seus órgãos de cúpula.

Assim, se não bastassem as diversas modificações das competências do Supremo Tribunal Federal através de inúmeras reformas na Constituição, agora se admite, sem muitos questionamentos, uma ampliação desta força por intermédio de atos legislativos menores. Isso, sem se considerar a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, através da Lei 9.882/99, que também amplia as competências do Supremo de maneira questionável<sup>20</sup>.

Assim, para concluir, pois já se antecipou o conteúdo do tópico que segue, o controle de constitucionalidade, seja ele difuso, nos moldes do modelo norte-americano, seja ele concentrado, aproximando-se do que predomina na Europa Continental, evidencia que no Brasil estas tradições foram acolhidas, em alguns aspectos, de modo distinto dos praticados em seus países de origem. Fato que implicará no surgimento de diversos problemas, como se verá adiante.

### **2.1.2 O controle de constitucionalidade no Brasil e o modelo de direito brasileiro**

A partir da primeira Constituição Republicana, em 1891, é adotado no Brasil um modelo de controle difuso de constitucionalidade das normas com clara inspiração norte-americana. Sem, contudo, criar mecanismos de controle abstrato e instrumentos para que as decisões difusas encontrassem decisão final que vinculasse a todos.

O modelo estadunidense de controle difuso fazia sentido diante da tradição do *common Law* inglês e do instrumento processual do *stare decisis*<sup>21</sup>, que

---

<sup>20</sup> Foi proposta uma ADI (n. 2231-DF) pelo Conselho Federal da OAB questionando a legitimidade da Lei 9.882/99, impingindo exatamente a mesma crítica aqui realizada, qual seja, o legislador está expandindo as competências do STF através da legislação infraconstitucional de modo ilegítimo. Nestes termos, cita-se Moraes (2004, p. 669, grifo nosso), pois este também é citado na ADI proposta pela OAB: “Essa hipótese de descumprimento de preceito fundamental, prevista no parágrafo único do art. 1º da Lei 9882/99, distanciou-se do texto constitucional, uma vez que, o legislador ordinário, por equiparação legal, também considerou como descumprimento de preceito fundamental qualquer controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. O texto constitucional é muito claro quando autoriza à lei o estabelecimento, exclusivamente da forma pela qual o descumprimento de um preceito fundamental poderá ser arguido perante o Supremo Tribunal Federal. *Não há qualquer autorização constitucional para ampliação das competências do STF [...] O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, que conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. Manobra essa eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição*”.

<sup>21</sup> *Stare decisis* significa a vinculação, através de precedente, de uma decisão dos tribunais inferiores pelos superiores (eficácia vertical), assim como o respeito interno da Corte aos seus próprios precedentes (eficácia horizontal), mesmo diante de mudanças na composição do tribunal.

possibilitava à Suprema Corte decidir, com efeito *erga omnes* e vinculante, através de suas decisões finais nas querelas constitucionais.

No Brasil, o modelo de controle difuso foi adotado em um sistema jurídico de tradição romano-germânica, fato que acarretou em severa insegurança jurídica diante da diversidade de decisões dos juízes de primeiro grau. Mesmo que estas decisões fossem passíveis de encontrar uma última instância, elas somente repercutiriam para as partes em um dado processo, dentro dos limites subjetivos da coisa julgada, sem que tivessem força vinculante para o restante da sociedade e das instituições.

Isto provocou grave insegurança jurídica (BINENBOJM, 2004, p. 41) durante um grande período, que iria começar a mudar somente com a Constituição de 1934, que previa, em seu art. 91, IV, a possibilidade de suspensão da execução de lei pelo Senado Federal daquela norma que fosse declarada inconstitucional pelo poder Judiciário. Norma que permanece na atual Constituição brasileira (art. 52, inc. X, CR/88). Tal previsão foi uma primeira tentativa de dar eficácia geral às decisões judiciais; entretanto, a medida não foi confiada ao poder Judiciário, mas sim ao Senado Federal.

Mesmo com esta possibilidade, a insegurança permanecia diante da não obrigatoriedade de suspensão por parte do Senado Federal de lei declarada inconstitucional pelo STF. Era necessário criar um mecanismo jurisdicional de controle abstrato e com efeito *erga omnes*. A Emenda Constitucional nº 16 à Carta de 1946, na qual foi incluída a chamada representação interventiva e o controle abstrato de normas estaduais e federais, deu o primeiro passo no sentido de mudar o sistema de controle de constitucionalidade nacional, tornando-o mais próximo daquilo que se conhece hoje. Entretanto, esta emenda estabelecia o procurador geral da República como único legitimado para propor a representação, fato que limitou bastante seu alcance como instrumento de proteção da Constituição Federal.

A Constituição de 1967/69 manteve a hegemonia do modelo de controle difuso e o conteúdo da Emenda nº 16, que instituiu o controle abstrato de normas, mas ainda com a referida limitação em relação aos legitimados para a sua propositura, que continuava com um único representante.

Com o advento da Constituição de 1988, dá-se um grande passo no sentido de expandir o acesso ao controle concentrado de normas ao ampliar, de modo marcante, os legitimados para suscitá-lo. Segundo o texto constitucional

vigente, são agora nove os legitimados. Seu art. 103 legitima a impetrar ADI e ADC: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador Geral da República; o Conselho Federal da OAB; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Com esta expansão dos legitimados, consolida-se um modelo híbrido de controle, permitindo que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao controle abstrato de normas. Modelo híbrido que já sofre atualmente significativas mudanças diante de novos entendimentos jurisprudenciais da Corte Suprema brasileira sobre o controle difuso, cada vez mais se aproximando do modelo de controle concentrado (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2010).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, foram incluídas no sistema nacional as chamadas súmulas vinculantes (art. 103-A, CF/88), regulamentadas pela Lei 11.417/2006. A ideia da súmula vinculante muito se assemelha à do *stare decisis* do *common law* norte-americano, sem, contudo, contar com uma tradição de respeito tanto horizontal quanto vertical aos precedentes.

A súmula vinculante possui nítido caráter normativo, e não somente isto, possui também uma superioridade eficaz em relação às outras normas do sistema, como bem assinala Rocha (2009a, p. 28):

[...] a súmula vinculante ocupa no ordenamento jurídico uma posição de superioridade linguística em relação às normas, cuja validade, interpretação e eficácia são objeto de sua linguagem. Em linguagem mais incisiva, podemos afirmar que a súmula vinculante é mais importante do que a norma legislativa porque dita o sentido em que aquela deve ser entendida. Em essência, quem tem autoridade absoluta para interpretar o texto legislativo, isto é, dar sentido ao texto legislativo, como é o caso do STF, é sob todos os aspectos o verdadeiro legislador e não quem formula ou escreve o texto da lei.

E ainda conta com o poderoso instrumento da reclamação para que seja preservado o respeito ao decidido e consagrado na súmula vinculante. Instrumento processual que tem por objetivo garantir a autoridade das decisões tomadas pela mais alta corte do país.

Se se somarem estes aspectos processuais a outros decorrentes do neoconstitucionalismo, em especial das ideias pós-positivistas e da Teoria dos Direitos Fundamentais, pelas quais se incluíram no texto constitucional uma série de normas de estrutura principiológica, pode-se constatar que as decisões jurisdicionais encontram possíveis fundamentos cada vez mais vagos e imprecisos<sup>22</sup>, tornando a capacidade criativa do juiz uma arma poderosa como fonte normativa.

Se se compreender que a moderna filosofia do direito faz uma distinção entre enunciado normativo (texto) e norma, sendo esta o resultado da interpretação que é feita por todos os poderes e pelos particulares, então, caso seja constatado que o STF interpreta, no esquema Constitucional brasileiro, por último e de forma vinculante, ele é o verdadeiro legislador. O Congresso dá o parâmetro (texto), mas quem dá o conteúdo, isto é, o sentido e o alcance, é o intérprete. Com efeito, será o STF que irá dizer o limite do parâmetro, pois é o intérprete final.

Assim, associando estes elementos a outro fenômeno atual de jurisdição constitucional brasileira, comumente chamado de *ativismo judicial*, pelo qual supostamente o poder Judiciário arvora-se em avançar sobre espaços tradicionalmente ocupados pela política tradicional partidária, pode-se concluir que hoje os precedentes jurisdicionais, em especial dos tribunais superiores, formulam direito com *status* jurídico, político e linguístico, senão superior, ao menos em pé de igualdade, à capacidade de criar normas que possui o poder Legislativo, com força cogente e generalidade suficientes para obrigar a todos.

Ao mesmo tempo em que isto se evidencia, ocorre um redirecionamento do debate político para questões ou controvérsias constitucionais. Várias das questões de maior repercussão no meio social têm sido deflagradas ou encerradas no Supremo Tribunal Federal. Como exemplos, pode-se citar: contribuição previdenciária dos aposentados; constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias; fidelidade partidária; cláusula de barreira dos partidos políticos; controle das medidas provisórias; novo entendimento sobre o mandado de injunção; (in)constitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos; uso de algemas pela polícia;

---

<sup>22</sup> Virgílio Afonso da Silva critica a utilização banalizada da *dignidade da pessoa humana* como fundamento genérico de uma decisão judicial. Argumenta que “[...] com o passar do tempo, quanto mais se recorre a um argumento sem que ele seja necessário, maior é a chance de uma banalização de seu valor. É o que vem ocorrendo com a dignidade da pessoa humana. É por isso, que, de uns tempos para cá, o entusiasmo com a garantia da dignidade da pessoa humana vem dando lugar, em alguns círculos acadêmicos, a um movimento por uma certa parcimônia no recurso à proteção da dignidade” (SILVA, 2009, p. 195).

*status* jurídico dos tratados de direitos humanos internacionais; constitucionalidade da demarcação de terras indígenas; extradição de Cesare Battisti; caso do menino Sean Goldman; Lei da Ficha Limpa; união estável homoafetiva etc.

São casos em que está em debate a aplicação e o choque de direitos fundamentais, o exercício do poder político, a relação e o equilíbrio entre poderes do Estado. Diante desta gama de situações, é imperioso perceber uma maior participação deste tribunal no cotidiano da vida política nacional. A todo momento, o noticiário político passa necessariamente pelo Judiciário, mais especificamente pelos debates e decisões ocorridas em seu órgão de cúpula.

Esta ascensão política está imersa na nova caracterização de força dos precedentes jurisdicionais, que por sua vez está alterando a cultura jurídica do Brasil, aproximando-o decididamente de uma modelo *misto*: não identificado completamente com o direito costumeiro, mas também longe de poder ser definido como um puro *civil law*.

Muito se diz que o modelo de tradição jurídica no Brasil é o *civil law* ou *statute law*, diante da prevalência da lei criada pelo Legislativo sobre todas as demais fontes do direito. Ocorre que o direito brasileiro hoje não encontra mais este predomínio de uma fonte do direito como em outras épocas da história nacional.

Com o advento do constitucionalismo e do controle de constitucionalidade, mesmo que somente após um “triunfo tardio” no Brasil (BARROSO, 2005), pode-se considerar que atualmente não é mais uma caracterização tranquila e sem contradições fazer a afirmação de que se vive sob um ou outro modelo. Existindo na doutrina brasileira, inclusive, tentativas de dar um *tertio genus* ou dar classificação completamente autônoma ao modelo de direito no Brasil.<sup>23</sup> Talvez o aspecto que mais aproxime o modelo processual brasileiro ao norte-americano seja o complexo microssistema processual de tutela de direitos coletivos. Entretanto, o destaque da mudança está no novel prestígio aos precedentes, ao qual se restringe a análise deste estudo, mas sem desconhecer a grande qualidade do processo coletivo brasileiro (LEAL, 1998).

O ordenamento jurídico nacional, especialmente o processual, vem passando nos últimos anos por uma grande transformação, que tenta dar certa

<sup>23</sup> Didier Jr. (2011, pág. 12) afirma que “[...] para bem compreender o Direito Processual civil brasileiro contemporânea não se pode ignorar essa circunstância: é preciso romper com o ‘dogma da ascendência genética’, não comprovada empiricamente, segundo o qual o Direito brasileiro se filia a essa ou àquela tradição jurídica. Temos uma tradição jurídica própria e bem peculiar, que, como disse um aluno em sala de aula, poderia designar, sem ironia ou chiste, como o *brazilian law*”.

coerência e sistematicidade aos precedentes jurisdicionais. Especificamente do controle de constitucionalidade falar-se-á adiante. Agora se sintetizarão as reformas processuais que cada vez mais dão força aos precedentes e fazem com que o Judiciário seja reconhecido como uma fonte do direito de tanto destaque quanto o Legislativo.

Podem-se destacar as seguintes alterações:

a) julgamento liminar de causas repetitivas:

**CPC, Art. 285-A.** Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (BRASIL, 2011c, p. 19, grifo nosso).

b) súmula impeditiva de recursos:

**CPC, Art. 518 § 1º.** O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2011c, p. 36).

c) julgamento de recursos extraordinários por amostragem:

**CPC, Art. 543-B.** Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

**§ 4º** Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

**CPC, Art. 543-C.** Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

**§ 7º** Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. (BRASIL, 2011c, p. 40, grifo nosso).

d) súmula vinculante:

**CF, Art. 103-A.** O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública



direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (BRASIL, 2012, p. 47, grifo nosso).

Estas alterações, somadas a outras percebidas em legislações especiais, como nos processos trabalhista e penal, estão cada vez mais recorrentes e com ideias de futuras mudanças ainda mais *radicais*<sup>24</sup>. Estas alterações e as da Súmula Vinculante foram criadas, no sistema brasileiro, através de atos do poder Legislativo (Emenda à Constituição e leis ordinárias), e não por meio de uma tradição jurídica como o *common law* anglo-saxão. O respeito aos precedentes, entretanto, foi motivado por objetivos de *enxugar* a demanda dos Tribunais Superiores, e não por uma questão de coerência em distribuir justiça de modo mais equitativo. Assim, a percepção de alguma resistência a estas mudanças é de certo modo natural.

Mesmo com este impulso político inicial de oferecer ao Judiciário mecanismos para diminuir seu déficit de julgamentos em comparação com as novas demandas, tais mudanças provocaram outras repercussões não planejadas em um primeiro momento. Cada vez mais os juízes e tribunais respeitam os precedentes não somente por imposição destas leis, mas por uma nova cultura jurídica que passa a ganhar densidade, inclusive na esfera da educação superior do país.

Os cursos jurídicos, tradicionalmente baseados em leis e códigos, passam a dar grande importância e ser estruturados para o exame do estudo de casos, linha epistemológica típica da tradição do *common law* (DIDIER JR., 2011, p. 42).

Parece que estas mudanças devem continuar ocorrendo, especialmente com reformas globais do Código de Processo Civil e de várias PECs, que sistematicamente seguem um mesmo caminho, que é o do respeito cada vez maior aos precedentes, fato que aproxima ainda mais os modelos de *civil law* e *common law* no Brasil.

---

<sup>24</sup> A Proposta de Emenda à Constituição n. 15, de 2011, de autoria do senador Ricardo Ferraço, transforma recursos ao STF e ao STJ em ações rescisórias. Esta proposta visa, em um primeiro momento, a uma diminuição dos recursos nestas cortes, entretanto visualizar-se-á uma relação com a crescente força dos precedentes. Estes dois tribunais, especialmente o STF, com cada vez menos papel de terceira ou quarta instância recursal, formularão decisões mais *selecionadas* por instrumentos como a repercussão geral e as ações diretas de inconstitucionalidade. Deve-se destacar ainda o papel das súmulas destes tribunais, em especial da súmula vinculante, que uniformizarão as decisões mais relevantes.

Assim, o controle de constitucionalidade das leis no Brasil anda ao lado de amplas reformas do papel do poder Judiciário no esquema Constitucional do país. Neste sentido, mais uma vez pode ser citado Tavares (2012, p. 24):

Nos últimos dez anos, o legislador federal (Congresso Nacional) aprovou uma série de leis que ampliaram os poderes do STF, atuando, portanto, como um legislador confiante no judiciário. Assim, podem ser citadas, dentre outras, a EC n. 3/93, que criou o efeito vinculante da ADC, e as Leis n. 9868/99 e 9882/99, que criaram o efeito vinculante para ações que não contavam com essa previsão expressa, a EC n. 45/2004, que criou a súmula vinculante, e a Lei n. 11.417/2006, que regulamentou a súmula vinculante, concedendo, nesse caso, inclusive, a inovadora possibilidade de atuação de ofício por parte do STF. Mas não é só. Salvo a restrição do poder de cautela dos magistrados, imposta, por leis (inconstitucionais), quando a ação envolva interesses financeiros do Estado, pode-se afirmar que, em geral, as reformas processuais têm aceitado e ampliado o poder dos magistrados, valendo aqui citar a reforma do CPC e, dentre outras, a criação da súmula impeditiva de recursos e o poder concedido aos relatores no diversos tribunais do país.

Ocorre no Brasil, diante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e destas citadas reformas legislativas, uma *abstrativização do controle de constitucionalidade das normas*, no sentido de o sistema de controle brasileiro estar caminhando de um modelo considerado misto para um predominantemente concentrado. Mesmo que permaneça no sistema a ampla possibilidade de todos os juízes analisarem a legitimidade das normas diante dos casos concretos submetidos a suas competências, as questões mais importantes, com alguma repercussão social, deverão ser analisadas pelo STF, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

## **2.2 A judicialização da política: ativismo judicial vs. legitimidade da Corte Constitucional**

Após mais de vinte anos da promulgação da atual Constituição brasileira, que nasceu após décadas de ausência de democracia, observa-se um amadurecimento das instituições democráticas no país. Neste curto período, já ocorreram situações nas quais estas instituições foram testadas e medidas, de modo que se vislumbra um futuro de regularidade institucional nunca antes vivido na história nacional, marcada por rupturas do ordenamento após instabilidades políticas. Não obstante, estas mesmas instituições passam por uma crise de

legitimidade diante do desgaste de modelos, como o da democracia representativa (BONAVIDES, 2001, p. 381-391).

Neste contexto, cada vez mais toma relevo o papel do Supremo Tribunal Federal na história recente do país, contribuindo para a preservação da estabilidade destas instituições democráticas. Como guardião da Constituição, o STF tem passado por mudanças significativas em sua estrutura, assumindo cada vez mais um papel político de centralidade na sistemática de separação de poderes (funções) do Estado. As reformas pelas quais tem passado o Supremo sinalizam para uma direção de recusa ao papel de simples instância (a última) do poder Judiciário, passando a ser o verdadeiro guardião da Constituição através da mediação das relações entre os poderes e a preservação dos direitos e garantias fundamentais. Aproximando-se, por que não, de um modelo de Corte Constitucional.

O direito, em especial o ordenamento jurídico, tem como objetivo regular a vida social, consagrando como direito positivo aquilo que se encontra hegemônico no campo político em um determinado período histórico. Através do sistema delineado na Constituição é que se encontram os limites da dinâmica política que tem a função de inovar no ordenamento jurídico, criando novas normas jurídicas, sempre com o intuito de conformar a realidade social.

Na concretização destas normas, em especial as de estatura constitucional, o direito e a política convivem em um ambiente de interação e influência recíproca, com aspectos complexos e bem mais profundos que uma simples constatação de que o ordenamento representa uma vontade majoritária simplesmente juridicizada. Existem nuances e variações nesta interação que tornam a interpretação das normas jurídicas uma tarefa condicionada a esta dinâmica complexa.

A Constituição do país, fruto do Poder Constituinte, tem como objetivo submeter a política ao direito, e, nesta tentativa de domá-la, a constituição impõe regras procedimentais (*regras do jogo*) e consagra determinados valores substantivos que limitam a decisão política majoritária a uma *moldura*, criando um *espaço de conformação do legislador*, que é amplo, mas não ilimitado.

Neste contexto, a jurisdição constitucional encontrou, após a Segunda Guerra Mundial, uma ascensão importante, diante do novo prestígio dado às Constituições, pois, até então, vigorava um modelo político normalmente chamado de *Estado legislativo de direito*, no qual a Constituição não era compreendida como

um documento jurídico capaz de ser aplicado diretamente. O entendimento era de que a Constituição era um documento político que precisava ser desenvolvido pelo legislador ou pelo administrador, para que pudesse ser aplicada de modo indireto.

Já no Estado Constitucional de direito, a Constituição passa a ser respeitada como um documento jurídico capaz de interferir diretamente na realidade social, criando regras de aplicabilidade normativa imediata, com influência determinante nas decisões do Estado, seja qual for o órgão que esteja exercendo alguma competência. Isto promoveu uma eficácia horizontal no que tange à influência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Com efeito, a jurisdição constitucional encontra no texto constitucional um instrumento poderoso para influenciar a realidade social, seja em relação aos espaços de formação da vontade do Estado, seja na construção de regras de convivência social.

Como a Jurisdição Constitucional “[...] compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do Controle de Constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição” (BARROSO, 2012, p. 365), a *judicialização da política* acaba se tornando uma consequência comum aos países que passaram a prestigiar seus documentos Constitucionais como normas jurídicas dotadas com tal eficácia jurídica. Pode-se considerar como *judicialização da política* o fato de que “[...] questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (BARROSO, 2012, p. 366). Isto compreende um redirecionamento do poder para instituições judiciais que antes eram hegemonicamente exercidos por espaços tradicionais de política majoritária como o poder Legislativo e Executivo.

Este fenômeno impõe a percepção de que existe uma fluidez entre os espaços do político e da justiça, de modo que separar por completo a criação da interpretação do direito, neste contexto, não é tarefa simples, pois o judiciário irá interpretar diretamente a constituição, criando soluções que conformarão comportamentos futuros, assim como o legislador ao elaborar a legislação infraconstitucional.

Estas causas podem ser identificadas muito claramente no caso brasileiro, em especial nos últimos dez anos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A pauta política e, por consequência, os noticiários da imprensa nacional trazem a atuação do Supremo com cada vez mais destaque. Em diversas ações

julgadas pelo STF, também é cada vez mais comum a existência de manifestações de grupos da sociedade civil organizada na entrada do Tribunal em Brasília defendendo uma posição específica de julgamento em casos mais sensíveis.

Pode-se citar como exemplo de questões de grande relevância política, social ou moral, o recente julgamento da ADPF 54/DF, que trata da interrupção da gestão de fetos anencéfalos; a ADI 3510/DF, que trata das pesquisas com célula-tronco embrionárias; a polêmica demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388-RR); a ADPF 186 (e Re 597.285/RS), que trata da legitimidade de ações afirmativas, quotas sociais e raciais em universidades; a ADPF 130/DF, que considerou a Lei de Imprensa não recepcionada pela Constituição de 1988; alguns com repercussão internacional, como a extradição 1.085-Itália do militante italiano Cesare Battisti; a ADPF 101-DF, que decide sobre a importação de pneus usados pelo Brasil; a AP (ação penal) nº 470, que trata do julgamento conhecido como *mensalão*, dentre vários outros importantes julgamentos que ocuparam a pauta política nacional nos últimos anos e que ainda permanecerão presentes por algum tempo, pois várias destas ações estão pendentes de julgamento.

A judicialização da política no Brasil constitui um fato praticamente inquestionável (BARROSO, 2012, p. 369) que decorre do modelo de Constituição dirigente e analítica adotado e por conta do sistema misto de controle de constitucionalidade de normas que combina os sistemas difuso e concentrado. Deste modo, algum tema relevante, com repercussão social, dificilmente não sofrerá o crivo do poder Judiciário, diante desta miríade de possibilidades de questionamento da validade de normas criadas pelo legislador e de validação judicial de políticas públicas adotadas pelo Executivo.

As causas para este giro do debate político ao judiciário possuem diversas explicações. Algumas de ordem hermenêutica, que atribuem esta crescente judicialização da política à prolixidade das Constituições dirigentes e a existência de diversos artigos com conceitos jurídicos indeterminados e princípios jurídicos muito vagos, características que são marca de uma era pós-positivista na qual se dá prestígio aos princípios jurídicos positivados no texto constitucional.

Para Barroso (2012, p. 367-368), existem três causas principais, de natureza diversa, para este fenômeno: i) o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente como indispensável para as democracias modernas; ii) certa desilusão com a política majoritária, por conta da crise de representatividade

e de funcionalidade dos parlamentos em geral; e iii) atores políticos, muitas vezes, preferem que certas questões polêmicas, nas quais existam fortes divergências morais (*desacordo moral razoável*) sejam decididas na esfera do Judiciário, com o objetivo de evitar desgastes na deliberação destes temas.

Devem-se separar, entretanto, os conceitos de *judicialização da política* de *ativismo judicial*. A judicialização da política, como já explicitado, se refere tão somente ao fenômeno da submissão de questões relevantes ao crivo do poder judiciário, questões que tradicionalmente eram restritas ao campo da política majoritária e localizadas institucionalmente em outros espaços de poder do Estado que não o Judiciário. Já o termo *ativismo judicial* é normalmente associado a uma postura adotada pelo poder Judiciário diante destes casos relevantes. Trata-se de uma valoração a respeito daquilo que supostamente deveria ser a postura adotada pelo poder Judiciário diante dos limites de suas competências institucionais, sendo estes delineados pela Constituição e por teorias da ciência política e da teoria geral do Estado.

Segundo Barroso (2012, p. 369) o termo “ativismo judicial” surge pela primeira vez nos Estados Unidos, em artigo de um historiador chamado V. Arthur M. Schlesinger Jr., em 1947, quando tratava do *New Deal*<sup>25</sup> e a atuação da Suprema Corte norte-americana neste período. O termo toma grande destaque, entretanto, somente alguns anos depois durante o período em que a Corte foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Período este em que ocorre uma verdadeira revolução jurisprudencial da Suprema Corte americana em matéria de direitos fundamentais<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> *New Deal* foi o nome dado a uma série de reformas implementadas pelo governo norte-americano entre 1933 e 1937, sob o governo do presidente Franklin Delano Roosevelt, com o objetivo de recuperar a economia americana da Grande Depressão advinda da crise de 1929. Tais reformas encontraram grande resistência na Suprema Corte americana, diante da forte intervenção realizada na economia.

<sup>26</sup> O caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) ensejou o início de um novo período no que diz respeito ao tema das relações raciais nos Estados Unidos da América, constituindo um dos precedentes mais emblemáticos da história constitucional estadunidense e inaugurando, a partir de então, uma importante fase do ativismo judicial da Suprema Corte. O juiz Earl Warren prolatou sua decisão revendo a segregação racial institucionalizada, cabendo a transcrição parcial dos argumentos por ele expendidos, *in verbis*: “Separá-las [as crianças negras] de outras da mesma idade e qualificações unicamente por causa de sua raça, gera um sentimento de inferioridade em sua posição na comunidade que pode afetar seus corações e mentes de uma forma que pode jamais ser desfeita. Os efeitos desta separação sobre as suas oportunidades educacionais foram bem demonstrados no julgamento de um caso pela Corte de Kansas, a qual, no entanto, sentiu-se obrigada a decidir contra o pedido dos negros: ‘A separação entre crianças brancas e de cor em escolas públicas tem um efeito negativo sobre as crianças de cor. O impacto é maior quando se tem o encorajamento da lei; a política de separar as raças é geralmente interpretada como se denotasse a inferioridade do grupo negro. Um sentimento de inferioridade afeta a motivação da criança para aprender. A segregação com o encorajamento da lei, portanto, tende a retardar o desenvolvimento mental e intelectual das crianças negras e a privá-las de alguns dos benefícios que receberiam

Transformações realizadas que não tiveram participação direta dos outros poderes e que foram, a partir daí, taxadas por setores conservadores de modo pejorativo, de *ativismo judicial*. Neste contexto, o termo acabou consagrando não somente uma valoração da atuação do Judiciário, mas essencialmente uma crítica política ao conteúdo destas decisões que foram taxadas de voluntaristas e invasoras das competências precípua do Congresso estadunidense.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem atuando em diversas ações às quais é atribuída uma postura de *ativismo judicial*. Como exemplo, pode-se citar a decisão que decidiu pela verticalização<sup>27</sup> das coligações dos partidos políticos nas alianças eleitorais (ADI 3686-6 DF). Estas ações configuram hipóteses que “[...] distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito” (BARROSO, 2012, p. 372)<sup>28</sup>.

Ao mesmo tempo em que se atribui um giro do debate político ao fato de as instituições políticas tradicionais (Executivo e Legislativo) passarem por um período de certa estabilidade, ou, ao menos, tendo seus conflitos resolvidos dentro de uma regularidade institucional, ocorrem também críticas e questionamentos a respeito da legitimidade do STF em decidir questões primordiais, de modo definitivo, para a convivência em sociedade.

A respeito deste grande poder do Judiciário, criticando a sua visão conservadora e analisando o papel do STF, Francisco Gérson Marques de Lima (MARQUES DE LIMA, 2009, p. 46, grifo nosso) considera:

---

acaso o sistema educacional fosse racialmente integrado’.” (BROWN..., 1954, p. 3, tradução livre). Nesta ocasião, decidiu-se que no âmbito da educação pública a doutrina do *separate but equal*, consubstanciada na decisão *Plessy vs. Ferguson* (1896), que permaneceu como paradigma judicial por décadas, não teria mais acolhida. A segregação baseada no critério racial em escolas da rede pública violaria a cláusula da igual proteção prevista na 14ª Emenda, pois, a separação era uma negativa da igual proteção das leis.

<sup>27</sup> A decisão do STF nesta matéria, inclusive, motivou reação do Congresso Nacional, que, após decisão pela obrigatoriedade da verticalização, elaborou emenda à Constituição (nº52/2006) alterando o art. 17, § 1º da Constituição, que passou a possuir o seguinte conteúdo: “É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária” (BRASIL, 2012, p. 9, grifo nosso). Mesmo com esta emenda, o STF decidiu que esta não valeria para as eleições daquele ano (2006), pois violaria a regra constitucional do art. 16, que impõe a distância de um ano entre a eficácia da nova regra e sua vigência, mesmo tratando-se de emenda constitucional, e não lei ordinária. Na oportunidade, foi criticada a emenda, considerada como *casuística* pela maioria dos ministros. Fato que fez aumentar a tensão entre o Supremo Tribunal Federal e o poder Legislativo.

<sup>28</sup> Vide capítulo 2, que trata da mudança de paradigma do modelo de direito brasileiro, e no qual se defende que não se vive num modelo puramente identificado com o *civil law* e nem com o *common law*.

Emerge, neste contexto, o Judiciário, com o clássico discurso de que conferirá eficácia à norma, imprimindo-lhe o verdadeiro conteúdo, garantindo a ordem jurídica, os interesses gerais da nação. Sua leitura da lei, porém, será técnica, supostamente imparcial, pois os juízes foram talhados e formados, nos bancos das Faculdades, a terem este perfil. Sua hermenêutica será concretizadora e vinculativa aos atores sociais. Sua decisão será definitiva e, a princípio, *sem controle social*. Logo, quem dominar o Judiciário, terá o Direito concreto sob suas mãos. Enfim, o Judiciário é um ótimo instrumento de poder, de dominação.

A observação de que um Poder da República, dentro do Estado Democrático de Direito, não possui controle social, incita um questionamento a respeito da legitimidade da estrutura normativa que fundamenta o exercício deste próprio poder. Certo é que “[...] não há Judiciário mais poderoso no mundo do que o do Brasil” (STRECK, 2012).

Quando uma norma se encontra em vias de ter apreciada sua (in)constitucionalidade pelo STF, ela certamente já tinha sido considerada legítima, em termos constitucionais, por outros dois Poderes da República, haja vista que o Legislativo já realizou seu controle preventivo nas câmaras temáticas, e o Executivo também já apreciou sua constitucionalidade ao sancioná-la. Estes poderes, que têm como característica semelhante o fato de serem regularmente avaliados pelo voto, são legitimados pela Constituição e pela representatividade popular. Já o STF busca sua legitimidade de maneira diversa: (1) por sua composição ser regulada pela Constituição, obtém legitimidade diretamente desta, com a participação dos outros poderes neste processo de escolha dos ministros; e (2) por ser obrigado a fundamentar suas decisões para que haja controle público sobre o Judiciário – art.93, inc. IX, da Constituição Federal/1988 (BRASIL, 2012, p. 42).

Entretanto, deve-se distinguir legitimidade *da* jurisdição constitucional e legitimidade *no exercício* dessa jurisdição. A primeira é praticamente pacífica na doutrina; já a segunda, nem tanto (BONAVIDES, 2008, p. 318).

A evolução jurisprudencial no STF tem demonstrado que o Tribunal, ao decidir seus casos, tem formulado sentenças que vão muito além de se declarar a simples anulabilidade por inconstitucionalidade de uma norma, como acreditava Kelsen ao formular sua teoria (KELSEN, 2003). Através de técnicas de decisão judicial, o Tribunal tem demonstrado a capacidade criativa de normas genéricas, por conta da característica especial do controle abstrato de normas (BONAVIDES, 2008, p. 318).



Diante de tudo isso, é necessário investigar novos mecanismos que tragam legitimidade à atuação do Supremo Tribunal Federal em seu papel de guardião da Constituição. Instrumentos que garantam o direito da sociedade, que terá seus destinos decididos pela Corte, de participar de maneira mais eficaz e direta no controle concentrado de constitucionalidade das normas.

Como já abordado no início deste trabalho, a história constitucional brasileira tem mostrado uma tendência de se ampliar o acesso ao controle concentrado de normas, na medida em que, antes da Constituição de 1988, somente o procurador geral da República era legitimado a ingressar com Ação Direta de Inconstitucionalidade. A Carta atual avança no sentido de democratizar o acesso ao Tribunal no controle concentrado ao ampliar o rol de legitimados para propor a ação, sendo, desde então, nove legitimados<sup>29</sup>.

Esta tendência de democratizar o acesso ao controle concentrado tem se revelado um valioso instrumento de defesa da própria Constituição, na medida em que, quanto mais participantes da sociedade puderem questionar a compatibilidade das normas com a Carta Magna, maior será a proteção ao seu conteúdo. Este caminho é irreversível, entretanto, deve-se avançar em garantir o direito de participação da sociedade nos procedimentos formais do processo, pois a característica especial da Constituição, de ser o reservatório dos valores mais caros do país, deve atrair uma maior atenção e participação de todos os atingidos pelo órgão incumbido de interpretá-los. Ademais, “[...] com o desenvolvimento do controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário vai imbuir-se do papel – mesmo que potencial – de convalidador (ou não) da vontade geral expressa na lei” (BEÇAK, 2008, p. 10).

Fenômenos como o da *judicialização da política* e da *politização da justiça* exigem um novo enquadramento teórico e prático que legitime o exercício da jurisdição e da política. Assim, este papel que cumpre o Tribunal, de fiel da balança, provoca uma interferência nos poderes Legislativo e Executivo com cada vez mais acento político. Neste sentido, Beçak (2008, p. 13):

---

<sup>29</sup> O art. 103, CF/88, legitima a entrar com ADI e ADC: 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 OAB; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 2012, p. 47).

Episódios como as relativamente recentes decisões de nosso STF, no sentido da interpretação da denominada “Cláusula de barreira” ou mesmo fidelidade partidária, exigem reflexão se não estaríamos às portas de um deslocar da atividade política para órgãos não escolhidos pelo critério democrático tradicional.

Não estamos a dizer, por claro, que falte legitimidade à nosso Judiciário. É meramente um refletir sobre o real valor da democracia enquanto fator necessário ao desenvolvimento da atividade política.

A constatação desta ampliação dos poderes políticos do Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, e de que, de certa maneira, ocorre uma acomodação<sup>30</sup> dos outros poderes diante deste quadro, é que torna primordial analisar a participação da sociedade no processo constitucional. Em especial, naqueles casos de maior repercussão no cotidiano da sociedade.

A jurisdição constitucional possui grande relevância na contemporaneidade. É nela “[...] onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições”, tornando-se uma “[...] premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade” (BONAVIDES, 2008, p. 317).

Entretanto, estas nobres missões devem ser observadas na prática institucional da Corte. A atuação do Supremo Tribunal Federal tem sido objeto de severas críticas na doutrina nacional. Da mesma maneira, as mudanças pelas quais passa o STF em sede de controle de constitucionalidade também não escapam à análise de Bonavides (2008, p. 308):

Efetivamente, esvaziar também e desfazer no País a instância inferior de controle difuso de constitucionalidade em proveito da instância superior de controle concentrado, é, agora, outra forma lesiva e sub-reptícia de convelir o teor democrático que possam ter as estruturas internas do Poder Judiciário. E, do mesmo passo, diminuir e apoucar seu pluralismo, sua diversificação, seus distintos graus decisórios, seus patamares hierárquicos de legitimação; enfim, é concentrar nas esferas centrais do Judiciário capacidade resolutiva dos conflitos constitucionais, com abalo à segurança, às expectativas e à confiança dos jurisdicionados, cuja causa constitucional poderá padecer graves danos oriundos das pressões fáceis que a onipotência executiva habitualmente intenta levar a cabo, de forma indireta, sobre o corpo diminuto dos juízes membros da Suprema Corte.

Diante destas observações, é fundamental inserir toda a sociedade no debate formal do processo constitucional, em sede de controle concentrado, e não somente aqueles legitimados do artigo 103 da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>30</sup> O termo *acomodação* é utilizado aqui no mesmo sentido da nota nº 8 (p. 29) de que esta ampliação dos poderes do STF conta com a convivência dos outros poderes. Neste sentido, “[...] a intervenção do Judiciário é produto do espaço concedido pela política” (STRECK, 2009).

A crise de legitimidade por que passam as instituições impõe uma nova visão sobre o exercício do poder, analisado aqui, em especial, no controle concentrado feito pelo STF, de modo que se deve dar mais destaque à sociedade no ato de interpretar a Constituição, pois é ela quem vai sofrer as consequências do exercício deste poder. Assim, esse desempenho será mais bem realizado se for exercido da maneira mais plural e democrática possível.

Com isso, os mecanismos e instrumentos de participação da sociedade no ato de interpretar a Constituição tornam-se extremamente importantes. Em peculiar, diante do contexto descrito acima, no momento do controle concentrado de normas, torna-se especialmente sensível ao exercício da cidadania garantir esta participação.

Estes instrumentos podem intermediar as concepções políticas, morais, econômicas, sociais e culturais da sociedade com as posições tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em questões de grave choque de direitos fundamentais. Casos em que, diante da abstratividade de algumas normas constitucionais, em especial aquelas que tratam de direitos fundamentais, a Corte encontra grande margem de liberdade hermenêutica, acentuando ainda mais as críticas no que tange à legitimidade política da Suprema Corte brasileira. A realidade social, com suas peculiaridades e sutilezas, deve de alguma maneira ingressar como informação dentro do processo concentrado de constitucionalidade. A eficácia da Constituição depende de fatores extrajurídicos que nem sempre estão ao alcance do juiz componente do tribunal e, a depender de eventuais posições dos atores usuais do processo, não chegarão ao conhecimento formal do processo.

Com efeito, considera-se prudente analisar algumas concepções teóricas de constituição que se propõem a estudar a difícil relação entre normatividade constitucional e sua eficácia social.

### **3 O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXERCIDO PELO STF NESTA RELAÇÃO**

Neste capítulo, abordar-se-ão as concepções teóricas que pretendem explicar o papel das Constituições na sociedade e sua repercussão no plano eficaz. Tratar-se-á também de certo *papel contramajoritário* atribuído às Cortes Constitucionais nas democracias modernas, diante da tarefa de proteção dos direitos fundamentais consagrados no texto de suas constituições. Antes, porém, será necessária curta síntese histórica a respeito da evolução do Estado, para compreensão do constitucionalismo moderno.

#### **3.1 A evolução do Estado no constitucionalismo moderno**

A democracia, como realização de valores prestigiados na era moderna, como igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana – critérios de convivência social –, constitui um conceito mais abrangente do que o de Estado de Direito, sendo este decorrência das revoluções liberais do final do século XVIII.

A principal característica do Estado moderno liberal era o respeito à legalidade. Era o momento de soberania da lei, e não do monarca. Tal peculiaridade caracterizava o assim chamado Estado de Direito, “[...] expressão jurídica da democracia liberal” (SILVA, 2005, p. 112). O argumento é tão claro quanto convincente:

O indivíduo é livre enquanto age nos trilhos da lei e esta, por sua vez, é o único instrumento capaz de protegê-lo do arbítrio. É exatamente do nexos entre liberdade e lei que nasce a possibilidade de conter o arbítrio do príncipe e de tutelar a segurança dos sujeitos. A liberdade e a segurança (da pessoa, dos bens) são valores finais que a lei permite alcançar na medida em que impede o arbítrio. (COSTA, 2006, p. 103).

As revoluções liberais transformaram de modo radical a relação entre os indivíduos e o poder institucionalizado. O poder exercido de modo tradicional até então atribuía aos indivíduos não direitos, mas, sobretudo, obrigações, a começar pela obrigação de obediência às leis, sendo que estas se resumiam a ordens do soberano. Ao longo dos séculos, os códigos jurídicos e morais (desde os Dez Mandamentos até as Doze Tábuas) representavam um conjunto de regras imperativas, que estabelecem obrigações aos indivíduos, não direitos (BOBBIO, 1992, p. 101). Ao contrário, a *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, de 1789, inverte esta relação de maneira clara já em seus dois primeiros artigos (COMPARATO, 2007, p. 158):

*Artigo primeiro.* Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade pública.  
*Art. 2.* A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Percebe-se que, primeiro, existe a afirmação de que os indivíduos têm direitos, para, em seguida, afirmar que o governo, por consequência destes direitos, está obrigado a garanti-los (BOBBIO, 1992, p. 101). Assim, desta inversão da relação súdito-soberano, nasce o Estado moderno. De início liberal, no qual os indivíduos que reivindicam o poder soberano são apenas uma parte da sociedade (a burguesia), para depois ser democrático, no qual são potencialmente todos a fazer tal reivindicação, e, finalmente, social, no qual todos os indivíduos, agora cidadãos transformados em soberanos, sem distinção de classe, reivindicam não só direitos

de liberdade, mas também direitos sociais, que são do mesmo modo direitos do indivíduo (BOBBIO, 1992, p. 100).

O Estado de direito, no início, com características liberais, criou um modelo de Estado absenteísta, pelo qual o governo deveria garantir somente a liberdade e segurança aos indivíduos, sem, contudo, preocupar-se com as desigualdades econômicas entre as pessoas. Os movimentos sociais do século XIX, e principalmente os do século XX, passaram a questionar essa abstenção do Estado, fazendo com que este passasse a prever e pretender a realização da justiça social dentre seus fins maiores. Neste momento, estavam estabelecidas as bases para o chamado *welfare state*. Este, tentando compatibilizar o sistema econômico capitalista com o estado de bem-estar social, passa a estar presente no cenário político do início do século XX em praticamente todos os países ocidentais, sejam eles de características democráticas, sejam de traços totalitários. Isso por conta de seu conteúdo deveras indefinido.

Abstratamente, muitas das ideologias são contra as desigualdades sociais. É na prática, porém, que as diferenças surgem. Isso fez com que vários sistemas totalitários, com argumentos de igualdade social e anti-individualismo, passassem a crescer e a se fortalecer no mundo. Os regimes totalitários do início de século XX baseavam seu discurso na força, no interesse da nação acima de direitos individuais, e, muitas vezes, em teorias pseudocientíficas racistas. Tendo como base política característica as “massas” sociais, e não uma classe econômica específica (ARENDDT, 1989, p. 365).

Portanto, nem o Estado de Direito Liberal Burguês, característico do liberalismo, nem o simples Estado Social foram capazes de inserir o povo na participação das decisões políticas do Estado, tampouco permitiu a superação das desigualdades sociais. Era necessário o elemento democrático para efetivamente garantir a soberania popular, o que indubitavelmente não estava presente no Estado liberal, elitista por natureza, nem no Estado social do início do século XX, muitas vezes autoritários e também elitistas. Nessa linha de raciocínio, argumenta Silva (2005, p. 118):

Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a

justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. Aonde a concepção mais recente de Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de justiça Material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.

A caracterização do Estado democrático de direito, adotado pela constituição brasileira (artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988), significa que este pretende realizar a justiça social, de maneira que possa construir “[...] uma sociedade livre, justa e solidária” – art. 3º, inc. I (BRASIL, 2012, p. 1) e “[...] erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” – art. 3º, inc. III (BRASIL, 2012, p. 1). Ainda conforme a Carta Magna de 1988, a democracia seria efetivada com a participação popular, sendo o povo o titular de todo o poder (art. 1º, § único), e levando em consideração os direitos das minorias, a pluralidade étnica, cultural e política (art. 1º, inciso V). Todos estes elementos estão contidos na Constituição brasileira de 1988, no seu Título I, que trata dos princípios fundamentais do Estado Brasileiro.

Assim, um estado que pretende se firmar como efetivamente democrático, não pode limitar-se em aceitar uma mera consagração formal dos direitos fundamentais. A correspondência da normatividade com a realidade social, mesmo que em um primeiro momento tenha o papel de dirigir os rumos do Estado, não pode aceitar permanecer indefinidamente sem eficácia social, sob pena de cumprir um papel exclusivamente simbólico no imaginário coletivo. A relação entre Constituição e realidade social, portanto, merece ser mais bem estudada e abordada com mais verticalidade para que seu enquadramento teórico correto seja adequadamente incluído neste debate constitucional.

### **3.2 As concepções teóricas de Constituição: o papel das constituições na realidade social**

Em 1862, Ferdinand Lassalle proferiu em Berlim uma conferência a respeito da essência da Constituição, sob o título *O que é uma Constituição?*. Nesta obra, o economista defendeu que a Constituição representaria a soma do que chamou de *fatores reais de poder*, neste sentido, questões constitucionais não seriam questões jurídicas, mas sim questões políticas. Estes fatores reais de poder

seriam simplesmente as relações de poder dominantes de um país, com suas respectivas constituições, limitando-se a expressar tais forças sociais.

Nas palavras do próprio Lassalle (2007, p. 52):

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social.

Diante desta visão, Lassalle empresta uma concepção sociológica à Constituição. Argumenta que a Constituição escrita representaria tão somente uma *folha de papel* diante das forças sociais e, em um eventual embate entre elas, isto é, entre a Constituição formal (*folha de papel*) e a Constituição real (*fatores reais de poder*), aquela sempre perecerá diante desta. Assim, a condição de eficácia das normas jurídicas constitucionais necessitaria de uma correspondência entre a realidade e o texto normativo. Para esta concepção de direito constitucional, está caracterizada uma situação de permanente conflito: a Constituição jurídica sucumbe diariamente em face da Constituição real. Esta ideia determinante de supremacia da realidade constitucional significa, na prática, uma negação da Constituição jurídica (HESSE, 1991, p. 10-11).

A atualidade do pensamento de Lassalle é recorrentemente analisada e reconhecida pelo constitucionalismo moderno, sem que sua obra, mesmo criticada por muitos, possa ser ignorada (HESSE, 1991, p. 10-11).

Comentando esta teoria, Hesse (1991, p. 10) assim o avalia inicialmente:

A concepção sustentada inicialmente por Lassalle parece ainda mais fascinante se se considera a sua aparente simplicidade e evidência, a sua base calcada na realidade – o que torna imperioso o abandono de qualquer ilusão – bem como a sua aparente confirmação pela experiência histórica. É que a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática.

Não obstante esta repercussão na doutrina constitucional, essa concepção sociológica de Constituição não é reconhecida como a teoria mais aceita sobre o fenômeno constitucional moderno. A doutrina atual tende a ver a Constituição em sua totalidade, em uma concepção mais próxima de uma cultural,



onde se critica a unilateralidade das concepções (SILVA, 2005, p. 39) de Lassalle, Hans Kelsen (concepção lógico-jurídica) e Carl Schmitt (concepção política)<sup>31</sup>.

Grande parte da superação desta concepção de Constituição feita por Lassalle deve-se à obra publicada em 1959, por Konrad Hesse, sob o título *A força normativa da Constituição*. Nesta, o eminente constitucionalista constrói um entendimento de Constituição jurídica, divergindo da premissa básica de Lassalle a respeito da fragilidade do texto normativo diante das forças sociais hegemônicas. Mesmo considerando importantes as revelações de Lassalle, Hesse – ao estudar o condicionamento recíproco existente entre Constituição jurídica e a realidade político-social; os limites e possibilidades da atuação da Constituição jurídica; e os pressupostos de eficácia da Constituição – obtém conclusões distintas (mas não completamente antagônicas) daquele autor.

Konrad Hesse argumenta que a relação entre realidade e ordenação jurídica deve ser considerada em seu inseparável contexto e no seu condicionamento recíproco. Através de uma visão dialética desta relação, e não unilateral e determinista como a de Lassalle, Hesse critica o pensamento constitucional predominante até então, que via um isolamento completo entre norma e realidade, tanto do positivismo jurídico de Paul Laband e Georg Jellinek, quanto no “positivismo sociológico” de Carl Schmitt (HESSE, 1991, p. 13). Nesta direção, a normatividade não só reflete o pensamento e as relações de poder em uma sociedade, mas também tem o poder de conformar a realidade, existindo uma relação necessariamente dialética e complementar entre as duas forças, quais sejam: as forças sociais/políticas e a força jurídica da Constituição. Este trecho resume a ideia:

A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade

---

<sup>31</sup> Não é o objetivo desta pesquisa analisar as várias concepções de Constituição. Em verdade, as teorias que interessam inicialmente para este trabalho são as de Ferdinand Lassalle, Konrad Hesse e, mais adiante, Peter Häberle. Os resumos aqui expostos de suas teorias e seus posicionamentos na história das doutrinas constitucionais têm somente o intuito de contextualizar tais pensamentos.

e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. (HESSE, 1991, p. 15).

O que interessa destas teorias para este estudo é vislumbrar uma importância para as forças sociais e políticas, sem perder de vista, no entanto, que estas não são absolutas, e que a Constituição, como norma jurídica que é, possui força em si capaz de se opor e até de se sobrepor àquelas forças da realidade. Sob este fundamento, é importante perceber que há ou pode haver uma tensão constante entre a realidade das forças políticas e sociais (os *fatores reais de poder*, de Lassalle) e o poder normativo intrínseco da Constituição jurídica (a *força normativa da Constituição*, de Hesse). Entretanto, para que uma Constituição busque uma legitimidade calcada na realidade, pois ela decorre de uma situação histórica concreta e suas condicionantes<sup>32</sup>, a compatibilidade entre a Constituição real e a Constituição jurídica deve ser um dos objetivos da hermenêutica Constitucional moderna. A eficácia das normas constitucionais ganha cores quando encontra legitimidade no meio social, ao mesmo tempo em que a legitimidade dá força normativa à Constituição jurídica, implicando, portanto, numa necessária via de mão dupla.

Como já foi demonstrado anteriormente, existe uma inevitável tensão entre a Constituição jurídica e a Constituição real. Esta tensão encontra seu ápice quando ocorre uma ruptura completa com o ordenamento jurídico vigente para que se instaure outro, isto ocorre através da manifestação do Poder Constituinte Originário. De maneira que é de interesse da ordem constitucional estabelecida que a sociedade empreste a legitimidade necessária à Constituição para que ela possa se enraizar como instrumento que “[...] proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme” (HESSE, 1991, p. 19). Assim, é permitido à Constituição desenvolver de forma plena a sua força normativa.

Diante destas premissas, a interpretação constitucional encontra relevo neste papel de efetivar a Constituição como algo importante para a sociedade, devendo equacionar uma série de elementos que concretizem a Constituição jurídica de maneira a torná-la eficaz e efetiva no meio social. Analisando a importância da interpretação constitucional, Hesse (1991, p. 22-23) dispõe:

---

<sup>32</sup> De maneira mais evidente na manifestação do Poder Constituinte Originário, sendo este um poder de fato, e não um poder jurídico. Não há de se confundir a teoria do Poder Constituinte com o próprio Poder Constituinte (BONAVIDES, 2001, p. 141).

A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábua rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro de condições reais dominantes numa determinada situação.

A questão que se coloca é: de que maneira, através da interpretação constitucional, podem-se encontrar meios (ou instrumentos) que viabilizem a eficácia e a efetividade da Constituição ao mesmo tempo em que provoque uma “Vontade de Constituição”<sup>33</sup> na sociedade? Este questionamento, para ser devidamente embasado teoricamente, necessita da análise de mais um pensamento constitucional moderno, o de Peter Häberle.

Na obra *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da constituição*, Häberle defende um modelo de teoria de interpretação constitucional que leve em consideração os vários intérpretes da Constituição<sup>34</sup>, sob o argumento singelo de que “[...] quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la” (HÄBERLE, 2002, p. 13). Critica também a teoria da interpretação constitucional de até então, que esteve vinculada a um modelo de *sociedade fechada*, reduzindo seu âmbito de investigação aos juízes e aos procedimentos formais do processo.

Buscando realizar uma conexão com as teorias que dão destaque à *realidade constitucional* e sua relação com a interpretação da norma jurídica da Constituição, anteriormente abordadas neste estudo, Häberle assevera que se se

<sup>33</sup> Segundo Hesse (1991, p. 19-22), “vontade de Constituição” representa uma força ativa presente na consciência geral, principalmente nos responsáveis pela ordem constitucional, de dar valor à Constituição, em detrimento de uma “vontade de poder”. Assevera que, mesmo diante de uma contrariedade de interesses, deve-se preservar a Constituição, pois esta, mesmo nas situações em que sua observância se revela incômoda para determinado grupo poderoso, deve ser defendida como ordem adequada e justa, diante do apoio e consciência geral.

<sup>34</sup> Peter Häberle oferece a seguinte sistematização do quadro dos intérpretes da Constituição: (1) os que exercem função estatal: Tribunal Constitucional e demais órgãos do Judiciário, assim como o Legislativo e o Executivo; (2) as partes no processo judicial, legislativo e administrativo: autor, réu, recorrente, testemunha, parecerista, associações; partidos políticos, dentre outros; (3) os grandes estimuladores do espaço público democrático e pluralista: mídia (imprensa, rádio e televisão), jornalistas, leitores, igrejas, teatros, editoras, escolas, pedagogos, etc; (4) a doutrina constitucional, por tematizar a participação de todos os demais intérpretes (HÄBERLE, 2002, p. 19-23).

quiser encarar seriamente esta relação, deve-se pensar na exigência da incorporação das ciências sociais e também das teorias jurídico-funcionais, bem como dos métodos de interpretação voltados para o atendimento do interesse público e do bem-estar geral, dando destaque para os agentes conformadores desta “realidade constitucional” (HÄBERLE, 2002, p. 12).

Este constitucionalista defende ainda que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Para Häberle, é impensável uma interpretação constitucional sem o cidadão ativo e sem a participação das *potências públicas*. Devendo as teorias da Constituição e da hermenêutica propiciarem aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade. O cidadão e a sociedade não são meros objetos neste processo, mas sim sujeitos ativos na força criativa da concretização das normas constitucionais (HÄBERLE, 2002).

Analisando as teorias de Lassalle e Häberle, percebe-se uma inequívoca influência do pensamento daquele na obra deste. Entretanto, Häberle avança para um modelo de convivência mais harmônica dos antagonismos sociais, defendendo mecanismos de participação dos setores públicos divergentes em torno das inevitáveis tensões dentro de uma sociedade pluralista.

Assim comenta esta relação das duas teorias, Coelho (2001, p. 7-8):

Nessa ordem de preocupações, é de se registrar que Fernando Lassalle [sic], preso a um *sociologismo* extremo e vivendo numa sociedade *fechada e homogênea*, não conseguiu vislumbrar saídas institucionais para os choques entre a Constituição *jurídica* e a Constituição *social*, a ponto de afirmar que "onde a constituição *escrita* não corresponder à constituição *real*, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dias menos dias, a constituição escrita, a *folha de papel*, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país".

Já o mesmo não ocorreu com Peter Häberle que, à luz da experiência acumulada *desde Lassalle* e favorecido pelo ambiente saudável de uma sociedade *aberta e pluralista*, pôde *imaginar* procedimentos que se mostram aptos a resolver aqueles impasses exatamente porque implicam a assimilação das *forças vitais do país* no processo de tradução/formulação da vontade constitucional.

Deste modo, vislumbra-se uma especial importância para o direito de participação da sociedade na concretização hermenêutica da Constituição. Como já fora assinalado, as tensões em uma sociedade pluralista são comuns, e, de certa maneira, até desejáveis, num sentido de evolução do espaço público democrático e participativo. Especialmente naqueles casos mais graves que envolvem direitos ou

garantias fundamentais e garantias institucionais, deve-se ter extremo esmero em buscar garantir uma participação eficiente e legitimadora dos grupos sociais.

Argumentando sobre estes casos de grande importância e acerca da participação da sociedade nestes julgamentos, Häberle (2002, p. 45-46) afirma que:

[Leis] que despertam grande interesse na opinião pública. Essas leis provocam discussões permanentes e são aprovadas com a participação e sob o controle rigoroso da opinião pública pluralista. Ao examinar essas leis, a Corte Constitucional deveria levar em conta a peculiar legitimação democrática que as orna, decorrente da participação de inúmeros segmentos no processo democrático de interpretação constitucional.

É que, no caso de uma profunda divisão da opinião pública, cabe ao Tribunal a tarefa de zelar para que se não perca o mínimo indispensável da função integrativa da Constituição.

Ademais, a Corte Constitucional deve controlar a participação leal dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, de forma que, na sua decisão, se levem em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis).

A participação, portanto, não deve estar presente somente na preocupação do intérprete em preservar o interesse público e visualizar de maneira equitativa os interesses sociais em conflito. Deve-se garantir a participação formal e material destes interesses no processo constitucional. Principalmente naqueles casos em que se acentua o caráter político das decisões proferidas pela Suprema Corte. Igualmente, a expansão da atividade da Corte Constitucional acarreta uma diminuição do espaço de interpretação do legislador, devendo-se, portanto, assegurar uma pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria democrática (HÄBERLE, 2002, p. 49).

Considerando que o direito à participação política direta no Estado democrático de direito é um direito fundamental de quarta geração (BONAVIDES, 2001, p. 571), mais importante do que simplesmente declará-lo ou reconhecê-lo, é encontrar mecanismos para efetivá-lo neste momento histórico, assim sustenta Paulo Bonavides (2008, p. 9), que fala em “repolitização da legitimidade”:

Dizer que a democracia é direito da quarta geração, qual o fiz em Foz de Iguaçu, na Conferência final da XIV Conferência Nacional de advogados, em 1992, não basta.

Faz mister ir além. Urge, assim, tornar explícitos os meios técnicos de realização e sustentação desse direito principal nos países da periferia, onde as três gerações ou dimensões de direitos fundamentais não lograram ainda concretizar-se na região da normatividade.

É essa, indubitavelmente, a grande tragédia jurídica dos povos do Terceiro Mundo. Têm a teoria mas não têm a práxis. E a práxis para vingar diante da

ofensiva letal dos neoliberais precisa de reforma ou renovação de modelos teóricos.

É isso o que se propõe com o Direito Constitucional de luta, com a Nova Hermenêutica, com a repolitização da legitimidade.

Diante desta base teórica, buscou-se associar teoria e prática, objetivando a concretização de direitos fundamentais da cidadania contemporânea. Analisar a realização material, e não simplesmente formal, destes direitos. Assim, primordial é elaborar instrumentos normativos modernos que tenham estes mesmos objetivos, contribuindo para encontrar mecanismos que possam inserir a sociedade num debate constitucional, democratizando sua interpretação e compartilhando com os *cientistas do direito* a responsabilidade de fortalecer o conteúdo e a efetivação da Constituição, acarretando uma evolução técnica (ciência jurídica) e política da sociedade.

### 3.3 Democracia material: a dificuldade contramajoritária

Do exposto acima, a realidade social, a opinião pública<sup>35</sup>, as forças sociais (*fatores reais de poder*, expressado por Lassalle; ou *potências públicas*, dito por Häberle) devem ter garantidos canais de comunicação institucionalizados dentro do poder Judiciário. Em especial no tribunal Constitucional do país que, diante das transformações que vem passando, está cada vez mais se aproximando de uma verdadeira Corte Constitucional, com uma marcante influência no cotidiano da sociedade e na condução da política nacional.

Isto ocorre ao mesmo tempo em que a jurisdição constitucional possui um importante papel contramajoritário, pelo qual são preservados os direitos fundamentais das minorias sociais e as garantias institucionais consagradas na Constituição. O exercício do poder pelo Estado em uma República deve ser, além de fiscalizado, garantidor de participação dos destinatários daquele poder, sem que seja permitida, ao mesmo tempo, uma *ditadura da maioria*. Afinal, existem estruturas

---

<sup>35</sup> Mesmo reconhecendo a dificuldade de conceituar *opinião pública*, até por existir um grande número de abordagens sobre o termo, não há como negar que ela existe. Reconhecer também que, em uma sociedade de massas, esta pode ser irracional e perigosa. “Na sociedade de massas, o indivíduo, as ideias, os juízos críticos, a autonomia do raciocínio contam pouco, cedendo lugar à ação coletiva, aos juízos de grupo, aos interesses de classe e profissão, às ideologias. Abre-se assim caminho àquela opinião pública, marcada da funesta imperfeição de haver abdicado nos órgãos estatais e nas minorias tecnocráticas a palavra de comando político, que as massas passivamente acatam” (BONAVIDES, 2003, p. 458).

normativas mínimas constitucionalizadas que são garantidoras de uma convivência harmônica dos diversos conflitos das sociedades modernas.

Os direitos fundamentais e as garantias institucionais constituem, portanto, um mínimo a ser preservado para que os conflitos sejam equacionados sem que haja uma ruptura da estrutura democrática prevista no texto constitucional. Sem enfrentar a questão da existência de um princípio filosófico que embase a natureza e o surgimento dos direitos fundamentais<sup>36</sup>, certo é que eles são pressupostos indispensáveis para o correto funcionamento dos próprios instrumentos predominantemente procedimentais que caracterizam um regime democrático: “As normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo” (BOBBIO, 2009, p. 32).

No mesmo sentido de que os direitos fundamentais são pressupostos para a democracia, Machado Segundo (2010, p. 158) afirma que:

Na verdade, a democracia não está propriamente limitada pela proteção aos direitos humanos e fundamentais, mas antes os pressupõe. Não é possível à democracia suprimir a liberdade e a igualdade sem, com isso, deixar ela própria de ser democracia. Ao minar seus próprios alicerces, a democracia torna-se inviável enquanto tal.

Mesmo que se esteja a defender uma participação política da sociedade no controle concentrado de constitucionalidade, não se pode negligenciar o reconhecimento de que a teoria democrática, seus pressupostos históricos e o discurso em torno do termo *democracia* materializam-se de modos distintos a depender da sociedade que esteja sendo analisada, o seu momento histórico e, por que não, a ideologia do observador. Ademais, as estruturas criadas para a formação de *lobbies* que tenham força política acabam transformando o jogo democrático em mera repercussão da atuação de *grupos de pressão* organizados que agem para influenciar e decidir os rumos do Estado e da sociedade. Nestes termos, Bobbio (2009, p. 35) assevera que:

---

<sup>36</sup> Não se pretende enfrentar nesta dissertação a questão da existência de um fundamento filosófico a respeito dos direitos humanos ou direitos fundamentais. Para efeitos deste estudo, parte-se da premissa de que estes são simplesmente reconhecidos e surgiram a partir de condições objetivas e subjetivas historicamente determinadas. Dentre estes direitos, o direito à democracia como fundamento de legitimação básica do Estado.

[...] sujeitos politicamente relevantes tornaram-se sempre grupos, grandes organizações, associações das mais diversas ideologias, e sempre menos os indivíduos. Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existe mais um soberano, o povo ou a nação, composto por indivíduos que adquiriram o direito de participar direta ou indiretamente do governo, na qual não existe mais o povo como unidade ideal (ou mística), mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes, com a sua relativa autonomia diante do governo central (autonomia que os indivíduos singulares perderam ou só tiveram num modelo ideal de governo democrático sempre desmentido pelos fatos).

Chama-se a atenção para este ponto do presente estudo, pois ele é peça-chave para compreender a repercussão daquilo que significa abrir a jurisdição constitucional para que haja participação de parte da sociedade que não sejam aqueles legitimados a provocar o controle concentrado de constitucionalidade já previstos na Constituição.

Como expresso acima, a democracia ocidental contemporânea não representa a vontade do homem empiricamente isolado, mas sempre em um contexto de agremiação humana, a cujos interesses se ligou. Estes interesses, em parte coletivos e em busca de representação na institucionalidade, encontram na democracia pluralista ocidental dois canais para chegarem ao Estado: os partidos políticos e os grupos de pressão (BONAVIDES, 2003, p. 426).

Bonavides (2003, p. 427) faz uma distinção entre “grupos de interesse” e “grupos de pressão”. *Estes* seriam espécie dos grupos de interesse e se distinguem pela influência que exercem sobre o poder político para obtenção de eventuais benefícios do governo. *Aqueles* podem até existir de modo organizado e ativo sem, contudo, exercerem de fato alguma pressão política.

Deste modo, os grupos que exercem pressão (e, portanto, participam do poder) nas esferas públicas do Estado, como no Poder Legislativo e Executivo, acabam influenciando na elaboração e formação do maior número de normas que acabam sendo questionadas na justiça, seja no controle difuso de constitucionalidade, seja no controle concentrado de constitucionalidade, objeto deste estudo.

Daí que, diante do papel do Supremo Tribunal Federal em ser o *guardião da Constituição*, impõe a este uma função *contramajoritária*, se se considerar que a maioria da população efetivamente participa da elaboração de normas mediante instituições políticas. A preservação das *regras preliminares do jogo*, como chama Bobbio, coloca o STF em uma *dificuldade contramajoritária*, pois este poderá, a



despeito de uma *vontade* amplamente constatada, decidir em sentido contrário<sup>37</sup>, a fim de preservar a Constituição e, portanto, os direitos e garantias fundamentais ali consagrados.

Assim, a participação social no controle concentrado poderia, em tese, subverter este papel realizado pelo STF de proteção objetiva da Constituição, ao preservar os direitos fundamentais das minorias e manter as regras políticas essenciais para o desenvolvimento da democracia.

Destarte, necessário delinear este direito de participação na jurisdição constitucional, suas funções esperadas e reais, assim como sua repercussão na atual sistematicidade institucional observada na Corte. Averiguar também se esta participação aprimora a jurisdição constitucional concentrada e a democracia ou desvirtua-a de maneira incompatível com o espírito da Constituição.

---

<sup>37</sup> Situação muito evidente desta dificuldade contramajoritária foi observada no RE 633.703/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes. Nesta ação, o STF entendeu que a Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010, chamada Lei da Ficha Limpa, não obstante o grande *clamor popular* em torno da defesa da lei, foi considerada inaplicável para as eleições daquele ano de 2010, diante da regra insculpida no artigo 16 da Constituição, que determina: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência” (BRASIL, 2012, p. 9). Quanto ao mérito desta lei, ou seja, se esta fere o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII), o Supremo, através da ADC nº 29, considerou a norma constitucional.

#### 4 DIREITO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O paradigma político e teórico de *Estado democrático* do sistema Constitucional brasileiro, como se tentou demonstrar no capítulo anterior, possui uma estreita relação com a efetividade do texto constitucional. Ilusão seria admitir que a simples consagração formal de princípios e valores na Constituição tornaria o Brasil uma nação democrática.

Retomam-se as palavras de Bobbio (1992), que já se tornaram clássicas a respeito deste problema da inefetividade dos direitos solenemente consagrados nos textos jurídicos e negados na realidade social. Afirma o autor italiano que “[...] o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los” (BOBBIO, 1992, p. 25).

Este problema do constitucionalismo contemporâneo, especialmente nas nações periféricas do capitalismo, possui uma dimensão (e solução) muito mais política do que jurídica ou filosófica, exatamente por conta desta necessidade de efetividade social das normas juridicamente elevadas à estatura de norma constitucional.

Continua Bobbio (1992, p. 25) a respeito dos direitos fundamentais:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o

modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Os diversos direitos fundamentais inseridos na Constituição brasileira, com suas dimensões tão bem delineadas e teorizadas<sup>38</sup>, devem encontrar na realidade social uma correspondência aproximada. Sob pena de estes direitos servirem somente a um papel meramente simbólico, pelo qual sua principal finalidade será a de legitimar uma realidade excludente, na qual juridicamente se asseguram tais direitos, mas sociologicamente se criam distinções baseadas em capacidades econômicas dos cidadãos. Desigualdades sociais estas que podem chegar ao ponto de *quebrar* a integridade do Estado de direito (VIEIRA, 2007).

No que se refere ao papel simbólico, este pode repercutir de modo intenso, como alerta Neves (2007), ao demonstrar três tipologias do papel simbólico da constitucionalização de direitos fundamentais sem a correspondente efetividade social:

- I) a *confirmação de valores sociais*, pela qual se exige primariamente do legislador que este consagre no ordenamento jurídico aquele valor social que estava (ou está) em litígio pela sociedade. A satisfação se dá simplesmente em torno da expedição do ato legislativo, sem a correspondente realização eficaz da norma;
- II) *legislação-álibi*, na qual a finalidade da consagração de normas jurídicas é repercutir na confiança que os cidadãos depositam no respectivo governo e no Estado. O legislador, muitas vezes sob pressão do público, elabora diplomas normativos para satisfazer os anseios populares, mas sem que haja o mínimo de condições de efetivação destes direitos. Assim, o legislador visa à diminuição da pressão política em torno daquele direito, pois agora já estaria juridicizado e, ao mesmo tempo, mostraria o Estado como ente sensível às exigências e expectativas dos cidadãos. A *legislação-álibi* decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador (NEVES, 2007, p. 39);

---

<sup>38</sup> Para um estudo sobre as gerações (dimensões) dos direitos fundamentais, *vide* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

III) legislação como *fórmula de compromisso dilatatório*, cuja função é adiar a solução de conflitos sociais por meio de compromissos dilatatórios. As disputas entre os diversos grupos sociais não são resolvidas pelo diploma normativo, que, mesmo assim, é aprovado de modo consensual pelas partes em disputa, exatamente pelo fato de estar presente o elemento de ineficácia da norma. Deste modo, “[...] o acordo não se funda [...] no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado” (NEVES, 2007, p. 41).

Com efeito, alerta Neves (2007) a respeito da repercussão jurídico-política da ineficácia das normas garantidoras de direitos fundamentais no sistema brasileiro, demonstrando a faceta ideológica desta inefetividade da Constituição servir para uma *manipulação* ou *ilusão* da população, que imuniza o sistema político contra outras alternativas. Nas palavras do citado autor (NEVES, 2007, p. 98):

Em caso de constitucionalização simbólica, o problema “ideológico” consiste no fato de que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas. Desta maneira, perde-se transparência em relação ao fato de que a situação social correspondente ao modelo constitucional simbólico só poderia tornar-se realidade mediante uma profunda transformação da sociedade. Ou o figurino constitucional atua como ideal, que através dos “donos do poder” e sem prejuízo para grupos privilegiados deverá ser realizado, desenvolvendo-se, então, a fórmula retórica da boa intenção do legislador constituinte e dos governantes em geral.

O constitucionalismo aparente implica, nessas condições, uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas. Através dele, não apenas podem permanecer inalterados os problemas e relações que seriam normatizados com base nas respectivas disposições constitucionais, mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais em direção ao proclamado Estado Constitucional.

Não obstante esta reflexão bem fundamentada, desempenha papel relevante, em um sentido de progresso e melhoria social da população em geral, a constitucionalização de direitos fundamentais. Estes, mesmo de início ineficazes socialmente, ficariam restritos num primeiro momento ao mero plano formal. Dada a tradição formalista brasileira, a consagração de direitos sociais plasmados no texto constitucional permite uma *estabilidade* destes direitos fundamentais como rumos políticos obrigatórios do Estado brasileiro.

A perspectiva normativa (*dever-ser*) do texto constitucional pode instrumentalizar a luta social em torno do tema e permite que a realidade (*ser*) seja disputada na arena política com argumentos mais consistentes, especialmente diante da desigualdade econômica existente entre a maioria da população e os grupos hegemônicos (*donos do poder*, como afirma Raimundo Faoro). Sem, inclusive, perder a possibilidade da judicialização da disputa em torno da (in)efetividade do texto constitucional, elemento específico do presente estudo.

Exemplo de função instrumental dentro de uma dimensão política e jurídica é o chamado *positivismo de combate*, também conhecido como *instituto sonogado*, que nada mais é do que uma procura por eficácia das normas sociais já positivadas nos textos legais. Dentro do *direito alternativo*<sup>39</sup>, o *positivismo de combate*, mesmo crítico ao direito vigente, luta pela efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, diante de uma realidade notadamente excludente e insuficiente para garantir um mínimo de dignidade à maioria da população.

Com efeito, a supressão dos direitos fundamentais tidos como *inexequíveis* dos ordenamentos jurídicos, não trariam uma situação desencadeadora de luta social por parte da sociedade civil. A cidadania política ativa em torno da luta por condições materiais mais favoráveis também passa pela conquista de novos direitos. Mesmo que inicialmente sejam somente consagrados no plano formal, existe uma função política educativa destes direitos, pois eles traçam um *perfil jurídico* do Estado, baseado na igualdade material, e não simplesmente formal. Neste sentido, influencia na interpretação de todo o ordenamento jurídico e cria uma *pauta política* evidente por si mesma, capaz de unir grupos sociais organizados em torno da efetividade das normas constitucionais sonogadas pelos responsáveis em efetivá-las através da legislação infraconstitucional ou políticas públicas.

No mesmo sentido, argumentando contra a retirada de preceitos da Constituição que instituem direitos fundamentais sociais, mesmo que pareçam inexequíveis a curto ou médio prazo, Krell (2002, p. 28) afirma:

---

<sup>39</sup> De acordo com Carvalho (2004, p. 27), o tradicional uso alternativo do direito consiste na atividade cuja ação ocorre no seio do próprio ordenamento jurídico positivo, no direito instituído. Assim, a maneira de trabalhar o direito estatal pode trilhar dois caminhos: com a utilização das contradições, ambiguidades e lacunas do oficialmente legislado, partindo sempre de uma ótica democrática; ou a partir de uma interpretação qualificada, incluindo os direcionamentos obtidos pelas lutas populares, desencadeadas pelos movimentos sociais, e permitindo, por meio da crítica constante, que os efeitos da norma sejam cada vez mais democráticos.

Sua supressão [dos direitos fundamentais sociais] do texto constitucional, sem dúvida, enfraqueceria a posição dos integrantes da sociedade civil organizada na reivindicação desses direitos junto aos governos federal, estaduais e municipais. A relevância das normas programáticas também está no sentido teleológico, de modo que apontam para fins futuros e servem de pauta de valores para movimentos que as queiram ver aplicadas e cumpridas. Uma concepção material de constituição dá valor aos efeitos políticos e culturais da Carta mediante inclusão de princípios programáticos que necessitam de uma concretização posterior.

O ponto de confluência, portanto, entre participação democrática e realização material da Constituição parece estar claro: a efetividade do Estado social democrático de direito depende de uma postura ativa da cidadania política. Esta, por sua vez, encontra na *força normativa da Constituição* um valioso instrumento de natureza jurídica que tenta direcionar o fim (político) maior do Estado. A cidadania política ativa não deve encontrar empecilhos em nenhum espaço de poder do Estado, mesmo tratando-se de jurisdição constitucional.

A relação que se pretende estabelecer neste estudo, desde seu início, objetiva demonstrar que a realidade social e concreta é fator determinante para uma adequada interpretação constitucional, de modo que o ascendente poder político do Judiciário esteja preocupado em dar efetividade ao texto constitucional, de acordo com uma atuação aberta à sociedade nesta perspectiva democrática. Destarte, para assegurar a própria integridade do Estado de direito, é necessária uma participação dos próprios cidadãos no debate público em torno da legitimidade constitucional da legislação infraconstitucional, das políticas públicas e da interpretação final da Constituição.

De outra ponta, a qualidade da atuação dos atores sociais que interagem no procedimento do controle concentrado de constitucionalidade torna-se peça essencial nesta estrutura, pois os elementos informativos do processo desencadeado no STF delimitam o papel reservado à sociedade na construção das regras sociais que regem sua própria convivência.

Mais que isso, os ministros da Suprema Corte obtêm dados da realidade para formarem seus convencimentos, e, caso estes elementos sejam deturpados, sub-representados, incompletos, criar-se-á uma estrutura de decisão política flagrantemente ilegítima, pois privilegiará as pessoas ou grupos que tenham acesso formal e político aos ministros da Corte. Muitas vezes, grupos já hiper-representados nos espaços políticos de formação majoritária, como o Legislativo e o Executivo, são

os mesmos personagens que participam de modo ativo do controle concentrado de normas perante o Supremo Tribunal Federal. Fato que pode gerar questionamentos a respeito desta condição de aparente falta de limites ao poder de certos grupos.

Não obstante, a cidadania política ativa também deve encontrar arena de atuação na esfera do Judiciário, especialmente neste ambiente de crescente força política da jurisdição constitucional. Não se trata de uma substituição da atuação política tradicional, de característica majoritária, por uma formalista e argumentativa, própria dos processos judiciais, mas sim de perceber que excluir o público em geral do debate processual em torno da Constituição pode elitizar a jurisdição, tornando-a um fim em si mesmo. A atuação da cidadania política no campo do judiciário corresponde a uma trincheira legítima de proteção da democracia, fato que pode contribuir para a efetividade das normas constitucionais tão reclamada pela sociedade brasileira. Oscar Vilhena Vieira (2007, p. 21) assim considera:

Seria ingênuo atribuir aos sistemas jurídicos a capacidade de produzir a sua própria eficácia, mas seria igualmente equivocados desconsiderar as potencialidades dos novos atores de promover mudanças sociais através do emprego de estratégias legais. Mesmo um sistema jurídico frágil pode prover mecanismos que, se usados a tempo, aumentarão a imparcialidade e o igual reconhecimento de sujeitos de direitos. As leis de interesse público, a mobilização (*advocacy*) em direitos humanos, a litigância estratégica, os escritórios *pro bono* e defensorias públicas podem mobilizar os recursos jurídicos em favor dos interesses menos beneficiados ou contra aqueles interesses hiper-representados. Esse movimento de dentro do sistema jurídico para fortalecer os fracos, proteger os demonizados e desestabilizar privilégios incrustados não deve ser visto, contudo, como uma nova panacéia, mas apenas como uma parcela de um esforço maior de construção de sociedades mais recíprocas, nas quais o Estado de Direito tenha melhores condições de florescer. Essa alternativa é baseada no pressuposto de que o sistema jurídico ocupa uma posição intermediária especial entre a política e a sociedade. Por ser um produto das relações sociais e das decisões políticas, os sistemas jurídicos também são um vetor dessas relações e decisões. A lei não deve apenas refletir a distribuição de poder dentro da sociedade. Os sistemas jurídicos modernos são constituídos por privilégios aos mais poderosos, mas também são constituídos através de regras e procedimentos justos que buscam obter legitimidade e cooperação.

Deste modo, analisar a atuação dos grupos de pressão e a sua participação, reservada pela Constituição e pela legislação infraconstitucional no processo de controle concentrado de constitucionalidade, torna-se de extrema importância, pois cada vez mais o cotidiano da vida social encontrará regulação neste espaço público de decisão.

Pode-se perceber que o constituinte de 1988, já sofrendo influências destes grupos de pressão, incluiu dentre os legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, alguns deles, como os legitimados previstos no artigo 103, IX, CR: “[...] confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional” (BRASIL, 2012, p. 47).

Assim, além dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, que também são legitimados (inciso VIII), as confederações de trabalhadores e empregadores também podem provocar o controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal.

Embora o texto constitucional não faça diferenciação alguma entre os legitimados previstos no artigo 103, a jurisprudência do STF tem restringido a atuação de alguns deles<sup>40</sup>. Para os Governadores de Estado ou do Distrito Federal (inciso V); as Mesas de Assembleias Legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal (inciso IV); Confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional (inciso IX), o Supremo tem exigido a chamada *pertinência temática*, que é a demonstração de um *interesse de agir*<sup>41</sup> por parte destes legitimados, atribuindo-lhes o ônus processual de demonstrar uma relação lógica entre a norma ou ato normativo impugnado e os interesses defendidos por esses legitimados.

Esta restrição não se coaduna com o sistema de controle abstrato de constitucionalidade de normas, pois este se caracteriza por uma defesa objetiva da Constituição, e não do amparo de meros interesses individuais típicos do processo civil ordinário, que historicamente sempre esteve ligado à defesa de interesses particulares, em sua maioria patrimoniais. Trata-se de uma visão processualística comum da Constituição, e não, como deveria ser, de uma visão constitucional do processo (ROCHA, 2009b, p. 36). Também criticando esta exigência de interesse de agir no processo constitucional das ações de controle abstrato, Mendes (2007, p. 297) assevera que:

---

<sup>40</sup> ADI 1.507 – MC-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06/06/97: “A legitimidade ativa da confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembleias Legislativas e Governadores, para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação. Precedentes do STF: ADI 305 (RDJ 153/428); ADI 1.151 (DJ de 19/05/95)” (VELLOSO, 1997 *apud* CUNHA JR., 2010, p. 342).

<sup>41</sup> *Interesse de agir* e *pertinência temática* não são sinônimos. A comparação é comum, pois a pertinência temática foi criada por inspiração no conceito de interesse de agir do processo civil ordinário.



A falta de autorização constitucional para que o legislador estabeleça outras limitações ao direito de propositura suscita dúvida sobre a correção do entendimento esposado pelo STF. Tendo em vista a natureza objetiva do processo de controle abstrato de normas, seria mais ortodoxo que, na espécie, fosse admitida a ação direta de inconstitucionalidade independentemente de qualquer juízo sobre a configuração, ou não, de uma relação de pertinência.

De fato, a jurisprudência do STF, apegada a um modelo de processo de cunho individualista, acabou criando exigência e restrição não previstas na Constituição e, por consequência, criou dois tipos de legitimados a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade: os legitimados universais e os legitimados não universais ou especiais. Como já comentado neste estudo, o aumento do número de legitimados para propor estas ações de controle já foi um grande avanço no que tange à democratização da defesa objetiva do texto constitucional, elemento que deveria ter sido levado em consideração para que o STF superasse esta posição contraditória com o sistema de controle abstrato de normas e anacrônica diante da evolução constitucional nesta matéria.

No entanto, o argumento recorrente é o que considera que seria temerário permitir um acesso universal a todos os legitimados previstos no artigo 103 da Constituição, pois acarretaria um grande número de processos submetidos ao Supremo Tribunal Federal, de maneira que inviabilizaria sua atuação diante de limites estruturais da Corte. Este mesmo argumento é utilizado para negar a legitimidade do cidadão comum ao controle de constitucionalidade concentrado. Senão, veja-se – quando da elaboração da Lei 9.882/99, a qual regulamentou a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) – que foi incluído em seu artigo 2º como legitimado o inciso “II - qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público” (BRASIL, 2000b, p. 1). Este inciso foi vetado pela Presidência da República, sob os seguintes argumentos (BRASIL, 1999, p. 2-3, grifo nosso):

A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público". **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 arguição 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 arguições propostas.** Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo

Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. **De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania.** Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.

Transcrevem-se estas razões de veto de modo completo para demonstrar a relevância do debate a respeito do acesso ao controle de constitucionalidade, através da percepção de que seu acesso irrestrito impossibilitaria uma atuação eficaz do STF diante de uma conseqüente demanda de trabalho incalculável, por conta dos limites institucionais do Tribunal, em especial sua capacidade estrutural. Este argumento, agregado a um discurso de proteção da sociedade já eficazmente exercido pelos atuais legitimados, consagrados no artigo 103 da Constituição Federal de 1988, faz com que seja restringida a quantidade dos legitimados a ingressarem com ações diretas de inconstitucionalidade.

Ocorre que, dentre os legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade previstos no artigo 103 da Constituição de 1988, são exatamente os que precisam demonstrar *interesse de agir (pertinência temática)* aqueles que mais provocaram o Supremo desde a promulgação da Magna Carta de 1988. Representam juntos 49,6% das ações propostas, sendo 24,6% por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional e 23,9% por Governadores de Estados e do Distrito Federal<sup>42</sup>. Pela tabela abaixo, podem-se extrair outras conclusões:

Tabela 1 – Ações Diretas de Inconstitucionalidade por legitimado - 1988 a 2012\*

Legitimados	Quant.	%
Presidente da República	8	0,2%

<sup>42</sup> Fonte: Módulo de Recuperação Textual do STF

Mesa do Senado Federal	1	0,0%
Mesa da Câmara dos Deputados	0	0,0%
Mesa da Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal	53	1,1%
Governador de Estado ou do Distrito Federal	1.123	23,8%
Procurador-Geral da República	951	20,2%
Conselho Federal da OAB	213	4,5%
Partido Político com representação no Congresso Nacional	816	17,3%
Confederação Sindical ou Entidade de Classe de Âmbito Nacional	1.187	25,2%
Mais de 1 legitimado **	3	0,1%
Outros (Ilegitimados)	361	7,7%
<b>Total</b>	<b>4.716</b>	<b>100,0%</b>

\* Dados de 2012, atualizados até 31 de maio.

\*\* Confederação Sindical ou Entidade de Classe e Partido Político.

Fonte: Módulo de Recuperação Textual do STF.

Percebe-se que o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e as Mesas das Assembleias Legislativas dos Estados, juntas, representam somente 1,3% das ações. Em contrapartida, diversos não legitimados (7,7%) tentaram provocar a jurisdição constitucional concentrada e foram barrados por ausência de legitimidade<sup>43</sup>.

Deste modo, os números de ações propostas por não legitimados (361 ações) representam quase seis vezes (5,822 vezes) o número de ações propostas por aqueles quatro legitimados (62 ações). Isto pode demonstrar certa distorção no que tange ao interesse em questionar a legitimidade constitucional de algumas normas, haja vista que Senado, Câmara, Presidência da República e Mesas das Assembleias estaduais já realizam um controle preventivo de constitucionalidade dentro de suas rotinas de trabalho institucionais. As casas legislativas, através das comissões de Constituição e Justiça, e o Presidente da República, por meio do poder de veto jurídico da norma aprovada pelo Legislativo.

Dentre estas ações barradas por ausência de legitimidade, não há dúvida de que um número considerável provém das confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, pelo fato de a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não ter clareza na caracterização daquilo que seja *confederação sindical e âmbito nacional* destas entidades.

<sup>43</sup> Das ações propostas em controle concentrado, 41% não são sequer conhecidas. Atualizando um número de 1.904 ações não conhecidas desde outubro de 1988 até 31 de janeiro de 2012. Deste total, não se encontram dados que selecionem as causas de não conhecimento. Portanto, não se sabe quanto representa a ausência de legitimidade deste total.

Podem-se extrair da atual jurisprudência do Supremo alguns critérios. Na área sindical, aceitam-se as confederações, se constituídas na forma do artigo 535 da Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, tendo em sua composição pelo menos três federações, mas excluídas estas individualmente, mesmo que sejam de âmbito nacional.<sup>44</sup> Tratando-se de entidades de classe de âmbito nacional, o STF criou um critério objetivo, mas utilizou como *discrímen*, e por analogia, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, para considerar somente aquelas entidades que possuam associados ou membros em pelo menos nove estados da federação, além de exigir que eles estejam ligados entre si através do exercício da mesma atividade profissional ou econômica.

Em relação às associações de associações que possuem pessoas físicas e jurídicas em uma composição heterônoma, o Supremo modificou sua jurisprudência, quando antes não admitia sua legitimidade para atualmente aceitá-la.

Mendes (2007, p. 306) critica esta dubiedade na jurisprudência do Supremo:

O esforço que o tribunal desenvolve para restringir o direito de propositura dessas entidades não o isenta de dificuldades, levando-o, à vezes, a reconhecer a legitimidade de determinada organização, para negá-la num segundo momento. Foi o que ocorreu com a Federação Nacional das Associações dos Servidores da Justiça do Trabalho, que teve sua legitimidade reconhecida na ADI n.37-DF, relativa à MP n. 44, de 30.3.89, colhendo, inclusive, a liminar requerida. Posteriormente essa entidade veio a ter sua legitimidade infirmada nas ADIn ns. 433-DF, 526-DF e 530-DF. Ainda que se possa reclamar a fixação de um critério preciso sobre tais conceitos vagos – “entidade de classe de âmbito nacional” e “confederação sindical” -, não há dúvida de que eles devem ser fixados pelo legislador, e não pelo Tribunal, no exercício de sua atividade de jurisdicional. O recurso à analogia, aqui, é de duvidosa exatidão.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, portanto, além de criar o mecanismo de filtragem da chamada pertinência temática para quatro dos legitimados previstos no atual texto constitucional, cria diversas exigências em relação às entidades sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

Tal postura demonstra uma visão restritiva por parte do Supremo Tribunal Federal da função política do controle concentrado de constitucionalidade, além de ser especialmente rigoroso contra os legitimados que possuem mais interesse em questionar a constitucionalidade de diversas normas, obrigando tais entidades *barradas* ainda no ingresso das ações a buscar seus direitos no controle difuso de

<sup>44</sup> ADI 505-7, RT 677/240.

constitucionalidade, fato que somente irá adiar a apreciação da matéria, diante da inevitável escalada recursal até chegar novamente ao próprio Pretório Excelso.

Além de impedir uma defesa objetiva da Constituição mais eficaz, a Suprema Corte cria certa insegurança jurídica diante da possibilidade de um futuro provimento definitivo que modifique o ordenamento, levando alguns anos para que a matéria possa ser decidida em definitivo pelo próprio STF. Ademais, contribui para que o Judiciário de primeira instância receba diversas demandas individualizadas nos diversos estados da federação, quando tudo poderia ser uniformizado através do efeito *erga omnes* e efeito vinculante próprios do controle concentrado de constitucionalidade.

Os legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão acabam exercendo uma função de *representar* toda a sociedade na defesa objetiva da Constituição. Trata-se, sem sombra de dúvida, do exercício de um poder que constrói direito<sup>45</sup>, a partir da provocação da Suprema Corte do país. Mesmo que aos nove legitimados para propor estas ações de controle abstrato não seja atribuída competência para, por si sós, inovarem no ordenamento jurídico e exercerem em plenitude um poder, diante do princípio da inércia do poder Judiciário, que impera no esquema constitucional brasileiro, o *poder-dever* de guardião da Constituição atribuído ao Supremo Tribunal Federal se torna condicionado perante a necessidade de provocação por parte de algum destes nove legitimados.

Tal percepção fica muito mais clara quando se percorre neste estudo a história do controle concentrado no Brasil e a grande limitação que representava o monopólio de propositura destinado ao procurador geral da República (PGR), especialmente no tempo em que este também representava os interesses da União. Este único legitimado tornava a atuação do Supremo Tribunal Federal, no que tange ao controle concentrado de constitucionalidade, extremamente limitado e condicionado a uma discricionariedade política por parte do PGR, que restringia a utilização deste tipo de controle e destinava-lhe um papel de coadjuvante na dinâmica política nacional, com pouca influência na conformação da vida social brasileira. Ainda mais diante do entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal

---

<sup>45</sup> Vide capítulo 2, subitem 2.1.3, no qual se demonstra como o atual direito brasileiro, através do poder Judiciário, inova no ordenamento jurídico de modo decisivo, aproximando o *modelo de direito brasileiro* a um de tradição *common law*.

Federal, na ordem constitucional pretérita, de que o procurador geral da República tinha a competência discricionária para decidir quais casos deveriam ser encaminhados à Suprema Corte, ao contrário do que muitos defendiam: que deveria ser uma competência vinculada diante de provocação legítima (presentes somente certas condições da ação) ao PGR.

A relevância deste poder de propositura toma destaque quando se analisa a atuação do Supremo Tribunal Federal nesta última década, demonstrando que a defesa da Constituição exercida pelo sistema difuso possui limitações quanto aos seus efeitos, que diminuem a repercussão política das suas decisões neste tipo de controle<sup>46</sup>.

Importante destacar também que existem limites institucionais da Corte em analisar determinadas matérias, mesmo que submetidas ao seu crivo jurisdicional, seja por conta da especificidade e complexidade da matéria<sup>47</sup> discutida no processo, seja pela repercussão ou *efeito sistêmico* das decisões judiciais, especialmente estudadas em âmbito científico pela análise econômica do direito.

Algumas matérias submetidas ao Supremo Tribunal Federal nestes últimos anos tiveram suas fundamentações balizadas por argumentos técnico-científicos e matérias fáticas não só de características complexas, mas também polêmicas, diante do antagonismo percebido pelas opiniões em torno dos casos.

Podem-se citar as decisões a respeito da legalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, da interrupção de gestação de fetos anencéfalos, da demarcação de terras indígenas (e.g. Raposa Serra do Sol), da ADPF 101/DF (que trata da possibilidade de importação de pneus usados ao Brasil).

---

<sup>46</sup> Fato que pode ser radicalmente modificado caso o Supremo Tribunal Federal torne vencedor o voto do relator, ministro Gilmar Ferreira Mendes, na reclamação 4335-5/AC, na qual este ministro pretende conceder efeitos *erga omnes* e vinculante também no controle difuso de constitucionalidade. Para uma crítica a esta eventual (diria provável) mudança, *vide* STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 out. 2010.

<sup>47</sup> Para ilustrar este argumento, cita-se um caso peculiar fora do Brasil, ocorrido em virtude do experimento científico do Grande Colisor de Hádrons (LHC, na sigla em inglês), organizado pelo CERN (Organização Europeia para Pesquisa Nuclear) na cidade de Genebra, na Suíça. Algumas ações judiciais foram propostas no sentido de tentar impedir a realização do experimento, sob o argumento de que este criaria *buracos negros* capazes de destruir não somente a cidade, mas também todo o planeta. Duas ações, uma nos Estados Unidos (Havai) e outra na Alemanha, foram rejeitadas pelas justiças americana e alemã, respectivamente. A primeira rejeitou a ação por considerar ausência de competência da justiça americana para decidir sobre o caso; já a alemã considerou que a autora (uma cidadã alemã que vivia a 220 km do experimento) não provou o risco alegado (ALEMANHA..., 2010).

Em todos estes casos, as pessoas e instituições que prestaram informações nestes processos apresentaram argumentos antagônicos, oferecendo dados muitas vezes incompatíveis entre si, todos na tentativa de melhor influenciar os ministros da Corte. Como exemplo, na ADPF nº 54, que tratou da interrupção de fetos anencéfalos, durante a audiência pública realizada no STF, alguns *especialistas* que eram contrários à possibilidade de interrupção da gestação nestes casos<sup>48</sup> afirmaram que não se poderia falar em ausência de vida destes fetos e que as afirmações de que a mortandade destes seres era de praticamente 100% não eram verdadeiras. Entretanto, outros *especialistas* e entidades representativas da área da saúde sustentaram exatamente o contrário, isto é, de que não se tratava, em verdade, de aborto, pois a anencefalia no feto significava, em última instância, ausência de viabilidade de vida.

Ademais, em casos de grande repercussão ambiental, como, das legislações estaduais que estabelecem a proibição da fabricação de amianto (ADI nº 3937-7/SP) e da importação de pneus usados (ADPF nº 101), o aspecto técnico da repercussão no meio ambiente é decisivo para valoração destas ações.

Não obstante, estas atuações da sociedade nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, algo que parece perceptível em uma análise destes casos, expandem o debate público em torno do tema questionado na Suprema Corte. Expansão esta que não se dá somente no viés ou perspectiva dos ministros do Tribunal.

O grupo social que se aventura em participar do procedimento no processo constitucional de controle concentrado, seja através da figura do *amicus curiae*, seja por meio das audiências públicas, também aumenta sua própria fronteira cultural, sendo *obrigado* a debater com grupos diferentes algo que muitas vezes somente é exposto de modo restrito ao seu círculo social.

---

<sup>48</sup> Como exemplo, o médico Rodolfo Acatauassu Nunes, que representou a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, sustentou diversas opiniões na referida audiência pública que foram rechaçadas pela decisão da Corte (ACATAUASSU, 2009). Esta prestigiou vencedor, em seu voto, a posição médico-científica das entidades de classe da categoria, como o Conselho Federal de Medicina e a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO). Estas últimas que, além de participarem da audiência pública, sustentaram o oposto do médico anteriormente citado, afirmando em nota que “A anencefalia constitui grave malformação fetal que resulta da falha de fechamento do tubo neural, cursando com ausência de cérebro, calota craniana e couro cabeludo. Estimativas apontam para incidência de aproximadamente um caso a cada 1.000 nascidos vivos. Cerca de 50% dos fetos anencéfalos apresenta parada dos batimentos cardíacos fetais antes mesmo do parto. Um pequeno percentual desses fetos anencéfalos apresenta batimentos cardíacos e movimentos respiratórios fora do útero, funções que podem persistir por algumas horas e, em raras situações, por mais de um dia. A anencefalia é, portanto, um processo irreversível, sem qualquer possibilidade de sobrevivência” (APÓS OITO ANOS..., 2011).

Como o *ambiente* do debate é um processo judicial, mesmo no caso das audiências, a linguagem e os argumentos expostos por estes novos atores acabam sendo direcionados para razões de interesse público. Argumentos que, para realmente vislumbrarem algum êxito em influenciar no julgamento, não podem se utilizar de preconceitos contra minorias (pelo menos não abertamente), argumentos ilógicos, reivindicações de cunho individualista, etc.

A abertura da participação no controle concentrado de normas cria um ambiente institucional semelhante a uma forma de *lobby*, elemento do qual se tratará mais adiante, mas que possibilita um diálogo pautado em regras procedimentais que expõem estes grupos para toda a comunidade. De modo que, para que não caiam em descrédito perante a opinião pública, são direcionados a uma necessária adequação da linguagem e busca de razões de interesse público nos debates travados, sempre tendo como parâmetro a interpretação do texto da Constituição, de acordo com seus princípios.

Outra consequência é a salutar institucionalização de um espaço de debate público plural, no qual os diferentes grupos podem identificar limites de suas reivindicações, diante da convivência com formas distintas de ver a realidade cultural apresentada, pela repercussão social das intervenções realizadas e pelos limites do próprio documento jurídico que é a Constituição.

Esta atuação acaba se tornando de vital importância quando se trata de trazer ao processo elementos fáticos decisivos na interpretação das normas constitucionais, mesmo se tratando de controle *abstrato* de normas. Com efeito, a contribuição quanto aos elementos fáticos e técnicos realizada pela sociedade que se mobiliza para intervir no controle concentrado de constitucionalidade se torna elemento-chave para compreender sua capacidade de influenciar na Corte, mas também possui a finalidade de *disputar* valores na sociedade e, eventualmente, tentar modificar a própria constituição através de emendas ao seu texto.

Em outro momento que será desenvolvido adiante, mostrar-se-á que a participação da sociedade no processo de controle concentrado, ajudando no fornecimento de dados da realidade, pode contribuir para certo controle social a respeito daquilo que é considerado relevante nas decisões do STF nestas ações diretas. A qualidade e a credibilidade destas informações são elementos de extrema importância para uma correta interpretação constitucional, fato que amplia os



argumentos para a defesa desta participação na jurisdição constitucional concentrada.

Assim, necessário verificar se é possível a apreciação de fatos dentro de um controle que é tradicionalmente classificado como abstrato e objetivo, isto é, considerado um controle que confrontaria somente norma paradigma (constituição) com norma paragonada (norma ou ato questionado). A partir desta constatação, averiguar eventuais papéis desta discussão de fatos no controle concentrado, sua pluralização, de modo que se possa aprimorar esta participação diante de problemas identificados.

#### **4.1 A possibilidade da discussão de *circunstância de fato* no controle concentrado de constitucionalidade: a interpretação do § 1º, art. 9º, da Lei 9.868/99**

No ordenamento jurídico brasileiro, existem dois sistemas de controle repressivo de constitucionalidade, ambos exercidos pelo poder Judiciário. Um difuso-concreto e outro concentrado-objetivo. O primeiro, difuso, de inspiração norte-americana, no qual é atribuída competência a todos os juízes, em qualquer grau de jurisdição, para avaliarem a legitimidade constitucional das normas infraconstitucionais diante de um caso concreto. É de natureza difusa, pelo fato de não ser atribuição de um único magistrado ou órgão, e concreto, pela circunstância de ser realizado à luz de um caso concreto submetido ao judiciário. Sempre a questão constitucional, neste tipo de controle, restringe-se a uma questão prejudicial da *quaestio juris*, objeto de interesse da parte, ou seja, para atingir o bem da vida visado no processo, deve-se enfrentar a legitimidade constitucional de norma que eventualmente sustenta ou inviabiliza o direito da parte.

A defesa da norma ou sua condenação poderá implicar decisivamente no resultado final do litígio, de modo que a parte terá interesse específico de que a norma seja declarada legítima ou não em comparação com a Constituição, para que seu objetivo final de vencer a lide seja alcançado.

Importante observar que, neste tipo de controle difuso e concreto, como a questão constitucional é uma prejudicial, a avaliação da legitimidade da norma poderia, em hipótese, ser avaliada através de um cotejo entre a norma questionada e a Constituição, sem que fosse necessário imiscuir-se em questões fáticas do caso

concreto. Tanto é verdade que, em alguns sistemas de controle de constitucionalidade, como o da Itália e da Alemanha, o processo é iniciado na primeira instância e, caso haja questionamento, pela parte ou pelo juiz, a respeito da legitimidade constitucional de alguma norma, o processo é suspenso e a questão constitucional é encaminhada à Corte Constitucional e, somente após a decisão desta, é que a lide será resolvida pelo juiz, já aplicando o entendimento constitucional superior (CUNHA JR., 2010, p. 286).

Algo semelhante está presente no processo civil comum brasileiro, no controle difuso de constitucionalidade, por meio do chamado *incidente de inconstitucionalidade*, procedimento previsto nos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil (1973) e em prestígio ao artigo 97 da Constituição Federal de 1988, diante da *cláusula de reserva de plenário*. Em resumo, caso surja a questão de inconstitucionalidade diante do órgão fracionário de um Tribunal, há duas possibilidades: (I) caso se trate de tese plenamente inviável, ocorrerá a sua superação, prosseguindo o órgão fracionário nas demais etapas necessárias ao julgamento do processo ou recurso; (II) noutro caminho, caso seja avaliado pelo órgão fracionário a viabilidade da alegação de inconstitucionalidade, cabe a ele sustar o julgamento da causa principal e encaminhar a questão de inconstitucionalidade para o Pleno ou Órgão Especial da própria Corte, aguardando a sua resolução. Com o término da apreciação da questão de inconstitucionalidade, haverá o encaminhamento deste entendimento do Pleno ou Órgão Especial, a respeito da questão constitucional, de volta ao órgão fracionário, que ficará autorizado, então, a prosseguir o julgamento da causa principal. Não haverá a instauração de tal procedimento caso já exista prévio entendimento do próprio Tribunal (por seu Pleno ou Órgão Especial) ou do STF a respeito da matéria, isto com fins de dar celeridade aos processos, evitando que assuntos repetidos sejam inúmeras vezes apreciados pelo mesmo órgão.

Assim, hipoteticamente, cingem-se no procedimento aspectos fáticos, que seriam apreciados pelo órgão fracionário, e a questão constitucional, supostamente restrita ao aspecto jurídico, que seria julgada por colegiados distintos.

Esta possibilidade de avaliação somente da norma questionada e seu paradigma, ausente de aspectos fáticos, mesmo sendo algo rotineiramente afirmado em determinados casos, torna-se despiciendo diante da dinâmica processual ordinária. Toda a argumentação das partes no sentido de invalidar ou defender a

norma infraconstitucional gira em torno do caso concreto e dos fatos subjacentes às demandas dos interesses em disputa. Assim, a avaliação fática, valoração das provas, perícias e demais informações técnicas são determinantes para que a norma infraconstitucional seja inserida em um contexto interpretativo único, de modo que a norma paradigma (Constituição) não seja avaliada como um documento isolado de interferências externas.

Neste ponto, não há muita divergência, pois é recorrente na doutrina e jurisprudência a aceitação da livre valoração (livre convencimento motivado) das provas pelo juiz no caso concreto e de sua liberdade na fundamentação dentro do controle de constitucionalidade rotineiramente exercido no sistema difuso.

O próprio Código de Processo Civil (BRASIL, 2011c), de certa maneira, abraça esta separação de *questão de fato* e *questão de direito* em alguns de seus artigos, como os que tratam da revelia (art. 319), do julgamento antecipado da lide (art. 330), da questão do sobrestamento dos recursos extraordinário e especial (artigos 543-B e 543-C), também a previsão do art. 285-A, que permite a reprodução de sentença caso a *matéria controvertida seja unicamente de direito* e existam outras sentenças no mesmo sentido, assim como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, através de sua súmula número 07, que impede o *simples reexame de provas* por parte deste tribunal, como se fosse possível apreciar somente a aplicação do direito federal sem revalorar fatos e provas.

Muitas vezes, a questão fática está presente nestes processos nos quais, por exemplo, é permitido o julgamento antecipado da lide, mesmo quando uma leitura apressada dê a falsa impressão de que pode existir uma causa exclusivamente de direito. Afirma o artigo 330 do CPC: “Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I- quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; [...]” (BRASIL, 2011c, p. 22).

Nestes casos, trata-se de um equívoco pensar que o julgamento possa efetivamente ser realizado sem que algum suporte fático esteja inserido na análise da norma, e que representaria toda a controvérsia simplesmente a *questão de direito*. Neste sentido, Didier Jr.(2011, p. 541) diz:

Não há questão de mérito que seja “unicamente de direito”, como está escrito no inciso I do art. 330 [CPC]. O fenômeno jurídico não prescinde do suporte fático, sobre o qual incide a hipótese normativa. As hipóteses

previstas no inciso I podem ser resumidas em uma: é possível o julgamento antecipado quando não for necessária a produção de provas em audiência, ou seja, quando a prova exclusivamente documental for bastante para a prolação de uma decisão de mérito.

Assim, quando o código afirma que o mérito está restrito à *questão de direito*, significa, em verdade, que não existem fatos controvertidos, não sendo necessário procedimento específico para produção de prova, ficando permitido ao juiz decidir a lide baseado naquilo que foi afirmado pelas partes e através dos documentos já presentes nos autos. Com efeito, esta consideração pode ser estendida àquelas outras hipóteses presentes no código de processo civil citadas, como na questão da revelia, na qual os fatos serão presumidos verdadeiros (com algumas exceções, art. 320); a reunião de recursos *representativos da controvérsia* (art. 543-C) quando idêntica a *questão de direito*; e a reprodução de decisões sem que haja controvérsias sobre os fatos (art. 285-A). Em todos estes casos, ocorre de modo semelhante o que foi exposto acima, ou seja, a aparente separação estanque entre *questão de direito* e *questão de fato*. Tal situação representa, na verdade, uma desnecessidade de produção de prova, sendo a questão fática elemento incontroverso por opção das partes ou diante de eventual preclusão do direito de produzir aquela prova.

Em relação ao recurso extraordinário, instrumento recursal próprio do controle difuso-concreto de constitucionalidade, além da tendência de sua abstrativização, diante da necessidade de demonstração da chamada *repercussão geral* (art. 543-A, CPC) e da possível mudança de jurisprudência do STF, que pretende conferir eficácia geral e efeito vinculante também no controle difuso<sup>49</sup>, o STF também restringe o conhecimento desse recurso ao aspecto jurídico estrito de violação da Constituição, não admitindo o reexame de provas, nos termos da súmula 279 do STF<sup>50</sup>. Isto no procedimento do processo civil comum, previsto no Código de Processo Civil, que regula também a sistemática do controle difuso de constitucionalidade.

A partir de 26 de novembro de 1965, através da Emenda Constitucional nº 16, que modificou a Constituição brasileira de 1946, foi inaugurado no Brasil o controle concentrado de constitucionalidade, que pretendia também ser um

<sup>49</sup> Ver nota de rodapé nº 46 (p. 95) deste estudo.

<sup>50</sup> Mesmo esta súmula tendo sido editada antes da vigência da Constituição de 1988, ela continua válida para a atual jurisprudência do STF, neste sentido: ARE 677715 AgR/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa (publicação 19-06-2012) e RE608817 AgR/MS, Rel. Min. Luiz Fux (publicação 21-06-2012).

instrumento de controle objetivo da Constituição, ou seja, a avaliação da norma seria debatida em tese, sem interesses subjetivos em disputa. O grande objetivo desta reforma no sistema de controle de constitucionalidade nacional, entretanto, era o de garantir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante<sup>51</sup>, com fins de ampliar a repercussão destas decisões e garantir mais segurança jurídica ao ordenamento.

Neste estudo, estes aspectos de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante não possuirão tanta relevância, a não ser para o reconhecimento de que o efeito vinculante, por dar repercussão jurídica à parte de fundamentação da decisão, acaba por trazer mais força jurídica e política ao Supremo Tribunal Federal nas ações diretas, assim como pode criar a situação de empregar força de *coisa julgada* a uma parte da decisão na qual estão presentes elementos fáticos interpretados conjuntamente com as normas do ordenamento jurídico. Assim, o que mais nos interessa neste momento é investigar como o controle de constitucionalidade nas ações diretas é considerado objetivo e abstrato.

Tradicionalmente, o chamado controle concentrado de constitucionalidade, que no Brasil também é classificado como sendo do tipo *abstrato* e *objetivo*, não pode ter como objeto algum caso concreto e, portanto, elementos fáticos que ordinariamente estão presentes em lides comuns, não devem ser *contaminados* com elementos estranhos ao confronto abstrato de norma constitucional *versus* norma infraconstitucional.

Toda esta tentativa de distinguir *fato* e *direito*, a *vida* separada do *direito*, advém de concepções marcantes na doutrina jurídica que cumpriram um papel em

---

<sup>51</sup> Alguns autores consideram que efeito vinculante e eficácia contra todos (*erga omnes*) representam conceitos idênticos, como parece defender José Afonso da Silva (2005, p. 54). Entretanto, considera-se, neste estudo, que são aspectos distintos presentes nas decisões de ações diretas. O efeito *erga omnes* possui força apenas diante da parte dispositiva da decisão. A eficácia é contra todos apenas no comando que declara, que ordena, que dá a solução para o litígio no caso em análise da ação direta; sua força, restrita ao dispositivo, compromete todos (menos o legislador), e não somente as *partes* na ação direta. Já o efeito vinculante diz respeito aos motivos determinantes que levaram aquela decisão a ser tomada. É vincular aos órgãos e instituições que a lei estabelecer em relação a este conteúdo material da decisão. Assim, o efeito vinculante possui implicação em relação ao fundamento da decisão, enquanto o efeito *erga omnes* corresponde à imposição contra todos da sentença final da parte dispositiva da decisão proferida. Neste sentido, Mendes (2007, p. 450) diz: “[...] com o efeito vinculante pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado”.

determinado momento da história científica do direito. A partir de ideias iluministas, o homem medieval afastou-se de seus mitos para colocar na ciência emergente a certeza e a segurança na tarefa de busca pela verdade. Neste sentido, o direito foi alçado a certo idealismo abstrato, o que impossibilitou um alcance dos fatos e da vida ao seu conteúdo. Quando do nascimento do Estado moderno, esta concepção era conveniente, pois tornaria a lei verdade inquestionável, livre de elementos estranhos, lei e direito eram praticamente sinônimos (SANTOS, 2006, p. 80).

Para manter esta distinção abstrata e ideal entre direito e fatos, o método interpretativo defendido era o silogístico-subsuntivo, no qual o direito era realizado a partir de uma operação simples de premissa maior acoplada sobre uma premissa menor, onde a primeira era a lei e a segunda os fatos subjacentes. Com isso, o direito era supostamente pré-existente à sua aplicação. Cabia ao juiz não a tarefa de criar direito, mas simplesmente de aplicar a fórmula silogística, garantindo assim a proeminência do poder Legislativo como único legítimo criador de direito, em prestígio ao dogma revolucionário da *separação de poderes*.

Critica fortemente esta posição Santos (2006, p. 84):

E é justamente esse olhar sobre a prestação jurisdicional a partir do pensamento binário e, portanto, matemático, que se tornou verdade, construída a partir de uma crença ideológica em um direito seguro desde que representado pela e na lei. Tal quadro revela o que Henkel chamou de receio de equidade. De tal modo, enquanto o Direito, e por consequência o processo civil, estiverem absorvidos por tal ideologia, covarde e anti-dialética por excelência, remanescerá o pensamento dualista da questão de fato e da questão de direito.

Esta distinção estática possui implicações inclusive quanto ao direito probatório, como assenta Knijnik (2012, p. 4):

A propósito, como está assente, durante o largo tempo em que dominou o positivismo jurídico, fato e direito, no contexto da decisão jurídica, eram vistos a partir de um enfoque estático, imóvel. A ideia de “subsunção”, largamente dominante, apoiada no silogismo puro, como modelo não apenas descritivo, mas explicativo da aplicação do direito, pressupunha, efetivamente, a heterogeneidade e a independência dessas duas questões. Heterogeneidade, porque uma (a questão de fato) não se poderia confundir com outra (a questão de direito); e independência, porque ambas poderiam ser, não apenas isoladas, como, sobretudo, examinadas isoladamente, cada qual com o seu instrumental próprio. Assim, numa estrutura tipicamente silogística, o Juiz deveria estabelecer a norma aplicável ao caso concreto e, numa operação separada e distinta, o fato controvertido, procedendo, em seguida, à subsunção do fato à norma. Consequência: ao direito probatório, assim, só restava a função, quase que extrajudicial, de introduzir o fato no silogismo judiciário, uma função, por certo, marginal.

A concepção que enxerga uma distinção estanque entre fato e direito abarca uma teoria do direito *livre* de outros aspectos sociais e à margem da conflituosa convivência social. Como se o direito pudesse ser apreendido como objeto de estudo sem interferências culturais de outros matizes. Percebe-se neste ponto um entrelaçamento entre diversos aspectos abordados neste estudo, desde a concepção rígida de separação de poderes, a relação material entre realidade social e norma constitucional, eficácia das normas no plano sociológico e, por fim, esta distinção estanque entre fato e direito, que reflete aquelas mesmas estruturas teóricas criticadas nesta investigação.

Utilizar a distinção entre fato e direito em um contexto de técnica de decisão judicial, ou até mesmo com fins pedagógicos, pode possuir certa utilidade quando analisado do ponto de vista estritamente semântico, quando admissível que sejam adotadas expressões linguísticas como *proposição de fato*, como ato descritivo de uma ocorrência, em oposição a uma *proposição de direito*, para afirmar um enunciado jurídico. Entretanto, defender que seja possível a apreensão do direito sem a consideração de fatos concretos, de elementos históricos, econômicos e sociais deixa clara uma concepção de direito extremamente restrita e que acarreta uma interpretação (aplicação) descontextualizada que esconde uma visão do intérprete a respeito de algo essencial para a formação de seu convencimento, impedindo inclusive certo controle do que foi decidido.

Não se trata de invalidar certa visão do direito como *dever-ser* e a realidade como *ser*. Em verdade, a lei (enunciado normativo) pode representar o *dever-ser* abstratamente considerado, mas a aplicação do direito, através da interpretação, não pode prescindir da realidade (o *ser*). Assim, por questão de coerência, cabe lembrar que, na primeira parte deste estudo, se partiu do pressuposto de que a norma *surge* a partir da interpretação, aceitando a distinção entre enunciado normativo e norma. Esta, com efeito, representa o fruto do ato de interpretação já realizado, resultado da aplicação do enunciado normativo, pois toda aplicação de texto legal é produto da interpretação. Assim, “[...] toda aplicação de leis já representa por si mesma um ato interpretativo” (BONAVIDES, 2003, p. 438).

Sobre o prisma hermenêutico, Knijnik (2004) entende duas importantes noções teóricas que desconstroem esta separação estanque entre direito e fatos.

Uma é a ideia de *espiral hermenêutica*, segundo a qual a interpretação do direito insere-se em uma atividade dinâmica:

[...] em que se circula das premissas menores às maiores, diversas vezes e sucessivamente, até se conformarem fato e direito naquilo que, apenas descritivamente, ou seja, em sua forma ou aparência externa, será um silogismo. Aqui a formulação do juízo de fato e do direito a aplicar são conjunta e reciprocamente elaborados, um exercendo grande influência sobre o outro, num intenso movimento da norma ao fato, do fato à norma, até chegar-se ao produto final. (KNIJNIK, 2004, p. 5).

Esta influência recíproca faz com que o *fato* não seja inserido no processo simplesmente pela prova, em *estado bruto*, mas já transformado pela norma jurídica que decidirá o caso concreto. A relação é dialética, de modo que a fusão destas dimensões no ato interpretativo não permite uma cisão dos elementos.

A outra é a da *pré-compreensão*, posição na qual reconhece que o jurista, ao se deparar com a tarefa de interpretar uma norma ou um contrato, enfrenta-a com toda a sua experiência de vida, com todo o seu saber acerca do fenômeno jurídico previamente construído. Ocorre uma *antecipação de significado*, denominada pré-compreensão (KNIJNIK, 2012, p. 6). Assim, remete esta ideia da pré-compreensão “[...] à referência valorativa do juízo fático, reclamando uma verificação suficientemente aberta das implicações, ponderações e horizontes eventualmente considerados pelo juiz na sua identificação” (KNIJNIK, 2012, p. 6).

Com efeito, a ideia de separação estática entre fato e direito merece ser superada, diante da impossibilidade de uma abordagem epistemológica de cada uma destas dimensões quando do momento de interpretação do direito. Uma abordagem hermenêutica correta sobre esta interação traz, inclusive, novas preocupações no que se refere à possibilidade de controle das decisões judiciais, elemento que motivou a abordagem deste tema, diante da força política das decisões judiciais no momento do controle concentrado de constitucionalidade.

Neste sentido, relacionando esta superação da dicotomia entre fato e direito e mostrando sua repercussão no controle das decisões judiciais assevera Knijnik (2012, p. 6):

Mas no momento em que se preconiza a superação do modelo positivista – sem que isso, sob hipótese alguma, signifique o abandono da positividade do direito e sem que, por igual, represente uma absorção do fato ao direito – bem como o abandono das concepções político-jurídicas que lhe estavam implicadas, obviamente o juízo fático volta a merecer, também ele, um



instrumental jurídico mais adequado à sua realidade e à posição que assume no contexto da decisão judiciária. Em síntese, se o fato não mais é independente do direito, nem pode ser construído com total abstração das categorias jurídicas, é sinal de que ele está a reclamar um instrumental jurídico de controle.

A partir desta constatação, é preciso analisar como a doutrina que estuda o processo constitucional e o controle concentrado brasileiro tem se posicionado diante da questão da possibilidade de discussão de fatos nestas ações, assim como observar o movimento da jurisprudência em torno do assunto.

Como já afirmado, tradicionalmente, o controle concentrado de constitucionalidade das normas no Brasil é classificado como *abstrato*. Nesse controle, não seria permitida a discussão de casos concretos ou de fatos, restando apenas uma avaliação em tese da legitimidade das normas questionadas nestas ações.

A compreensão de que o processo do tipo objetivo tem como escopo o controle abstrato-concentrado de constitucionalidade e que este não tem como objeto algum caso concreto, aparentemente representa uma ideia consensual entre a ampla maioria da doutrina jurídica em torno do tema (TAVARES, 2012, p. 162). Como esta posição reconhece que o controle abstrato-concentrado de constitucionalidade dispensa situações concretas, o tipo de processo realizado (objetivo) – instrumento daquele tipo de controle – também deveria ignorar situações concretas, os *fatos*. Segundo Tavares (2012, p. 162), este foi “[...] o 'salto' de raciocínio que se fez, para se chegar a postular uma imunidade do abstrato em relação ao concreto, em termos de controle de constitucionalidade”.

Para esta conclusão (confusão), também foi decisiva a divisão entre os dois modelos principais de controle de constitucionalidade. Por questão de coerência lógica, o modelo desenvolvido em contraposição ao do tipo difuso-concreto não poderia admitir a análise do concreto, inclusive, pela consideração de Kelsen (2007, p. 305) de que o ato de invalidar uma norma considerada inconstitucional por parte da Corte Constitucional representaria um ato de legislação negativa. Assim, não era adequado ao legislador-negativo imiscuir-se em litígios concretos para o reconhecimento da ilegitimidade de uma norma em relação à Constituição em abstrato, inclusive com fins de evitar a *interferência política* indevida de disputas concretas quando da análise objetiva da Constituição.

Assim, aliando esta situação da contraposição mal delineada entre os dois modelos *clássicos* de controle de constitucionalidade, com a tradição processual brasileira de cindir as questões de fato das questões de direito, formou-se uma jurisprudência no Supremo Tribunal Federal que aprofundou esta confusão conceitual no que tange à possibilidade da apreciação de fatos no controle concentrado de constitucionalidade das normas.

Um dos primeiros julgamentos paradigmáticos a respeito desta restrição à apreciação do concreto no controle concentrado (TAVARES, 2012) foi realizado em 1979, mediante representação 1.016, j. 20-9-1979, tendo como relator o ministro Moreira Alves (1979 *apud* TAVARES, 2012, p. 162), afirmando que o processo objetivo estaria “[...] a visar ao julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas da validade da lei em tese”.

No mesmo sentido, diversas decisões do Supremo Tribunal Federal reafirmaram esta posição:

Não é admissível, também, discutirem-se, em ação direta de inconstitucionalidade em abstrato, fatos que não decorram objetivamente do ato impugnado. Ação não conhecida, ficando, em consequência prejudicado o pedido de liminar - ADI nº 1.496, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 18.05.2001. (BRASIL, 2001, p. 3).

O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. *O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade.* A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a 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 interesse e legitimidade - ADI 2551/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 20.04.2006). (BRASIL, 2006, p. 7, grifo nosso).

É fato incontestável que a ADIN não cogita da defesa de esfera de interesses privados, o que pressupõe a defesa de situações subjetivas. Ao contrário, temos aqui um processo sem partes, unilateral, cuja admissão está vinculada a uma necessidade pública do controle abstrato de normas, preservando-se a harmonia e a unidade da ordem jurídica. *Não se decide, aqui, sobre uma relação jurídica concreta, mas acerca da validade de, em tese, de uma lei ou de ato normativo* - ADI 3908/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Cita também: STF, ADIN/MC 1314/SP, Rel. Min. Celso de Mello, ADIN 1658/PA, Rel. Min. Carlos Mário Velloso. DJ de 30.08.2008). (BRASIL, 2008b, p. 3, grifo nosso).

Como se percebe, o Supremo Tribunal Federal afirma de modo categórico que no controle concentrado de constitucionalidade não há espaço para o debate de fatos ou de elementos concretos, daí que se pode considerar esta uma jurisprudência consolidada. Ocorre, portanto, uma filtragem neste tipo de ação para que o debate da validade de alguma norma que eventualmente esteja em desconformidade com a Constituição ocorra *em tese*.

Acontece que, em diversas situações, a valoração do concreto se torna elemento imprescindível para que se decida a legitimidade de uma norma constitucional, mesmo em se tratando de ação direta. Como exemplo flagrante desta inevitabilidade, cita-se como exemplo a ADPF nº 186/DF, na qual se decidiu a respeito da legitimidade das cotas raciais em universidades públicas brasileiras<sup>52</sup>.

Nesta ação, em seu início, foi arguida preliminar defendendo a conexão desta ADPF nº 186 com a ADI 3.197/RJ, na qual está presente a mesma causa de pedir. Para afastar esta conexão, contudo, o relator, ministro Ricardo Lewandowski, afirmou o seguinte em seu voto<sup>53</sup>:

Afasto, igualmente, o argumento de que haveria conexão entre esta ADPF e a ADI 3.197/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, por ostentarem ambos os feitos a mesma causa de pedir, qual seja, a inconstitucionalidade do sistema de cotas para negros nas universidades públicas. É que, conforme *remansosa jurisprudência desta Corte, as ações de índole abstrata, por definição, não tratam de fatos concretos, razão pela qual nelas não se deve, como regra, cogitar de conexão, dependência ou prevenção relativamente a outros processos ou julgadores*. Com efeito, ao decidir sobre hipótese semelhante, em 6/10/2004, envolvendo a ADI 3.259/PA, Rel. Min. Eros Grau, e a Rcl 2.687/PA, Rel. Min. Marco Aurélio, o Min. Nelson Jobim, então Presidente do STF, assim se pronunciou: “*Ocorre que a ação direta de inconstitucionalidade é um processo objetivo, que visa declarar a inconstitucionalidade de lei ou de um ato normativo, abstratamente, prescindindo, portanto, da existência de um fato concreto. Não há que se falar aqui, em face da natureza desta ação, em dependência, prevenção, em relação a outros processos*”. (BRASIL, 2009a, p. 2, grifo nosso).

Ocorre que nesta ação, em todo seu desenrolar, os fatos subjacentes à questão central das cotas raciais foram, além de levantados na petição inicial, indispensáveis para as fundamentações das decisões dos ministros que julgaram, por unanimidade, pela improcedência da ação em 26 de maio de 2012.

<sup>52</sup> Não é objetivo deste estudo analisar, criticar ou valorar a decisão de mérito deste ou de outros exemplos de decisões. Busca-se, nesta investigação, trazer estes exemplos para demonstrar que fatos e elementos concretos são fundamentais tanto para propositura quanto para fundamentação destas decisões. Assim, este estudo se restringirá a estes aspectos.

<sup>53</sup> Voto disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2012.

Na petição inicial desta ADPF nº 186, proposta pelo partido político DEM, já ficou muito claro que, em toda sua argumentação, o aspecto fático seria o elemento decisivo para a valoração da legitimidade das cotas raciais. No item II da petição inicial<sup>54</sup>, no qual a advogada subscritora Roberta Kaufmann escolheu para tratar do mérito da ação, ou seja, dos preceitos fundamentais violados, elencou os seguintes pontos:

1. Considerações iniciais; 2. Sobre a inexistência de raças. O racismo e a opção pela escravidão negra; 3. O perigo da importação de modelos. Os exemplos de Ruanda e dos Estados Unidos da América; 4. A manipulação dos indicadores sociais envolvendo a raça; 5. Sistemas de classificação racial; 6. A análise do programa afirmativo da UnB sob a ótica do princípio da proporcionalidade. (BRASIL, 2009b, p. 3).

Pelo que se depreende dos tópicos traçados quando da análise de seus conteúdos, verifica-se que a argumentação é inteiramente relacionada a aspectos fáticos concretos ou abstratos, como: aspectos técnico-científicos, abordagens antropológicas e sociológicas, atos administrativos específicos de implantação de cotas raciais, etc. É preciso advertir que, quando se fala de aspectos fáticos, estes podem ser concretos, como, por exemplo, a afirmativa de que x por cento de candidatos que tentaram ingressar no sistema de cotas na universidade y obtiveram sucesso; mas podem ser também abstratos, como o afirmado na petição inicial desta ADPF nº 186 pelo DEM: “[...] é preciso esclarecer e repetir: geneticamente, raças não existem. Nos últimos 30 anos estabeleceu-se um consenso entre os geneticistas: os homens são todos iguais” (BRASIL, 2009b, p. 3).

No voto vencedor por unanimidade, o ministro relator em diversas passagens fundamentou sua posição baseado em fatos concretos e elementos da realidade para decidir pela constitucionalidade das cotas étnico-raciais, como nas seguintes:

Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável *realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos*. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade. (BRASIL, 2009b, p. 8, grifo nosso).

---

<sup>54</sup> Peça completa disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400108&tipo=TP&descricao=ADPF%2F186>>. Acesso em: 27 mai. 2012.

*Na presente ação, o que se questiona, basicamente, é a metodologia de reserva de vagas, empregada para superar a desigualdade étnico-racial ou social dos candidatos à universidade pública, em especial os fundamentos sobre os quais ela se assenta. (BRASIL, 2009b, p. 14, grifo nosso).*

De fato, critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes. *Os principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente. Essa situação afigura-se ainda mais grave quando tal concentração de privilégios afeta a distribuição de recursos públicos. (BRASIL, 2009b, p. 8, grifo nosso).*

Cita-se ainda, na decisão, Vieira (2007):

Por fim, a terceira consequência está associada ao resultado deste investimento público, chamado sistema universitário, em termos de erradicação da pobreza e da marginalização. [...] *pelos dados do MEC, o número de negros que conquistam o diploma universitário limita-se a 2%. Isto significa que os postos de comando, seja no setor público, seja no setor privado, [...] ficarão necessariamente nas mãos dos não negros, confirmando mais uma vez nossa estrutura racial estratificada. (BRASIL, 2009b, p. 17, grifo nosso).*

No ponto mais polêmico, qual seja, a questão da utilização de critérios raciais como *discrímen*, novamente os dados fáticos se sobressaem:

Cumprir afastar, para os fins dessa discussão, *o conceito biológico de raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério, porquanto se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores. (BRASIL, 2009b, p. 20, grifo nosso).*

*Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita. (BRASIL, 2009b, p. 21, grifo nosso).*

Para completar a ilustração do argumento de que os fatos, dados da realidade e elementos concretos, muitas vezes, são centrais nas ações diretas, especialmente nesta ação, o voto do ministro relator traz como fundamento um extenso estudo estatístico do IBGE, nos seguintes termos: “Essas assertivas teóricas são constatadas empiricamente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, nos seguintes termos [...]” (BRASIL, 2009b, p. 23), para em

seguida juntar este importante estudo do IBGE<sup>55</sup>. Um dos dados escolhidos para justificar a legitimidade das cotas étnico-raciais trazidos neste estudo afirma que:

A proporção de estudantes de 18 a 24 anos de idade que cursam o ensino superior também mostra uma situação em 2009 inferior para os pretos e para os pardos em relação à situação de brancos em 1999. Enquanto cerca de 2/3, ou 62,6%, dos estudantes brancos estão nesse nível de ensino em 2009, os dados mostram que há menos de 1/3 para os outros dois grupos: 28,2% dos pretos e 31,8% dos pardos. (BRASIL, 2009b, p. 25).

Importante aspecto neste exemplo da ADPF 186, mas que pode ser estendido a qualquer outra ação direta que possua em seus objetos conflitos que possuam decisivos aspectos técnicos, teorias científicas, enfim, dados empíricos dos mais diversos matizes, é a questão do *contraditório*.

De que maneira algum dos ministros do Supremo, o Procurador Geral da República, o Advogado Geral da União, algum legitimado (todos do artigo 103 da CR/88) que tenha provocado a jurisdição constitucional concentrada, ou até mesmo eventual *amicus curiae*, poderá contestar estes ou qualquer outro *documento*<sup>56</sup> utilizado por um dos ministros para fundamentar sua decisão?

Imaginemos que este estudo do IBGE, utilizado na fundamentação da decisão da ADPF nº 186, ou outro estudo utilizado, após o julgamento, descubra-se adulterado, falso, incorreto, metodologicamente equivocado. Qual seria a repercussão jurídica para a força da coisa julgada nestas ações? Destaque-se que o art. 26 da Lei 9.868/99 veda expressamente ação rescisória nas ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade, assim como o artigo 12 da Lei 9.882/99 também impede a utilização deste tipo de ação no procedimento da ADPF. Poder-se-ia argumentar que caberia uma *querela nullitatis*<sup>57</sup>?

<sup>55</sup> O estudo completo está disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicao-de-vida/indicadoresminimos/sinteseindicisociais2010/SIS\\_2010.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicao-de-vida/indicadoresminimos/sinteseindicisociais2010/SIS_2010.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2011. Os dados selecionados pelo ministro e colacionados no voto, mesmo estes sintetizados, são muito extensos. Neste sentido, é mais adequado inserir este importante trecho do voto, que ajuda a fundamentar a tese neste estudo, no final do trabalho, no anexo I.

<sup>56</sup> *Documento* em um sentido mais amplo possível, ou seja, qualquer coisa que exprima uma informação relevante, não importando a sua natureza. Pode ser desde uma pesquisa de dados, até mesmo uma foto, objeto, etc., pelo qual se possa extrair alguma informação.

<sup>57</sup> A *querela nullitatis* possui normalmente a função de atacar sentença em que haja vício insanável no ato citatório. Construção jurisprudencial, não se trata de um recurso, mas de uma ação para anular este vício insanável. O STJ normalmente não admite sua impetração caso não seja a hipótese de vício insanável na citação. Entretanto, parte da doutrina e jurisprudência já falam em *querela nullitatis insanabilis* para reconhecer um número maior de possibilidades de manejo deste tipo de ação anulatória. Neste sentido, o Resp. 1252902/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Dje 24/10/2011: “O cabimento da *querela nullitatis insanabilis* é indiscutivelmente reconhecido em caso de defeito ou ausência de citação, se o processo correu à revelia (v.g., CPC, arts. 475-L, I, e 741, I). Todavia, a

Com efeito, essencial que dois aspectos sejam desenvolvidos a partir destes questionamentos no processo constitucional concentrado: 1) garantir o direito de participação da sociedade nesta *instrução* do processo concentrado, com fins de controle social daquilo o que é decidido nestas ações; e 2) criar mecanismos processuais de *contraditório*, para que estes diversos dados inseridos no procedimento das ações diretas, que ingressam no procedimento sem nenhuma sistematicidade ou racionalidade, sejam mais bem avaliados sob o crivo do contraditório, para garantir uma melhor confiabilidade e qualidade destes dados.

Em diversas outras ações, o STF se valeu intensamente de dados estatísticos, teorias científicas, estudos das mais diversas áreas, como da biologia ambiental, reprodução humana, dados econômicos, antropologia, para decidir e fundamentar o conteúdo de suas decisões em ações concentradas de controle de constitucionalidade. Podem-se rapidamente citar algumas:

- 1) ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, que julgou as uniões homoafetivas, reconhecendo-as como entidade familiar. Nesta ação, a questão central era a definição de *família* albergada pela Constituição. Diversas entidades, com pensamentos diametralmente opostos<sup>58</sup>,

---

moderna doutrina e jurisprudência, considerando a possibilidade de relativização da coisa julgada quando o *decisum* transitado em julgado estiver eivado de vício insanável, capaz de torná-lo juridicamente inexistente, tem ampliado o rol de cabimento da *querela nullitatis insanabilis*. Assim, em hipóteses excepcionais vem sendo reconhecida a viabilidade de ajuizamento dessa ação, para além da tradicional ausência ou defeito de citação, por exemplo: (i) quando é proferida sentença de mérito a despeito de faltar condições da ação; (ii) a sentença de mérito é proferida em desconformidade com a coisa julgada anterior; (iii) a decisão está embasada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo eg. Supremo Tribunal Federal. 3. No caso em exame, a *actio nullitatis* vem ajuizada sob o fundamento de existência de vício insanável no acórdão proferido pelo c. Tribunal de Justiça, em apelação em execução de alimentos, consubstanciado na falta de correlação lógica entre os fundamentos daquele *decisum* e sua parte dispositiva, o que equivaleria à ausência de obrigatória motivação do julgado (CPC, art. 458 e CF/88, art. 93, IX). 4. Entretanto, não é cabível, em virtude do instituto da preclusão, o ajuizamento de *querela nullitatis insanabilis*, com base em falta ou deficiência na fundamentação da decisão judicial. Não há falar, pois, em hipótese excepcional a viabilizar a relativização da coisa julgada, sobretudo porque aqui não se vislumbra nenhum vício insanável capaz de autorizar o ajuizamento de *querela nullitatis insanabilis*, pois bastaria à parte ter manejado oportunamente o recurso processual cabível, para ter analisada sua pretensão.” Neste sentido, poder-se-ia defender, com bons argumentos, a utilização desta ação para invalidar uma decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade. Especialmente pelo reconhecimento, neste estudo, da completa falta de controle racional das informações que chegam ao STF no controle concentrado, através dos diversos atores (novos ou velhos) que participam do procedimento. E mais grave, fala-se de prova equivocada, falsa ou fraudada decisiva na fundamentação que *transitará em julgado*, diante do efeito vinculante, e não submetida ao contraditório ou qualquer outro mecanismo de controle. Fundamentação que diante desta possibilidade de transitar em julgado, na prática, possuirá força normativa. A possibilidade desta *querela nullitatis* parece ser extremamente plausível nestes casos. Entretanto, mereceria um estudo mais aprofundado, que não será realizado aqui neste momento diante dos objetivos traçados.

<sup>58</sup> Como exemplo de duas participações como *amicus curiae* com visões opostas sobre o tema: a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transsexuais (ABGLT). Ao todo, foram 14 *amici curiae* nesta ação.

trouxeram suas definições sobre o que é *família*. Na decisão, afirmou o rel. min. Carlos Ayres de Brito:

[...] em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração. (BRASIL, 2011b, p. 3)<sup>59</sup>.

- 2) ADPF 54/DF, que julgou a possibilidade de interrupção de gestação de fetos anencéfalos. Nesta ação, foi decisiva a participação de diversas entidades representantes da classe médica, que prestaram informações a respeito de aspectos da biologia humana, anatomia, conceitos científicos, filosóficos de vida humana. Ao lado de argumentos jurídicos, o aspecto fático de elementos científicos foi decisivo para o deslinde desta causa. Em especial, o conceito de vida, segundo o qual, nos fetos diagnosticados com esta anomalia da anencefalia, ela não existiria e, portanto, de aborto não poderia se tratar.
- 3) duas ações em que o aspecto ambiental é decisivo para uma tomada de decisão por parte do STF são a ADPF 101, que julgou a importação de pneus usados, e a ADI 3937/SP, que decidirá a respeito da proibição de leis estaduais de produção do amianto. Sem dúvida que elementos jurídicos também são importantes nestas ações, pois se trava um debate a respeito de competências legislativas da União e dos entes federados, livre iniciativa. Mesmo em relação a estes aspectos, a interpretação não escapa de uma avaliação da realidade social, pois, para definir-se sobre competência legislativa ou material, é necessária uma análise da natureza concreta daquela atividade e de sua repercussão, por exemplo, na saúde pública ou no meio ambiente natural.

Diversos outros exemplos poderiam ser agregados, mas a demonstração dos argumentos utilizados nos casos supracitados submetidos à Corte deixa evidente que esta *condição da ação*, que é a necessidade de se travar um debate

---

<sup>59</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238>>. Acesso em: 10 mar. 2012.



*em tese* da legitimidade das normas sem a apreciação de fatos ou elementos concretos, merece uma nova abordagem doutrinária e jurisprudencial.

Parte da literatura jurídica nacional já percebeu esta contradição, daquilo que supostamente é a função do processo de controle concentrado diante da avaliação de fatos e da realidade.

Neste sentido, Tavares (2012, p. 164):

Atualmente, contudo, deve considerar-se que o processo objetivo há de se debruçar, sim, sobre o concreto, ainda que se trate de um concreto-imaginário, de hipóteses (possíveis, conjecturas) de incidência, sem, contudo, levantar ou averiguar, necessariamente, efetivas situações e elementos concretos reais ou específicos (pontuais), que realmente não são – e não devem ser – resolvidos diretamente pelas decisões pronunciadas em controle abstrato.[...]

Da afirmativa de que o processo está vocacionado prioritariamente para a defesa em tese da Constituição não deve decorrer – eis o equívoco no qual incorreu o próprio Supremo Tribunal Federal e parte da doutrina - a exclusão do concreto na apreciação adequada da inconstitucionalidade normativa, em sua constatação e comprovação. Também não decorre que a densificação do processo objetivo deva prescindir do concreto.

Também compreendendo que, no processo concentrado e objetivo, não se pode prescindir da apreciação de fatos concretos, especialmente quando estão sendo avaliadas restrições a direitos fundamentais, Dimoulis e Lunardi (2011, p. 235) afirmam:

Temos aqui [no controle concentrado da ADI 2.170/SP] os denominados parâmetros de controle mistos, situados entre normas e fatos, que indicam a relevância do mundo extratextual no controle abstrato.

Mesmo no controle material a análise de fato é imprescindível em muitos casos de verificação da constitucionalidade de limitações legais de direitos fundamentais mostra que a análise dos requisitos da adequação e da necessidade de uma intervenção em direitos fundamentais deve se basear em avaliações empíricas do impacto da lei ao direito fundamental, assim como das alternativas disponíveis.

Abordando diretamente a hipótese do § 1º, art. 9º, da Lei 9.868/99 e a questão da abordagem de fatos e prognoses legislativas no controle concentrado, Mendes (2000, p. 11) afirma que:

[...] a Comissão que elaborou o Anteprojeto que deu origem à Lei que disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, introduziu nos arts. 9º, §1º, e 20, §1º (mantidos na Lei com essa numeração), disposições que autorizam o relator, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória

insuficiência das informações existentes nos autos, a 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. É fácil ver, pois, que referida Lei outorga ao Supremo Tribunal Federal um importante instrumento para aferição dos fatos e prognoses legislativos no âmbito do controle abstrato de normas.

Assim, deve-se reconhecer inevitável a influência de fatos, dados técnicos, prognoses legislativas, repercussão social das normas na interpretação constitucional. Não importando se o procedimento seja de controle concentrado de constitucionalidade.

Com efeito, conclui-se que o controle concentrado de constitucionalidade, por ter como característica o fato de ser *objetivo* e *abstrato*, deve ter como consequência simplesmente a impossibilidade de se prestar a julgar um caso concreto, com partes propriamente ditas, com interesses subjetivos e que visem à obtenção de um provimento jurisdicional específico. Isto não pode significar que no processo concentrado-objetivo não sejam avaliados fatos concretos, fatos abstratos (conjecturas ou hipóteses) ou quaisquer outros dados da realidade que sejam relevantes para uma correta interpretação do texto constitucional.

Admitir esta situação trará melhorias no que tange à participação dos atores principais da jurisdição constitucional concentrada (os previstos na Constituição), possibilitando também algum controle social a respeito dos elementos fáticos que são inseridos no processo concentrado, assim como prestigiará com maior destaque a participação da sociedade civil organizada neste procedimento, através dos instrumentos criados, formalmente assegurados, para garantir esta participação. Instrumentos que serão abordados em seguida.

#### **4.2 A participação de outros órgãos ou entidades no controle concentrado e a institucionalização do *lobby*: a questão do *amicus curiae* e das audiências públicas**

O termo *amicus curiae* é uma expressão latina que significa literalmente *amigo da corte*. Era utilizado na Roma antiga e depois na Inglaterra medieval para designar a participação de terceiros, que vinham ao caso para informar e prestar esclarecimentos sobre temas específicos do direito, relacionados a um processo. Eram normalmente convidados pela própria Corte, daí a expressão *amigo da corte*.

A participação deste terceiro originou-se sem que este tivesse nenhum interesse na lide, atuando no processo por sua própria iniciativa ou, como era mais comum, por convite do tribunal. Prestava informações a respeito de questões de fato das quais tinha conhecimento e sobre direito de que fosse notório conhecedor. Normalmente servia também para alertar para que a Corte não cometesse erros, contribuindo para que suas decisões tivessem mais integridade e honra (LOWMAN *apud* MEDINA, 2010, p. 36).

A origem desta figura *sui generis* não é consenso entre os pesquisadores que estudam o tema. Bueno (2006, p. 87) cita autores que contestam esta origem romana do instituto, como Elisabetta Silvestre e Giovani Criscuoli, que consideram o perfil da figura romana *neutra* do direito romano mais próximo do atual papel do perito judicial, e não do *amicus curiae*, que, segundo estes autores, tem sua verdadeira origem no direito penal inglês.

Não obstante a controvérsia, certo é que tanto os autores que defendem a tese da origem romana como aqueles que consideram seu marco inaugural no direito comum inglês concordam que o desenvolvimento do instituto mais próximo daquilo que é averiguado hoje vem mesmo do direito anglo-saxão inglês.

No Brasil, a utilização desta figura processual ainda é relativamente recente. A intervenção de assistente no processo civil ordinário, prevista no artigo 50 do Código de Processo Civil (1973), não se confunde com esta figura do *amicus curiae*. Prevê o código processualista:

Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que **tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas**, poderá intervir no processo para assisti-la.

Parágrafo único. A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra. (BRASIL, 2011c, p. 4, grifo nosso).

Como fica claro, o assistente do código de processo civil possui o ônus de demonstrar interesse jurídico de que a sentença seja favorável a uma das partes. É, portanto, um pressuposto da intervenção a demonstração do interesse jurídico, não bastando meros interesses econômicos ou afetivos na lide (DIDIER JR., 2011, p. 357).

No procedimento relativo ao processo constitucional de controle concentrado de constitucionalidade, a participação de assistentes, assim como a

intervenção de terceiros<sup>60</sup>, é vedada desde 1985 pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), através do seu artigo 169, § 2º. O entendimento firme do Supremo, antes da Lei 9.868/99, era de que esta regra do RISTF tratava-se de norma especial em relação ao artigo 50 do CPC, portanto, este não se aplicaria ao procedimento do controle concentrado instaurado no STF (ADI-AgR 748, Rel. Min. Celso de Mello).

Atualmente, por força expressa do artigo 7º, da Lei 9.869/99, é vedada a participação de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade das normas, nos seguintes termos: “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”. (BRASIL, 2009c, p. 2).

Nos Estados Unidos da América, onde a participação dos *amicus curiae* é tradição bem mais antiga, por certo período, para que alguém ingressasse no procedimento como *amicus*, era necessária a anuência das partes e também que o conteúdo das intervenções fosse informado com antecedência. Atualmente, entretanto, as regras da Corte permitem uma participação quase que ilimitada deste terceiro *sui generis*. O Supremo tem uma política semelhante. A participação do *amicus curiae* nos processos parece ser bem aceita pelos ministros. De 469 processos nos quais houve pedidos de ingresso de participação de *amicus curiae*, foram registrados 1.440 pedidos, o STF permitiu 1.235 (85,8%) e rejeitou 205 (14,2%) (MEDINA, 2010, p. 78). A maioria das rejeições ocorreu por intempestividade ou por não se tratarem de entidades, como prevê a Lei 9.868/99.

A previsão do *amicus curiae* na lei que regulamenta o processo constitucional das ações diretas está no §2º do artigo 7º, da Lei 9.868/99, que dispõe: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades” (BRASIL, 2009c, p. 2).

Assim, a legislação atual, bem como o regimento interno do Supremo e sua jurisprudência, reconhece uma clara distinção entre a figura do *amicus curiae*, a

---

<sup>60</sup> Destacar que se considera a assistência uma modalidade de intervenção de terceiros, apesar de a sistemática albergada pelo Código de Processo Civil (1973) trazer a assistência em capítulo anterior (Capítulo V do Título II) ao das demais formas de intervenção de terceiros (Capítulo VI do Título II). Assim, são cinco as formas de intervenção de terceiros típicas do processo civil ordinário: a assistência (art. 50 a 55 do CPC); a oposição (art. 56 a 61); a nomeação à autoria (art. 62 a 69); a denúncia da lide (art. 70 a 76) e o chamamento ao processo (art. 77 a 80).

assistência e a intervenção de terceiros. A distinção está no fato do *amicus curiae* não ter de demonstrar interesse jurídico na causa, bastando ser *relevante a matéria* objeto da ação direta e os postulantes possuírem *representatividade*. Tais conceitos são indeterminados, devendo seus conteúdos serem preenchidos no caso concreto pelo relator, sendo o despacho do relator que admite o *amicus curiae* irrecorrível.

Muitas vezes, a valoração destes elementos de *representatividade* e *relevância da matéria* é vaga, sem parâmetros que tragam uma fundamentação adequada, elementos que ainda devem encontrar orientações mais seguras na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>61</sup>.

O elemento do interesse (ou da ausência) do *amicus curiae*, contudo, se destaca. Trata-se do ponto principal da distinção com as figuras do assistente e do terceiro interveniente ordinários. Como o procedimento inerente ao controle de constitucionalidade concentrado no Brasil vincula-se a um processo considerado *objetivo*, não existem partes propriamente ditas, muito menos algum *bem da vida* em disputa. Assim, também não se pode falar em interesse jurídico, como o presente no processo civil comum<sup>62</sup>.

O *amicus curiae*, portanto, deve possuir, ao menos em tese, a mesma motivação dos legitimados a provocar a jurisdição constitucional concentrada, qual seja, a *defesa objetiva da Constituição*, e não a busca de interesses subjetivos. Trata-se de *munus* específico diante do processo constitucional concentrado: os legitimados do artigo 103 da Constituição possuem a função de provocar a jurisdição, fazendo-a funcionar, trazendo seus argumentos jurídicos ao Supremo; o *amicus curiae* também deve ter como finalidade a defesa da ordem constitucional e irá (poderá) participar do procedimento com a função de trazer informações fáticas e argumentos jurídicos, políticos e sociais para que os ministros da Corte possam decidir com melhores subsídios.

---

<sup>61</sup> Como exemplo de uma motivação genérica, a percebida no RE 592891/SP, no qual a relatora, ministra Rosa Weber, faz um amplo apanhado sobre o *amicus curiae* na jurisprudência do STF, mas não demonstra, no caso concreto, a *fattispecie* aplicada ao caso, restringindo-se a afirmar: "No caso concreto, estão presentes os requisitos legalmente exigidos para a intervenção dos requerentes na qualidade de *amici curiae*, assim como a utilidade e a conveniência da sua atuação. A matéria, com repercussão geral reconhecida, é assaz relevante. Os requerentes têm expressiva representatividade frente ao tema discutido nos autos. E a complexidade fática e jurídica da questão seguramente recomenda que as suas contribuições sejam apreciadas por esta Corte" (RE 592891/SP. DJe-099 PUBLIC 22/05/2012).

<sup>62</sup> Como o *interesse de agir*, que é uma das condições da ação. Corresponde à utilidade da prestação jurisdicional proposta, assim como a verificação da necessidade do provimento judicial para a obtenção do objeto perquirido.

Ocorre que estas funções pressupostas constituem idealizações dos papéis desempenhados por estes. Não somente quanto à real motivação dos *amici curiae*, que ordinariamente tem postulado suas participações nos procedimentos até hoje realizados, mas também quanto aos legitimados a propor as ações diretas. Muitas vezes, são interesses econômicos e políticos que estimulam a atuação dos legitimados do artigo 103.

Assim, da ideia inicial de um terceiro *sui generis* sem interesse na lide, com a investigação em contextos processuais de outros países, analisando os casos com sua participação, passou-se a questionar esta neutralidade do *amicus curiae*. Nos seguintes termos:

O que diferenciava o *amicus* em suas raízes romanas era o perfil estritamente imparcial, afastado da advocacia de um lado particular da controvérsia. Com seu crescente uso no direito estadunidense, desde o século XVIII, o perfil neutro do *amicus* foi paulatinamente abandonado, aproximando-se de uma feição litigante, em defesa da parte que apoia. Esse será o traço distintivo do *amicus curiae* nos dias de hoje. (MEDINA, 2010, p. 39).

Bueno (2006) entende que a figura do *amicus curiae* traz consigo um pressuposto democrático institucional que dialoga com certo *interesse público* por conta de sua imparcialidade. Para este processualista, o interesse institucional também é interesse jurídico, mas especialmente qualificado pelo fato de ir além dos meros interesses individuais das partes. Pelo fato de ser previsto pelo sistema (ordenamento), também é jurídico e, portanto, merece especial proteção e salvaguarda, pois seria uma repercussão do interesse público, transcendente de eventuais interesses particulares presentes no processo. O interesse institucional é também interesse público, no sentido de que “[,,] deve valer em juízo pelo que diz respeito às instituições, aos interesses corporificados no *amicus*, externos a eles e não pelos interesses que ele próprio *amicus* pode, eventualmente, possuir e os possuirá [...]” (BUENO, 2006, p. 166), fato que não pode ser negado legitimamente, segundo defende.

Medina (2010) considera que esta visão ligada a um suposto interesse institucional do *amicus*, associada a uma concepção de perfil neutro desta figura, reflete também uma idealização do instituto. Considerando que a caracterização efetiva deste terceiro a atuar no processo é “[...] parcial, partidário e diretamente interessado” (MEDINA, 2010, p. 39) e que “[...] na forma como ele é hoje praticado,

não coaduna com o pressuposto da defesa de um interesse que se qualifica como institucional” (MEDINA, 2010, p. 39), como considera Bueno (2006).

Alguns autores salientam o papel democrático exercido pelo *amicus curiae*, considerando seu matiz democrático, por permitir que terceiros ingressem no mundo *fechado* e subjetivo do processo para discutir objetivamente teses jurídicas que irão influenciar toda a comunidade.

Neste sentido, Gondijo e Silva (2010, p. 10) afirmam:

[...] a garantia institucional do *amicus curiae* atua como um canal de comunicação entre o sistema social (configurado como o Supremo Tribunal Federal) e o mundo circundante ou ambiente (a sociedade), auxiliando a Corte na resolução das complexidades, dentro dos parâmetros do possível, do real e do necessário.

Também defendendo o papel democrático do *amicus curiae*, Del Pra (2008, p. 73) diz:

A participação popular passa a não mais restringir-se à esfera política, no sentido, v.g, de representação direta pelo voto, mas, ao contrário, inunda campos maiores de atuação, possibilitando mais amplo debate nas instâncias jurisdicionais, objetivo de fazer valer os direitos constitucionalmente assegurados, quer de forma individual, quer coletiva.

O Supremo Tribunal Federal também ressalta esta posição, alardeando a nobreza da função democrática dos *amici curiae* como elemento capaz de resolver o problema de legitimação democrática da Suprema Corte brasileira. Nas palavras do ministro Celso de Mello:

A intervenção do "amicus curiae", para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. - A ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do "amicus curiae" no processo de fiscalização normativa abstrata, **tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte**, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade (ADI 2321 MC, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 25/10/2000). (BRASIL, 2000a, p. 4, grifo nosso).

Mais uma vez Medina (2010) discorda deste pressuposto democrático do *amicus curiae*, pois considera que a prática observada na rotina do Supremo Tribunal Federal demonstra cabalmente que os *amici curiae* defendem interesses específicos, normalmente associados às partes, nos processos submetidos à Suprema Corte (MEDINA, 2010, p. 41). Como argumento, utiliza o exemplo da ADPF nº 46, na qual se julgou o monopólio do serviço postal exercido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT).

Neste processo, a Arguição de Preceito Fundamental número 46 foi proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição (ABRAED) contra o monopólio da ECT. Nesta ação, destaca Medina, os interesses econômicos são muito claros. Neste sentido, ingressaram no feito como *amici curiae* as seguintes instituições: Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas e a Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional (ABRAEC), ambas ingressando no processo com objetivo da quebra de monopólio da ECT (MEDINA, 2010, p. 41). Assim, mesmo tratando-se de processo objetivo, a participação destas entidades como amigas da corte demonstra que as suas motivações subjetivas de ingressarem no processo não se restringem a uma simples defesa objetiva da Constituição.

Outro exemplo significativo da participação interessada no resultado do julgamento dos *amici curiae* foi percebido na ADI nº 4167, que julgou a constitucionalidade da conhecida *Lei do piso nacional dos professores* (Lei 11.738 de julho de 2008). Nesta, diversas entidades ingressaram no processo para defender a legitimidade da norma impugnada.

Na ADI nº 4167, alguns governadores de estados brasileiros, como autores, alegaram, dentre outros, que a norma invadia competência legislativa dos estados da federação brasileira, nos seguintes termos:

[...] a Lei 11.738, de 16 de julho de 2008, editada a propósito de regulamentar, conforme informado em sua ementa, o mencionado piso salarial, extrapolou. Realmente, pois além de fixar um piso salarial, dispôs sobre jornada de trabalho de servidores estaduais e municipais e impôs aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios regras desproporcionais, por implicarem despesas exageradas e sem amparo orçamentário. Significa, e isto deve ficar claro, que os autores da ação não se insurgem contra a estipulação de um piso salarial para os profissionais da educação básica pública. Antes ao contrário, desejam apenas que se respeite a ordem constitucional e que, portanto, a legislação cumpra seu desiderato de regular única e exclusivamente o piso salarial. (BRASIL, 2011a, p. 3).



Os autores desta ADI eram os governadores do Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Ceará e Distrito Federal. Ingressaram com petição, requerendo participar do processo como *amicus curiae*, diversas entidades ligadas à educação e várias pessoas físicas<sup>63</sup>. Destas, algumas tiveram suas participações indeferidas pelo fato de serem pessoas físicas (naturais), e não entidades, como prevê a Lei 9.868/99 em seu artigo 7º, §2º<sup>64</sup>. Mesmo aquelas entidades e pessoas físicas que tiveram indeferidos seus pedidos, foram autorizadas pelo relator a enviar memoriais, nos termos do despacho do relator, ministro Joaquim Barbosa: “Em relação aos demais postulantes, observo que a negativa de admissão à participação na instrução [...] não impede que tais entidades ofereçam, coletivamente, subsídios de dados aos demais interessados e à própria Corte, via memoriais” (BRASIL, 2011a, p. 5).

Ao todo, entre deferidos e indeferidos, foram vinte e cinco (25) os pedidos de participação como *amicus curiae* neste processo. Seis entidades foram admitidas<sup>65</sup>. Não obstante, como explicitado pelo relator, mesmo aqueles que foram

---

<sup>63</sup> As seguintes pessoas físicas e jurídicas peticionaram para participar como *amicus*: Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação, Centro de Defesa da Criança e do Adolescente do Ceará - CEDECA/CE, CIPÓ - Comunicação Interativa, AVANTE - Educação e Mobilização Social, Centro de Cultura Luiz Freire - CCLF, Conf. Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino - CONTEE, ACIONAID Brasil, Organização Mundial Para Educação Pré-Escolar - OMEP, Instituto Paulo Freire, Denise Carreira, Daniel Tojeira Cara, Márcia Mara Ramos, Maria de Jesus Araújo Ribeiro, Maurício Fabião, Profª Drª Aparecida Neri de Souza, Prof. Dr. Ivaldo da Silva Bodião, Prof. Dr. José Marcelino de Rezende Pinto e Profª Drª Maria Clara Di Pierrô (petição em 27/11/2008); do Sindicato dos Servidores do Magistério de Curitiba - SISMMAC (petição em 01/12/2008); Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação - CNTE (petição em 09/12/2008); Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Espírito Santo - SINDIUPES (petição 27/01/2009); do Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Goiás - SINTEGO (02/04/2009); Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza - SINDIFORT (18/12/2009); Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Municipal do Brasil - CONFETAM (petição em 16/09/2011); Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul - FAMURS (petição em 06/10/2011); Sindicato Único dos Trabalhadores em Educação do Ceará (petição em 18/10/2011).

<sup>64</sup> Em despacho, o Min. Relator Joaquim Barbosa decidiu: “[...] admito a manifestação dos postulantes Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino - CONTEE, do Sindicato dos Servidores do Magistério Municipal de Curitiba e da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação [...] Em relação aos demais postulantes, observo que a negativa de admissão à participação na instrução da ação direta de inconstitucionalidade não impede que as respectivas razões sejam consideradas pela Corte por ocasião do julgamento. **Também não impede que tais entidades ofereçam, coletivamente, subsídios de dados aos demais interessados e à própria Corte, via memoriais.** [...] Portanto, deixo de admitir a participação dos demais postulantes, pessoas jurídicas. Por fim, também deixo de admitir a participação dos postulantes, pessoas naturais, dado que o art. 7º, § 2º da Lei 9.868/1999 é expresso em se referir a órgãos ou entidades.”

<sup>65</sup> As seguintes entidades tiveram a participação deferida: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – CONTEE; do Sindicato dos Servidores do Magistério de Curitiba – SISMMAC; Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação - CNTE; Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Espírito Santo – SINDIUPES; Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Goiás – SINTEGO; Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza – SINDIFORT.

*barrados*, tiveram autorização de enviar memoriais diretamente à Corte. Fato que expõe um problema, ao menos em potencial, que é a viabilidade estrutural (real) das razões de todas estas vinte cinco entidades serem efetivamente consideradas, ou seja, tratadas na fundamentação das decisões dos ministros. Razoável supor que sequer serão lidas completamente pelos ministros da Corte.

Diante deste problema, não é difícil imaginar que, com a crescente *popularidade* das ações diretas propostas perante o Supremo Tribunal Federal, e a tendência de objetivação do controle difuso, haverá situações em que estarão presentes centenas ou até milhares de pedidos de participação, ao menos com fins de simplesmente *enviar memoriais*<sup>66</sup>. Isso se se tomar como exemplo o que ocorreu nos Estados Unidos da América, em que, entre os anos de 1946 e 1955, foram entregues 531 memoriais de *amicus curiae* e, entre os anos de 1986 e 1995, o número de memoriais enviados saltou para 4.907, ou seja, um crescimento de mais de 800% em relação ao período anteriormente analisado (MEDINA, 2010, p. 56).

Outro aspecto importante é a possibilidade de reiteração de argumentos enviados por um número excessivo de memoriais e dos demais *amici curiae*. Reiteração que pode acarretar uma irracionalidade desta contribuição, pois os mesmos tópicos poderão ser exaustivamente repetidos, inclusive pelo desconhecimento daquilo que é enviado por meio de *amici curiae* e de memoriais, uns em relação aos outros.

Tais entidades, entretanto, devem ao menos desconfiar que suas petições não serão analisadas e estudadas detalhadamente como, por exemplo, serão a petição inicial (neste exemplo da ADI 4167, proposta por Governadores), os

---

<sup>66</sup> Para termos uma noção desta *enxurrada* de informações que podem chegar aos processos através das audiências públicas e intervenção dos *amicis curiae*, basta ver no sítio do STF (<[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>) os campos destinados às audiências públicas. Em um deles, por exemplo, que trata da audiência referente a ADI 4103, a respeito da chamada Lei Seca (Lei 11.705/08), estão disponíveis mensagens eletrônicas (e-mails), correspondências, artigos e outras manifestações de pessoas dando sua opinião, que foram enviadas diretamente à Corte. Com conteúdos dos mais diversos, inclusive poemas, como o e-mail de João Ferreira Junior, a seguir transcrito: “SE SÓ BEBER, FOSSE O PROBLEMA! SE INGERIR REMÉDIO, NÃO DIRIJA! SE ASPIRAR COCAINA, NÃO DIRIJA! SE TOMAR LSD, NÃO DIRIJA! SE TOMAR EXTASE, NÃO DIRIJA! SE CHEIRAR COLA, NÃO DIRIJA! SE FUMAR CRACK, NÃO DIRIJA! SE FUMAR MACONHA, NÃO DIRIJA! SE FUMAR CIGARRO, NÃO DIRIJA! SE FOR MATAR ALGUÉM, NÃO BEBA! SE FOR ROUBAR ALGUÉM, NÃO BEBA! joão ferreira junior, arquiteto urbanista” (Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/Re\\_RES\\_POEMA\\_MANIF\\_ESTO\\_JOAOFERREIRA\\_JUNIOR.htm](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/Re_RES_POEMA_MANIF_ESTO_JOAOFERREIRA_JUNIOR.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2012). Também chega ao ponto de serem enviadas monografias inteiras e livros aos ministros nestes espaços, como no e-mail de Robledo Moraes Peres de Almeida, que enviou sua monografia de conclusão de curso (TCC) e um livro editado na Colômbia sobre o tema. (Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/Monografia\\_artigo\\_e\\_livro\\_sobre\\_a\\_lei\\_Seca.htm](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/Monografia_artigo_e_livro_sobre_a_lei_Seca.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2012).

pareceres do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República. As entidades e pessoas jurídicas que tiveram suas participações indeferidas podem enviar suas contribuições àquelas entidades que tiveram seus pleitos de participação acatados. O que tornaria quase impossível que algum argumento relevante do ponto de vista jurídico, político ou social não seja formalmente indicado dentro do processo.

Assim, muitas vezes, o objetivo principal e a atividade visada em primeiro plano por estas entidades que ingressam como *amicus curiae* é antes realizar pressão política na Corte do que mergulhar de fato em um debate técnico-jurídico com os legitimados do art. 103 da Constituição Federal e os ministros do Supremo. O objetivo central é demonstrar a força social daquela demanda, sua capacidade de mobilização na sociedade, realizar *lobby*, portanto.

Tal objetivo fica muito claro, inclusive quando se analisam os dados em relação aos pedidos dos *amici curiae* em suas manifestações. Alguns dados (MEDINA, 2010, p. 132) revelaram que de 119 casos analisados entre 1992 e 2008, o *amicus curiae*, em apenas um deles, prestou informações sobre o tema em discussão ao Tribunal sem pedir expressamente que a ação fosse rejeitada ou acolhida. Dado que demonstra a militância da participação do *amicus curiae* em tentar influenciar no julgamento, distanciando-se, por exemplo, do papel exercido por um perito ou por um simples fornecedor de dados técnicos, sem maiores pretensões.

Ao realizar este lobby nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, estas entidades buscam também legitimidade perante seus próprios públicos, mostrando que estão realizando suas finalidades institucionais. ONGs, sindicatos, conselhos profissionais, entidades patronais enxergam neste espaço uma boa possibilidade de exposição na mídia, relativamente com baixos custos econômicos, pois o gasto seria o de simplesmente enviar memoriais, sem a necessidade de um acompanhamento processual completo, que poderia durar alguns anos. Muitas vezes, diante da necessidade de intervenção mais incisiva dos *amici curiae*, como a realização de sustentação oral por um advogado, os custos podem ser (e normalmente são) divididos entre os diversos *amici curiae*, para que sejam reduzidos os custos operacionais e também se possibilite a contratação de renomadas bancas de advogados. Tal fato é percebido nos Estados Unidos da América, de modo que esta exposição midiática barata se tornou um dos grandes

motivadores da tentativa de ingresso nos processos de controle de constitucionalidade naquele país (MEDINA, 2010, p. 45).

Situação semelhante às das ações diretas citadas ocorreu nos processos de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol (Pet. 3388/RR); avaliação da legitimidade de cotas em Universidades (ADPF 186/DF e RE/RS 597.285); julgamento das uniões homoafetivas como instituto jurídico reconhecido pela Constituição (ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF); ação que julgou a possibilidade da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos (ADPF 54/DF); julgamento sobre a importação de pneus usados (ADPF 101); análise sobre a proibição do amianto (ADI 3937/SP); dentre outras.

Em todas estas ações, diversas entidades ingressaram como *amicus curiae*, cada qual defendendo uma posição a respeito desta matéria-objeto das ações. O mesmo se deu em relação às audiências públicas realizadas nestas ações diretas, nas quais diversas entidades e especialistas tentaram defender suas posições a respeito do tema.

Na audiência pública para debater a respeito do direito à saúde e de sua polêmica judicialização, por exemplo, nada menos que cinquenta e um especialistas foram ouvidos e cinquenta e seis entidades da sociedade civil organizada enviaram contribuições em forma de material escrito<sup>67</sup>, dentre representantes de governos estaduais, municipais e federais e entidades da sociedade civil organizada.

Como a participação destes *terceiros* no processo constitucional ainda é fenômeno recente no Brasil<sup>68</sup>, ainda não ocorre algo observado nos Estados Unidos da América, onde a participação do *amicus curiae* é realizada maciçamente pelo menos desde a década de 1950 (MEDINA, 2010, p. 44). Em 2003, por exemplo, a Suprema Corte Americana, decidindo o caso *Grutter vs. Bollinger*, que tratou de cotas raciais nas universidades americanas, a Universidade de Michigan foi apoiada por mais de cento e cinquenta (150) *amici curiae*, incluindo ONGs, empresas e

---

<sup>67</sup> Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaS\\_aude](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaS_aude)>. Acesso em: 19 mai. 2012.

<sup>68</sup> Isto, se se tomar como marco inicial a Lei 9.868 de 1999, que prevê tanto a figura do *amicus curiae* quanto a realização das audiências públicas expressamente delineadas em norma processual. Entretanto, mesmo antes desta lei, que veio para regulamentar o processo constitucional das ações diretas, já havia a participação do *amicus curiae* na prática do Supremo Tribunal Federal, sem possuir, contudo, as prerrogativas que possuem atualmente, como a de realizar sustentação oral. A primeira ADI, na qual existe referência direta à participação do *amicus curiae* no procedimento concentrado de constitucionalidade, foi em setembro de 1991, através da ADI 784/SC, com julgamento realizado em 13/08/1997.

diversas outras universidades americanas, como Harvard, Yale e Princeton (FERRAZ, 2008, p. 6).

Assim, outro aspecto de extrema importância é saber a real influência da participação dos *amici curiae* nestas ações diretas propostas perante o Supremo Tribunal Federal. Poucos estudos no Brasil realizaram pesquisas empíricas a respeito da atuação do *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal, fato que dificulta a contraposição de dados e outras avaliações a respeito dos números desta participação.

Dos poucos estudos que investigaram os números da participação do *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal, estes dão conta de que é no processo constitucional de controle concentrado de constitucionalidade que está a grande demanda por participação de *amicus curiae*, representado mais de 90% dos pedidos de ingresso nesta modalidade. E mais, as entidades que buscam esta participação, usualmente, são aquelas que originalmente foram excluídas pela Constituição da jurisdição concentrada (MEDINA, 2010, p. 118).

Outros dados demonstram que a participação dos *amici curiae* no processo influencia fortemente no resultado do julgamento. Por exemplo, uma ação direta de inconstitucionalidade que possui a participação de *amicus curiae* tem 22% mais chances de ser conhecida pela Corte Suprema brasileira (MEDINA, 2010, p. 129).

Normalmente, a participação dos *amici curiae* restringe-se a um lado da controvérsia, no qual todos se agrupam para requerer somente a procedência ou a improcedência da demanda. Nas ações julgadas procedentes, a proporção de casos com assistência de *amicus curiae* é 18% mais bem-sucedida do que os casos sem assistência, ou seja, quando existe a participação dos *amici curiae* pleiteando a procedência, este resultado possui 18% mais chances de ocorrer. Em relação aos casos julgados improcedentes, a vantagem também está ao lado do *amicus curiae*, mas esta cai para 15% de melhores chances (MEDINA, 2010, p. 133-134). A conclusão a que se chega (MEDINA, 2010, p. 135) é que, diante dos resultados analisados em sua pesquisa, estes “[...] estabelecem uma robusta relação causal entre o ingresso do *amicus curiae* e o aumento das chances de êxito do lado por ele apoiado”.

Uma importante função do *amicus curiae* é a de tentar impedir que determinada disputa em uma importante ação seja mal resolvida por eventual

deficiência técnica da petição que provocou inicialmente a jurisdição constitucional. Muitas vezes, a causa representa um conflito inédito na Corte, assim, o tribunal acaba iniciando uma jurisprudência ou construindo um importante precedente, como visto neste estudo, com crescente destaque na estrutura normativa, com graves implicações jurídicas e políticas. Fato que impõe certa preocupação do *amicus curiae* em não permitir que o STF fique distante da realidade nestes momentos, o que poderia dificultar uma mudança jurisprudencial, pelo menos em curto prazo, diante da lenta renovação da Corte.

Ocorre que, perante a realidade observada, quando se compara a relação daquilo que se supõe ser o papel esperado do *amicus curiae* e a verificada na realidade praticada nos processos diante do Supremo, observa-se que sua atuação pode criar desvirtuamentos no que tange à legitimidade material daquela demanda. Não obstante a salutar pluralização e diversificação da origem de informações aduzidas no processo, a concentração de esforços direcionados para um único lado acaba não garantindo um julgamento *justo*, simplesmente por repercussão da *melhor instrução* realizada. O resultado do julgamento pode apenas refletir o efeito do lobby eficazmente construído naquele caso específico, com esforços unilateralmente observados.

Streck (2012, grifo nosso) alerta para esta contemporânea dificuldade observada no papel da jurisdição constitucional e sua suscetibilidade diante de demandas organizadas:

Atender demandas (de acordo com as reivindicações) acarreta custos de legitimidade. Onde quero chegar? Quero demonstrar que, do mesmo modo como o Presidencialismo brasileiro é de coalisão, enredado em atendimentos de pleitos políticos ad hoc, circunstância que causa enormes problemas para a assim denominada “governabilidade” (por que precisa de um ministro da Pesca que nem sabe pescar?), *também o Supremo Tribunal Federal acaba ingressando perigosamente nesse terreno de (atendimento a) demandas de grupos*. E também — e isso precisa ser dito — demandas provenientes da falta de resolução dos problemas das liberdades públicas no plano dos demais tribunais do país. Eles falham e tudo acaba no STF. Ele cresce. Mas sofre. E sangra na legitimidade.[...] assim como a Presidência da República tem que atender aos pleitos dos partidos, o STF, durante esses mais de 20 anos, acabou por engendrar uma espécie de “julgamentos políticos”. Entendam-me bem: julgamentos políticos no sentido de que os resultados dos julgamentos por vezes atenderam reivindicações dos mais diversos setores da sociedade.[...] Assim, o “partido” das nações indígenas foi até o STF e teve suas demandas atendidas; o “partido” das cotas queria legitimar as cotas, e deu certo; o “partido” das uniões homoafetivas” queria que o STF dissesse que união estável era equiparável a casamento, e obteve êxito; o “partido” das causas feministas, entre outras coisas, buscou retirar da mulher vitimada por maus tratos a titularidade da

representação, e igualmente se saiu bem; o “partido” das questões ligadas aos embriões e células tronco, idem;[...] E assim por diante. As decisões estiveram teleologicamente corretas? Principiologicamente incorretas (algumas)? Aí é que está o problema. Julgamentos não devem ser teleológicos.[...] Ao atender reivindicações ou demandas populó-sociais, por vezes a Suprema Corte deixa de julgar por princípios e passa a julgar por políticas. E isso me parece problemático.

Desta colocação de Streck, fica claro o conflito constitucional que se avizinha para as próximas décadas, diante da apreensão por parte da sociedade deste *novo* espaço de atuação política. A jurisdição constitucional não pode abrir mão de seu papel contramajoritário, especialmente quando decide a respeito da aplicação dos direitos e garantias fundamentais. Assim, a participação política da sociedade no procedimento da jurisdição constitucional, seja através do *amicus curiae*, das audiências públicas, seja por meio dos próprios legitimados a provocar o controle concentrado, não pode tornar-se tal qual é realizado por grupos de pressão nos espaços tradicionais de política majoritária, como no Legislativo e Executivo.

Devem ser desenvolvidos mecanismos de *correção* para eventuais disparidades e concentração de participação unilateralmente direcionadas nestes procedimentos. As audiências públicas, de certa forma, já cumprem um papel de tentar reequilibrar as *partes* diante da disparidade de informações trazidas somente para um dos lados da demanda (MEDINA, 2010, p. 167). Entretanto, mesmo neste espaço, ocorre uma desproporção nas participações. Na ADPF 186, que tratou das cotas em universidades, por exemplo, pouco mais de 20% das entidades que participaram da audiência pública defenderam a procedência da ação, que pretendia a inconstitucionalidade destas políticas públicas. No primeiro dia da audiência, realizada em 3 de março de 2010, das treze entidades e especialistas ouvidos, somente três se posicionaram contra as cotas. Sendo que, dos três contrários às cotas, dois deles eram autores das ações que seriam julgadas<sup>69</sup>.

Algumas medidas poderiam ser desenvolvidas para evitar estas distorções, que acarretam assimetrias nas quantidades de informações prestadas, assim como ajudariam a racionalizar a participação da sociedade como *amicus*

---

<sup>69</sup> O primeiro, tratava-se da procuradora/advogada do Democratas (DEM), Roberta Fragoso Menezes Kaufmann; o segundo, o recorrente no Recurso Extraordinário 597.285/RS – advogado Caetano Cuervo Lo Pumo, procurador de Giovane Pasqualito Fialho, que pretendia invalidar as cotas em seu estado; o terceiro que se posicionou contra as cotas foi o presidente da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal, senador Demóstenes Torres. Este, entretanto, fazia parte do partido Democratas, entidade autora da ADPF 186. Assim, pode-se considerar que os três, de alguma forma, eram autores da ação, e não meros *especialistas* sendo ouvidos na audiência pública.

*curiae* ou nas intervenções realizadas nas audiências públicas. Por exemplo: limitar o número de páginas das manifestações; tornar obrigatória a demonstração do interesse daquela entidade na participação, assim como tornar pública qualquer relação que tenha com a *parte* que propôs a ação; em caso de assimetrias expressivas, limitar a quantidade de participação em prol de um lado da demanda e convidar entidades ou especialistas para aduzir tese em sentido contrário; permitir que as *partes* possam, a partir das alegações destas entidades, formular novas considerações, para terem a oportunidade de contrapor eventual afirmação trazida como informação pelos *amici curiae*. Medidas simples, mas que poderiam trazer um aprimoramento na participação da sociedade no processo constitucional perante o Supremo Tribunal Federal.

Assim, podem-se sintetizar as distorções apontadas em relação a estes instrumentos de participação das audiências públicas e do *amicus curiae*, abordadas em todo este estudo (algumas já ocorrem e outras podem ainda ser desencadeadas): I) os *amici curiae* entram no processo para realizar lobby através de suas intervenções, e não *ajudar* a Corte, e os dados têm demonstrado que é realizado de modo eficaz; II) grupos de pressão já amplamente representados e influentes encontram neste espaço uma forma de garantir sua supremacia diante de eventual atuação contramajoritária do STF; III) a grande quantidade de demandas de participação, aliada a uma jurisprudência complacente do STF, pode criar grandes dificuldades estruturais na Corte, pois, ao mesmo tempo em que diminui a qualidade de eventual contribuição relevante, impõe uma superficialidade na apreciação das intervenções; IV) risco de o Supremo cair em um *populismo jurisdicional*, o que afastaria a Corte de sua função de proteção da Constituição e dos Direitos Fundamentais, especialmente da proteção das minorias; V) aprofundamento dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, diante de um ambiente político supostamente mais legítimo de atuação da Corte.

Mesmo reconhecendo tais problemas, que devem ser enfrentados, acredita-se ser salutar esta nova fase institucional pela qual passa o Supremo Tribunal Federal. A participação pode trazer também uma forte carga de realidade em um ambiente tradicionalmente elitizado, não somente em relação ao aspecto econômico, mas, sobretudo, cultural, diante da tecnocracia do direito e da liturgia *sofisticada* presente na Corte.



A democracia, aquela idealizada, infelizmente não existe. A realidade estrutural da sociedade impõe uma visão menos romantizada de uma comunidade em harmonia perfeita e com seus desígnios escrupulosamente captados pelo Estado, que somente atuaria nestes limites. A democracia de perfil formalista, ao contentar-se com declarações de direitos ainda não realizados (ou irrealizáveis), aliada a procedimentos que, de *per si*, supostamente garantem a legitimidade democrática, torna-se nada mais que uma ideologia de manutenção do *establishment*. Nos mesmos termos, Chauí (1997, p. 430):

A democracia é, assim, reduzida a um regime político eficaz, baseado na ideia de cidadania organizada em partidos políticos e manifestando-se no processo eleitoral de escolha dos representantes, na rotatividade dos governantes e nas soluções técnicas (e não políticas) para os problemas sociais.

Vista por este prisma, é realmente uma ideologia política e justifica a crítica que lhe dirigiu Marx ao referir-se ao formalismo jurídico que preside a ideia de direitos do cidadão. Em outras palavras, desde a Revolução Francesa de 1789, essa democracia declara os direitos universais do homem e do cidadão, mas a sociedade está estruturada de tal maneira que tais direitos não podem existir concretamente para a maioria da população. A democracia é formal, não é concreta.

A política, mesmo que condicionada por regras jurídicas, especialmente as constitucionais, representa o conflito presente na sociedade. Conflitos que, no caso brasileiro, são bem mais profundos do que em outras nações que possuem modelos de constitucionalismo semelhante, pois diante da *modernidade tardia* brasileira, as diferenças econômicas extremas condicionam (agravam) os demais conflitos observados, como o da (não) preservação do meio ambiente, patriarcalismo, patrimonialismo, etc.

O conflito em uma sociedade multicultural e pluralista não pode ser negado e deve encontrar nos espaços institucionais do poder estatal arena adequada de debate e decisão. Decisão que não pode ignorar seus destinatários que, no caso, as do Supremo Tribunal Federal, estão cada vez mais com perfil normativo, condicionando a conduta social abstratamente e pró-futuro. Afastando-se, portanto, de um papel *clássico* destinado à jurisdição de mero *dissolvedor de conflitos*.

Os eventuais problemas expostos em relação à participação da sociedade no processo constitucional concentrado podem ser superados com o amadurecimento da própria cidadania em compreender melhor o papel do STF e

encontrar em uma legislação apropriada, aliada a uma nova jurisprudência da Corte que venha a aperfeiçoar esta participação, desenvolver uma nova fronteira da cidadania ativa nacional, balizada em valores e princípios constitucionalmente prestigiados.

## CONCLUSÃO

Apenas 4% da população brasileira sabe exatamente o que faz o Supremo Tribunal Federal<sup>70</sup>. Trata-se de um dado para ser analisado sob várias perspectivas. De início, expõe um flagelo nacional, que é a baixa qualidade e a distante universalização da educação formal do povo brasileiro. Noutro ângulo, também pode evidenciar que o STF ainda não se consolidou, ao menos na

---

<sup>70</sup> O Índice de Confiança na Justiça da Escola de Direito da FGV (Fundação Getúlio Vargas) aponta que apenas 4% da população sabe exatamente o que faz o STF (Supremo Tribunal Federal). A pesquisa foi realizada em sete estados. Do total de 1.551 entrevistados, 37% afirmam desconhecer completamente as atividades do STF, enquanto 59% dizem conhecer *apenas um pouco* das funções do órgão. E 83% dos entrevistados já ouviram falar do Supremo.

consciência coletiva, como um espaço de poder de grande relevância para a vida das pessoas.

Não obstante, mesmo diante do aparente desconhecimento geral da população, certo é que onze pessoas (onze ministros), dentre uma população de quase 200 milhões de brasileiros, decidem de modo definitivo<sup>71</sup> qual o conteúdo, o limite e a aplicação das normas constitucionais. Normas que fundamentam não somente a atuação estatal, mas também interferem cada vez mais nas relações entre os particulares.

Esta estrutura moldada pela Constituição de 1988, pensada a partir de doutrinas clássicas que pregam uma harmonia e controle recíprocos entre os poderes, pode encontrar legitimação teórica e argumentativa, mas deve ser testada no cotidiano de atuação de cada poder e interpretada de acordo com as relações e conflitos sociais.

O direito e a política são lados de uma mesma moeda. Sua relação e interação constroem necessidades recíprocas, de maneira que cada uma destas dimensões é condicionada em face da outra. Ao mesmo tempo em que a Constituição é percebida como norma jurídica, reconhecendo sua *força normativa*, capaz de condicionar a realidade e modificar as relações sociais, também é política, aqui considerada como o conflito resultante da estrutura econômica, evolução cultural e luta pelo poder. Política que constrói a norma constitucional através de sua aplicação, por meio das instituições do Estado.

Uma visão idealizada do constitucionalismo pode provocar uma interpretação da norma constitucional que coloque a realidade social em um segundo plano, como algo *ainda em construção*, como se a superação dos problemas sociais fosse somente *uma questão de tempo*, uma mera consequência do porvir, desde que seja aplicada a norma, sem que a política fosse reconhecida explicitamente como dimensão determinante neste cenário.

Diante do constitucionalismo moderno – como a Constituição do país é considerada fundamento normativo de toda atuação estatal, pretendendo dirigir os rumos do Estado e da convivência da comunidade –, decidir o conteúdo da norma

---

<sup>71</sup> Não é absolutamente definitivo, pois ainda existe o Poder Constituinte, sempre latente, capaz de mudar o ordenamento jurídico, podendo inaugurar novas estruturas e mecanismos de poder. Poder Constituinte que não é obrigado a respeitar decisões, mesmo que consolidadas, no contexto de ordenamentos anteriores, pois também é ilimitado juridicamente.

constitucional de modo definitivo é responsabilidade enorme diante dos desafios de da *modernidade tardia* nacional.

O reconhecimento de que o Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do poder Judiciário, produz direito, isto é, inova no ordenamento jurídico, sendo capaz de alterar a tradição jurídica brasileira ligada ao *civil law* (norma produzida preponderantemente pelo legislador), é fundamental para que se possa analisar criticamente a dimensão política de atuação da Corte Suprema. Valorar a atuação do STF sob o paradigma democrático é do que se trata. Em especial, encontra destaque a atuação do Supremo quando este exerce sua competência constitucional no controle concentrado de constitucionalidade das normas, ao se pronunciar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais.

O processo típico de controle concentrado de constitucionalidade das normas, que no Brasil também é realizado de modo abstrato, caracteriza-se por ser um processo objetivo, isto é, pela ausência de interesses subjetivos deduzidos à lide e pela inexistência de partes propriamente ditas no processo. Assim, ao menos em tese, todos os atores tradicionais envolvidos no procedimento, quais sejam, propositores, Procurador Geral da República, Advogado Geral da União e Ministros do Supremo Tribunal Federal, possuem exatamente o mesmo objetivo, que é a defesa e a manutenção da ordem constitucional. Ocorre que alguns destes atores exercem papéis distintos no procedimento, muitas vezes idealizados para garantir certo grau de *contraditório*, com o papel de defenderem teses antagônicas, com fins de proporcionar um procedimento dialético e dialógico.

Mesmo classificado como *abstrato*, o controle concentrado de constitucionalidade das normas necessita do conhecimento de fatos, da realidade social influenciada pela existência ou inexistência da norma questionada no processo de controle concentrado. Assim, as informações que instruem o processo não podem ser limitadas aos seus atores ordinários previstos na Constituição.

Necessária que seja garantida a participação da sociedade no debate público a respeito das normas constitucionais, de modo que esta atuação processual traga mais legitimidade à atuação do Supremo Tribunal Federal, através da exposição plural de ideias, explicitando a diversidade cultural brasileira, abrindo a jurisdição constitucional nas audiências públicas e na atuação dos *amici curiae*.

Abertura esta que encontra especial oportunidade no debate de fatos e valores, extremamente necessário, mesmo em um tipo de processo considerado objetivo. A valoração de fatos, de inevitável influência, deve ser tida como natural para uma correta interpretação das normas constitucionais, afinal “[...] a constituição de um Estado não é somente texto jurídico ou regulamento normativo, mas também expressão do seu desenvolvimento cultural” (KRELL, 2002, p. 29).

Uma interpretação constitucional comprometida com a realização fática de suas normas deve buscar na realidade social, e nas consequências desta interpretação, seu grande referencial de atuação, pois a Constituição brasileira de 1988 é depositária de enormes promessas ao povo brasileiro ainda não cumpridas, especialmente as normas que consagram os direitos fundamentais sociais.

Direitos que sabidamente dependem de uma atuação positiva do Estado, através de orçamento público e políticas públicas eficientes, não podendo ser confiada sua efetividade somente como repercussão de uma decisão judicial.

Tal participação política da sociedade no controle concentrado de constitucionalidade das normas deve, portanto, aprimorar o sistema democrático, criando novo espaço de atuação da cidadania, abrindo nova trincheira de combate da sociedade em busca da realização material da Constituição.

Para tanto, necessário averiguar, através da atuação destes novos atores no processo constitucional, se esta abertura não violaria o papel contramajoritário da jurisdição constitucional, afinal, como demonstrado por pesquisas expostas neste estudo, a atuação de *lobbies* sociais, através das audiências públicas e dos *amici curiae* (portanto, já institucionalizados), vem influenciando a atuação da Suprema Corte de modo decisivo, tanto no filtro do conhecimento das ações diretas, como em seu sucesso diante de um *lobby* eficazmente organizado.

Grupos sociais já hiper-representados nos espaços tradicionais de poder, como Congresso Nacional, Assembleias Legislativas estaduais e poderes Executivos, podem, em vez de serem controlados pela jurisdição constitucional, encontrar mais força e espaço para suas reivindicações já amplamente protegidas.

Não obstante, considera-se que, na dinâmica política brasileira contemporânea, é salutar a abertura procedimental da jurisdição constitucional para isto que se chama de *lobby institucionalizado na jurisdição constitucional concentrada*. Primeiro pelo fato de diminuir o aspecto marcante de um processo judicial, que é a *elitização do debate*, confinado a uma linguagem própria do campo

do direito que, de *per si*, exclui a maior parte da população. A abertura para atuação de novos atores traz ao debate em torno da Constituição argumentos mais variados, próprios da política, que normalmente são desprezados ou excluídos intencionalmente do julgamento, como se perniciosos fossem por essência.

Segundo, por tornar as tentativas de influenciar as decisões do Supremo Tribunal Federal públicas, abertas ao conhecimento da sociedade. Este fato, por si só, já qualifica a jurisdição constitucional como mais democrática. Com a institucionalização do *lobby* na Corte Suprema, este necessariamente se expõe à sociedade e insere-se na dinâmica do debate público. Assim, no desenvolvimento da estratégia argumentativa para fazer valer sua razão, terá de utilizar elementos de *ética pública*, pois argumentos elitistas, egoístas<sup>72</sup>, preconceituosos, seriam publicamente rechaçados e dificilmente ajudariam a fundamentar qualquer decisão dos ministros da Corte. Assim, elementos extrajurídicos, como as influências pessoais dos ministros, tentativas de *lobbies* ocorridas em bastidores, mesmo que inevitáveis, podem ser mitigados diante da vastidão da participação social nestes espaços institucionalizados.

Ademais, as informações que chegam ao STF através destes novos atores melhoram o controle social a respeito da qualidade e credibilidade dos dados fáticos relevantes que chegam à Corte, aprimorando a interpretação constitucional, tornando-a mais próxima da realidade social, elemento indispensável para apreensão do direito como fenômeno social.

Não obstante, para o exercício desta complexa tarefa, para que haja um autorreconhecimento da população na atuação da jurisdição constitucional, o debate deve ser o mais amplo possível, devendo ser garantida a participação da sociedade civil no debate público em torno do conteúdo da Constituição.

Em considerações finais, podem-se sintetizar as principais conclusões deste estudo:

- 1) o constitucionalismo moderno crê na Constituição como um documento jurídico capaz de domar a política e reger eficazmente o rumo do Estado e da sociedade civil (*Constituição Dirigente, Constituição Total*);
- 2) não existe resposta correta à pergunta “quem deve ser o guardião da Constituição?”, isto é, aquele que deve possuir a prerrogativa de dar a

---

<sup>72</sup> Egoísmo aqui no sentido de defender interesse de um grupo específico assumidamente, em detrimento do interesse público. Contrário à solidariedade e a valores comunitaristas.

última palavra a respeito da norma constitucional. Cada sociedade, através de seus próprios conflitos, sua história, deve construir a melhor solução de acordo com suas características e peculiaridades;

- 3) no contexto brasileiro, a atuação do Supremo Tribunal Federal, por meio dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, tem transformado o poder Judiciário em um protagonista, no que tange ao exercício do poder no esquema constitucional brasileiro;
- 4) esta postura do órgão de cúpula do poder Judiciário põe em dúvida qualquer tentativa de classificar atualmente a *tradição jurídica* nacional como sendo *civil law*, de modo que a quase exclusividade de poder inovar no ordenamento jurídico restrita ao legislador não mais se observa;
- 5) este novo cenário institucional do poder, nos limites da Constituição, impõe também novas abordagens procedimentais à jurisdição constitucional. De modo que o paradigma democrático deve ser redimensionado no contexto desta jurisdição, em especial no controle concentrado de constitucionalidade;
- 6) este redimensionamento deve procurar inserir a sociedade em um debate público em torno da Constituição para que a atuação do Supremo Tribunal Federal como instância de poder se torne cada vez mais legítima. Com efeito, pode-se identificar a existência de um direito de participação política no procedimento da jurisdição constitucional. Direito que não é reconhecido pela legislação infraconstitucional nem pela jurisprudência da Corte Suprema brasileira;
- 7) para tanto, deve haver um reconhecimento de que a realidade social, a constituição concreta (*fatores reais de poder*) deve ser escrupulosamente analisada e levada em consideração, para que haja uma interpretação constitucional voltada para a efetivação das normas constitucionais, em especial as que consagram direitos e garantias fundamentais;
- 8) no contexto do controle concentrado de constitucionalidade das normas, que no Brasil se apresenta teoricamente de modo abstrato e objetivo, deve-se reconhecer a inevitabilidade da apreciação de fatos em cotejo com as normas paradigma e paragonada. Análise e

valoração de fatos que permitem ao Supremo Tribunal Federal buscar uma interpretação voltada para a efetividade das normas constitucionais;

- 9) assim, o debate constitucional inserido na jurisdição constitucional possibilita especial oportunidade de abertura democrática no contexto de discussão de fatos no controle concentrado de constitucionalidade das normas, permitindo que a sociedade, em vez de mero espectador no procedimento do processo, possa interagir com os personagens ordinários deste tipo de processo, ajudando a Corte a instruir o processo com diversos ângulos de vista distintos, representando a diversidade cultural do povo brasileiro;
- 10) esta abertura procedimental a novos atores para a discussão de fatos permite uma institucionalização do lobby político e jurídico na Corte, acarretando em uma ampliação do debate público em torno da matéria constitucional, provocando uma autorreferenciação do jurisdicionado na própria Constituição e o respeito à decisão exarada pela Corte. Assim como permite que as informações que chegam ao STF, através destes novos atores, melhorem o controle social do Tribunal, qualificando e dando credibilidade aos dados fáticos, que são indispensáveis para o conhecimento correto do conflito constitucional, aprimorando a interpretação da Constituição, tornando-a mais próxima da realidade social;
- 11) do mesmo modo, torna públicas as forças sociais com interesses na matéria em debate, publicizando os argumentos destes grupos de pressão, assim como a identificação da atuação destes mesmos grupos na criação da norma ou ato normativo questionado, permitindo ao Supremo Tribunal Federal uma avaliação crítica da atuação destes no procedimento do processo concentrado de constitucionalidade;
- 12) ao serem revelados, estes grupos moldam seu discurso para poder agir nos espaços institucionalizados, no sentido de buscarem argumentos que vão ao encontro de uma *ética pública*, ou de interesse público, para poder angariar simpatia da população e tentar influenciar verdadeiramente no pensamento dos ministros da Corte, podendo



inclusive mitigar a influência de pressões de bastidores a estes ministros;

- 13) ao ingressarem no debate público dentro do procedimento do processo constitucional, os grupos sociais que interagem nestes espaços trazem argumentos não necessariamente jurídicos, de modo que aproximam a jurisdição constitucional da política, rompendo com uma *tradicional* elitização do debate constitucional dentro dos processos submetidos à Corte Suprema, por conta da linguagem técnica normalmente utilizada e por o *locus* de discussão jurídica ser restrito.

Algumas destas conclusões ainda devem ser confirmadas pela dinâmica política em torno da atuação da sociedade civil no procedimento de controle concentrado de constitucionalidade das normas, diante da jovialidade deste novo cenário institucional pelo qual passa o Supremo Tribunal Federal.

Espera-se que esta pesquisa e estas observações permitam que outros estudos sejam realizados, abordando a participação política da população brasileira em todas as esferas de poder existentes no Estado, contribuindo para o amadurecimento das instituições democráticas no Brasil e incentivando a cidadania ativa da sociedade em novos espaços que antes eram exclusivos de juristas e especialistas.

## REFERÊNCIAS

ACATAUASSU, R. **Aborto de anencéfalos**, 2009. Disponível em: <[http://www.youtube.com/watch?feature=player\\_detailpage&v=TraXrQg9gB4](http://www.youtube.com/watch?feature=player_detailpage&v=TraXrQg9gB4)>. Acesso em: 14 mar. 2012.

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel de. **O órgão jurisdicional e sua função: estudos sobre a ideologia, aspectos críticos, e o controle do Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1997.

ALEMANHA barra ação judicial que acusa LHC de ser usina de buracos negros. **G1**, Ciência e Saúde, 9 de março 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/>>

Ciencia/0,,MUL1521774-5603,00ALEMANHA+BARRA+ACAO+JUDICIAL+QUE+ACUSA+LHC+DE+SER+USINA+DE+BURACOS+NEGROS.html>. Acesso em: 13 mai. 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda H. S. Silva. São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. São Paulo: Ícone Editora, 2001.

ANDRADE, Vera Regina de. A reconstrução do conceito liberal de cidadania: da cidadania moldada pela democracia à cidadania moldando a democracia. *In*: OLIVEIRA JR., José Alcebíades (Org.). **O poder das metáforas**: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.119-127.

APÓS OITO ANOS, entidades aguardam aprovação do STF em 11 de abril. **FEBRASGO**, 2011. Disponível em: <[http://www.febrasgo.org.br/?op=300&id\\_srv=2&id\\_tpc=5&nid\\_tpc=&id\\_grp=1&add=&lk=1&nti=995&l\\_nti=S&itg=S&st=&dst=3](http://www.febrasgo.org.br/?op=300&id_srv=2&id_tpc=5&nid_tpc=&id_grp=1&add=&lk=1&nti=995&l_nti=S&itg=S&st=&dst=3)>. Acesso em: 30 abr. 2012

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 19 nov. 2007.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. de 1999.

\_\_\_\_\_. Democracia, inclusão social e igualdade. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15., 2006, Manaus. **Anais**... Manaus: CONPEDI, 2006.

\_\_\_\_\_. **Soberania e Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BEÇAK, Rubens. O tribunal constitucional e sua intervenção no processo político. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Salvador. **Anais...** Salvador: CONPEDI, 2008. p. 2757-2772.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

\_\_\_\_\_. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Do estado constitucional ao país neocolonial: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Mensagem nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/1999/Mv1807-99.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.321-7**. Brasília, DF: STF, 2000a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2321&processo=2321>>. Acesso em: 5 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 2000b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.496-0**. Brasília, DF: STF, 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1496&processo=1496>>. Acesso em: 5 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.551-1**. Brasília, DF: STF, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticao>>

Inicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2551&processo=2551>. Acesso em: 10 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Habeas corpus 87.585-8 Tocantins**. Brasília, DF: STF, 2008a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.908-3**. Brasília, DF: STF, 2008b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2551&processo=2551>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 186 - Distrito Federal**. Brasília, DF: STF, 2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 11 mai. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 186-02**. Brasília, DF: STF, 2009b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400108&tipo=TP&descricao=ADPF%2F186>>. Acesso em: 27 mai. 2012.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 2009c. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm)>. Acesso em: 14 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.167-3**. Brasília, DF: STF, 2011a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4167&processo=4167>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277-7**. Brasília, DF: STF, 2011b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 2011c. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil – 1988**. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 7 jan. 2012.

BROWN vs. Board of Education of Topeka. **Our documents**, 1954. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=87&page=transcript>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquart. Os fundamentos de legitimidade do estado constitucional: as análises de Weber e Habermas. *In*: \_\_\_\_\_. **Temas de política e direito constitucional contemporâneo**. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 5-20.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo**: teoria e prática. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 8. ed. São Paulo: Ática, 1997.

CLEVÉ, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 7, 2001.

COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Democracia**: um conceito em disputa. 2008. Disponível em: <<http://www.socialismo.org.br/portal/filosofia/155-artigo/699-democracia-um-conceito-em-disputa>>. Acesso em: 29 mai. 2011

COUTINHO, Jacinto Miranda. O papel da jurisdição constitucional na realização do estado social. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 47-60, 2003.

CULLETON, Alfredo. Por que e onde buscar um princípio fundador para os direitos humanos? **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, RS, v. 40, n. 2, p. 57-59, jul./dez. 2007/2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2010.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus Curiae**: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2011. v. 1.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **O pêndulo da democracia contemporânea**: entre soberania popular e direitos humanos, uma via pluralista para a construção social do sentido da Constituição. 2004. 359f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: Edusp, 1988.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **Controle de constitucionalidade na omissão legislativa**: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos. Curitiba: Juruá, 2002.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O amicus curiae e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 8, n.1, p. 53-72, 2008.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

\_\_\_\_\_. **Formação econômica do Brasil**. 32. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

GESTA LEAL, Rogério. **Teoria do estado**: cidadania e poder político na modernidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONTIJO, André Pires; SILVA, Christine Oliveira Peter da. O papel do amicus curiae no Estado constitucional: mecanismo de acesso da transdisciplinaridade no processo de tomada de decisão constitucional. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza: CONPEDI, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno S. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Os “standards” do convencimento judicial**: paradigmas para seu possível controle. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2012.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russel editora, 2007.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editora, 1998.

LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da democracia política. *In*: \_\_\_\_\_. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 209-223.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que dogmática jurídica?**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Fundamentos constitucionais do processo** (sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais). São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira**. Estudo de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.

MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**: teoria da democracia. Tradução de Elisete Antoniuk e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MEDINA, Damares. **Amicus Curiae**: Amigo da Corte ou amigo da parte?. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativas pelo órgão judicial. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 1, n. 8, jan. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_08/cont\\_constitucionalidade.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2011.

\_\_\_\_\_. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOARES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**: revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri, SP: Manole, 2002.

PEÑARANDA, Maria Luisa Rodriguez. **Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009a.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009b.



ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios de direito político. 2. ed. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

\_\_\_\_\_. Introdução à sociologia da administração da Justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça**: a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1994.

\_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1995.

SANTOS, Karinne Emanoela Goettems dos. **A questão de fato e a questão de direito a partir de uma perspectiva hermenêutica**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Tradução Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **O constitucionalismo brasileiro**: evolução institucional. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.

\_\_\_\_\_. Ativismo Judicial não é bom para a Democracia. **Consultor Jurídico**, 15 mar. 2009b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 30 mar. 2011.

\_\_\_\_\_. O Supremo, o contramajoritarismo e o “Pomo de ouro”. **Consultor Jurídico**, 12 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 out. 2010.

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

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. **Sur, Rev. int. direitos human.** [online], v.4, n.6, p. 28-51, 2007.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. **Revista Ajuris**, n. 74, p. 266, nov. 1988.

WARAT, Luis Alberto. La ciudadanía sin ciudadanos: tópicos para un ensayo interminable. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 26, ano XIV, p. 1-17, jul. 1993.

WOLKMER, Antônio Carlos. A ética em redefinição: um novo fundamento para o direito. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 26, ano XIV, p. 50-58, jul. 1993.

\_\_\_\_\_. Do paradigma político da representação à democracia participativa. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 42, ano XXII, p. 83-97, jul. 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derecho, justicia**. 4. ed. Madri: Trotta, 2002.

## ANEXOS

### ANEXO A – Estudo do IBGE inserido no voto do Relator Ministro Ricardo Lewandowski, p. 23-26.

“Os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD mostram um crescimento da proporção da população que se declara preta ou parda nos últimos dez anos: respectivamente, 5,4% e 40,0% em 1999; e 6,9% e 44,2% em 2009 (Gráfico 8.2 e Tabela 8.1). Provavelmente, um dos fatores para esse crescimento é uma recuperação da identidade racial, já comentada por diversos estudiosos do tema. (...) No entanto, independentemente desse possível resgate da identidade racial por parte da população de cor preta, parda ou de indígenas, a situação de desigualdade que sofrem os grupos historicamente desfavorecidos subsiste. Uma série de indicadores revelam essas diferenças, dentre os quais: analfabetismo; analfabetismo funcional; acesso à educação; aspectos relacionados aos rendimentos; posição na ocupação; e arranjos familiares com maior risco de vulnerabilidade. Por se tratar de uma pesquisa por amostragem, como já destacado, na PNAD, as categorias com menor representação não são incluídas nas tabelas desagregadas por unidade da Federação. (...) Quando se observam as taxas de analfabetismo, de analfabetismo funcional e de frequência escolar, verifica-se uma persistente diferença entre os níveis apresentados pela população branca, por um lado, e as populações preta ou parda, por outro. A taxa de analfabetismo diminuiu na última década, passando de 13,3%, em 1999, para 9,7%, em 2009, para o total da população, o que representa ainda um contingente de 14,1 milhões de analfabetos. Apesar de avanços, tanto a população de cor preta quanto a de cor parda ainda têm o dobro da incidência de analfabetismo observado na população branca: 13,3% dos pretos e 13,4% dos pardos, contra 5,9% dos brancos, são analfabetos. Outro indicador importante é o analfabetismo funcional, que engloba as pessoas de 15 anos ou mais de idade com menos de quatro anos completos de estudo, ou seja, que não concluíram a 4ª série do ensino fundamental. Essa taxa diminuiu mais fortemente nos últimos dez anos, passando de 29,4%, em 1999, para 20,3%, em 2009, o que representa ainda 29,5 milhões de pessoas. O analfabetismo funcional concerne mais fortemente aos pretos (25,4%) e aos pardos (25,7%) do que aos brancos (15,0%). São 2,7 milhões de pretos e 15,9 milhões de pardos que frequentaram escola, mas têm, de forma geral, dificuldade de exercer a plena cidadania através da compreensão de textos, indo além de uma rudimentar decodificação. A média de anos de estudo é uma outra maneira de se avaliar o acesso à educação e as consequentes oportunidades de mobilidade social. A população branca de 15 anos ou mais de idade tem, em média, 8,4 anos de estudo em 2009, enquanto pretos e pardos têm, igualmente, 6,7 anos. Em 2009, os patamares são superiores aos de 1999 para todos os grupos, mas o nível atingido tanto pela população de cor preta quanto pela de cor parda, com relação aos anos de estudo, é atualmente inferior àquele alcançado pelos brancos em 1999, que era, em média, 7,0 anos de estudos. A proporção de estudantes de 18 a 24 anos de idade que cursam o ensino superior também mostra uma situação em 2009 inferior para os pretos e para os pardos em relação à situação de brancos em 1999. Enquanto cerca de 2/3, ou 62,6%, dos estudantes brancos estão nesse nível de ensino em 2009, os dados mostram que há menos de 1/3 para os outros dois grupos: 28,2% dos pretos e 31,8% dos pardos (Gráfico 8.3 e Tabela 8.4). Em 1999, eram 33,4% de brancos, contra 7,5% de pretos e 8,0% de pardos. (...) Em relação à população de

25 anos ou mais de idade com ensino superior concluído, a PNAD 2009 mostra que há um crescimento notório na proporção de pretos e de pardos graduados, com a ressalva de que o ponto de partida na comparação é 1999, com 2,3% tanto para pretos quanto para pardos. Isso posto, observa-se que a quantidade de pessoas que têm curso superior completo é hoje cerca de 1/3 em relação a brancos, ou seja: 4,7% de pretos e 5,3% de pardos contra 15,0% de brancos têm curso superior concluído nessa faixa etária (Gráfico 8.4). (...) Além das diferenças educacionais, a PNAD desvenda fortes diferenças nos rendimentos. Considerando os anos de estudo (Gráfico 8.5), vê-se que as disparidades concernem a todos os níveis. Faixa a faixa, os rendimentos-hora de pretos e de pardos são, pelo menos, 20% inferiores aos de brancos e, no total, cerca de 40% menores. Comparando com a situação de dez anos atrás, houve melhora concentrada na população com até 4 anos de estudo, pois, em 1999, os rendimentos-hora de pretos e de pardos com esse nível de escolaridade representavam, respectivamente, 47,0% e 49,6% do rendimento-hora de brancos, passando a 57,4% para os dois grupos em 2009. (...) A desigualdade entre brancos, pretos e pardos se exprime também na observação do “empoderamento”, relacionado ao número de pessoas em posições privilegiadas na ocupação. Na categoria de empregadores, estão 6,1% dos brancos, 1,7% dos pretos e 2,8% dos pardos em 2009. Ao mesmo tempo, pretos e pardos são, em maior proporção, empregados sem carteira e representam a maioria dos empregados domésticos (Gráfico 8.8 e Tabela 8.15). (...) A proteção das famílias e o desenvolvimento das crianças e adolescentes são pontos fundamentais de atenção para as políticas públicas. Vale destacar que famílias com pessoa de referência de cor preta ou parda, seja homem ou mulher, compõem, em maior proporção, casas com filhos menores de 14 anos. Além disso, um tipo de família considerado mais vulnerável – mulher sem cônjuge com filhos pequenos – é também composto, em maior proporção, por pessoa de referência de cor preta, 23,3%, e parda, 25,9%, enquanto a proporção para brancas é de 17,7% (Tabela 8.14). Essas configurações poderiam explicar os efeitos, em termos de melhoria da situação econômica tanto para pretos quanto para pardos na base da pirâmide de rendimentos, a partir de políticas aplicadas nos últimos anos e que merecem aprofundamento para combater não só a miséria, mas também a pobreza, e melhorar a coesão social.”.

Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2010/SIS\\_2010.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2010/SIS_2010.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2012.