

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**O CONTROLE COOPERATIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS
ATRAVÉS DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E DA ATUAÇÃO DO AMICUS CURIAE
NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

JADSON CORREIA DE OLIVEIRA

**Recife
2014**

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**O CONTROLE COOPERATIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS
ATRAVÉS DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E DA ATUAÇÃO DO AMICUS CURIAE
NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

JADSON CORREIA DE OLIVEIRA

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, com vistas à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa Araújo

**Recife
2014**

O48c

Oliveira, Jadson Correia

O controle cooperativo de constitucionalidade das normas através das audiências públicas e da atuação do Amicus Curiae na jurisdição Constitucional / Jadson Correia Oliveira ; orientador Marcelo Labanca Corrêa Araújo, 2014.

119 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Coordenação Geral de Pós-Graduação. Mestrado em Direito, 2014.

1. Controle de constitucionalidade . 2. Direito constitucional. I. Título.

CDU 342(81)

JADSON CORREIA DE OLIVEIRA

**O CONTROLE COOPERATIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS
ATRAVÉS DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E DA ATUAÇÃO DO AMICUS CURIAE
NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

DEFESA PÚBLICA em

Recife, 12 de setembro de 2014.

A Banca Examinadora composta pelos Professores Doutores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa de dissertação em nível de Mestrado junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como parte dos requisitos necessários à obtenção do Título de Mestre, na área de concentração Direito, Processo e Cidadania, Linha de Pesquisa Processo e Dogmática, tendo-o julgado da seguinte forma:

Aprovado por:

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo
Orientador

Prof. Dr. Glauco Salomão Leite
Examinador Interno

Prof. Dr. Ivan Luiz da Silva
Examinador Externo

Recife

2014

DEDICATÓRIA

A Deus, senhor e criador de todas as coisas, que me concedeu a vida e uma maravilhosa família.

Reservo esse momento para render homenagens aos meus pais, Jacson e Zuleik, e irmão, Jacson Júnior, por sempre acreditarem no meu esforço e por me fazerem perseverar nos momentos mais difíceis. É por vocês que eu me esmero, no sentido de buscar melhorar a cada dia como filho, irmão e profissional.

Dedico todos méritos alcançados, nessa e em todas as outras etapas, à minha mãe, Zuleik, personificação do amor divino na Terra, pessoa que nunca esmoreceu e que perseverou sobre obstáculos que outros sequer ousariam enfrentar. A sua presença foi, é, e para sempre será, o suporte que nos mantém unidos e avançando. Tudo isso é fruto da sua indescritível participação em minha vida.

Ao meu irmão, Jacson Júnior, que mesmo a distância por motivos profissionais, nunca deixou de estar presente no meu cotidiano.

Aos meus avós. Os paternos, Gilberto Gomes (*in memoriam*) e Wilma Eugênia pelos ensinamentos da vida religiosa e acadêmica; os maternos, Antônio Correia (*in memoriam*) e Argentina Correia, pelo amor, preocupação e valorização da educação na minha vida.

À Raíssa, pelo amor, pelo companheirismo, pela presença, pela paciência ante as minhas ausências e pela contribuição para a realização dessa etapa.

Aos meus tios e primos, pelo convívio, pelas conversas, pelos momentos de alegria e pelo suporte em tantos outros de tristeza, em especial aos meus tios Zeneide e Randes, que em vários momentos agiram como verdadeiros pais, demonstrando preocupação com a minha formação e o meu cansaço em virtude das constantes viagens, e a minha prima-irmã, Clarinha, pelas incontáveis brincadeiras depois das aulas.

AGRADECIMENTOS

Aos meus grandes amigos Élio e Amin, parceiros das constantes viagens de Paulo Afonso à Recife e que compartilhavam das mesmas preocupações e ansiedades.

Aos professores do programa de pós-graduação em Direito da UNICAP, de quem tive a honra de ser aluno, Marília Montenegro, Hélio Ourem, João Paulo Allain Teixeira, Sérgio Torres, Fábio Túlio, Leonardo da Cunha, Lúcio Grassi, Virgínia Collares.

Enalteço o trabalho do professor e amigo Marcelo Labanca em aceitar ser meu orientador, por confiar no meu trabalho e por dedicar seu tempo a me ajudar a concluir esta pesquisa.

Ao Professor Doutor Glauco Salomão, pelas sugestões de leitura e pelo material disponibilizado. Muito obrigado pela sua participação na concretização deste trabalho.

Aos membros da banca avaliadora pela atenção, disponibilidade e pela oportunidade de tê-los nessa importante etapa de minha vida acadêmica.

Aos integrantes do corpo administrativo da UNICAP que de forma paciente e atenciosa, sempre, buscam solucionar as dúvidas e orientar os alunos.

Aos amigos Professores Doutores Fernando Amorim e Ivan Luiz pelo apoio, incentivo e disponibilidade em ajudar com orientações e conselhos sobre a atividade acadêmica desenvolvida nestas linhas.

A realização desta monografia não seria possível sem o incentivo dos amigos de turma, cujo entusiasmo por minha atividade se constituiu num estímulo permanente.

Aos membros da Faculdade Sete de Setembro – FASETE, em Paulo Afonso – BA, professores e alunos, por apoiar e incentivar este trabalho, em especial aos professores Luiz José e Eloy Lago pelo acompanhamento e a Alisson Lima, por sua ajuda na digitação dos manuscritos.

Ao amigo Daniel Farias pelo incentivo e por entender as minhas ausências no escritório.

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de analisar a abertura do processo constitucional objetivo por meio da realização de audiências públicas e da participação do *amicus curiae* decorrentes da aplicação da tese de Peter Häberle acerca da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, isto é, da pluralização do debate e processo constitucional, a fim de promover o acesso à jurisdição constitucional abstrata e buscar a legitimidade das decisões. O ponto de partida de tal estudo se deve às constantes posturas adotadas pelo STF em sede de participação democrática em suas decisões no curso dos processos objetivos de controle de constitucionalidade das normas. Para alcançar o seu desiderato, a presente investigação inicia fazendo um estudo sobre o Estado e suas relações com os cidadãos, a atividade jurisdicional e a maneira como esse poder é exercido e a aproximação entre os sistemas de controle de constitucionalidade difuso e concentrado, aborda também cada um dos temas delineadores da tese haberliana: a busca pela legitimidade do Direito e a atuação dos intérpretes da Constituição, pois, conforme propalado por Häberle, não há norma que não a norma interpretada, por isso a extrema preocupação sobre a figura do intérprete; a releitura do princípio da legalidade, após o advento do movimento neoconstitucionalista, com ênfase no período do segundo pós-guerra; a necessidade de se realizar o processo constitucional, de acordo com a evolução da própria sociedade a respeito dos seus valores (tempo e Constituição), a interpretação evolutiva do texto constitucional, sob pena de se fossilizar o Direito e afastá-lo da sociedade. Outrossim, torna-se imprescindível a análise acerca da organização do Estado, pois a forma como a relação Estado-sociedade se desenvolve acaba por refletir a tendência a uma maior ou menor abertura à participação social. Este trabalho, organizado em cinco capítulos e valendo-se do método dialético, bem como de realização de pesquisas booleanas no site do STF, utiliza como exemplo da aplicação dos temas abordados a análise do voto do Ministro do STF Celso de Mello sobre o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, proferido na ADPF 132/RJ, bem como da forma como foram organizadas as audiências públicas, escolhidas em virtude de terem sido concluídas, quando da confecção da presente pesquisa. A pesquisa conclui que a subjetivização do controle concentrado de constitucionalidade reflete uma expansão da cidadania e da própria democracia, quando cria um espaço deliberativo dentro de uma Corte que possui aptidão para decidir de forma isolada para viabilizar o acesso social ao processo de construção da decisão judicial.

Palavras-chave: Legitimidade das decisões proferidas no controle objetivo de constitucionalidade; Diálogo social no STF; Audiências públicas e *Amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade.

ABSTRACT

This paper has as goal to examine the thesis of Peter Häberle about the open society of interpreters of the Constitution, i.e., the pluralization of the debate and the constitutional process. The starting point for such a study is due to the recent positions taken by the Supreme Court (STF) based on democratic participation in their decisions, such as holding public hearings as well as enabling that *amici curiae* participate in the course of the objective processes of constitutional control. The study presents each of the major themes of the German jurist thesis, such as: legitimacy of law and the role of interpreters of the Constitution, because, as Häberle declared, there is no rule unless the interpreted one, therefore the extreme concern about the interpreter, taking special attention, in the current constitutional process: in the Brazilian tradition, the *amicus curiae*, the reinterpretation of the principle of legality after the new constitutionalism, with emphasis on the period after the second world war, the need to carry out the constitutional process in accordance with the evolution of the society itself, about its values (time and Constitution), the evolutive interpretation of the Constitution, in order not to fossilize the law and/or not allowing that it be far away from the whole society. By logical consequence, it is mandatory to near law and society, which may be done by adopting non majority position by the Court that holds that the constitutional process. It is also to be noted that the opening of the constitutional process, although it is a trend that has been applied in many jurisdictions, even due to the approximation of judicial review models (diffuse and concentrated), receives hard criticism, mainly because of the social openness to the Constitution, either if it is held by a Constitutional Court or by a Supreme Court. This happens due to the occurrence of such activity at the level of problematic interpretation issue, which permeates the concerning results, either they are majority or not. This paper uses, as an example of the theory's application, the analysis of extracts from the vote of Celso de Mello, one of the Supreme Court ministers, about the recognition of homo-affective unions, delivered in ADPF 132/RJ.

Key-words: Judicial review legitimacy; Social dialogue into the STF; Public deliberation and the *amicus curiae* into the objective judicial review.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 CENÁRIO DE DESENVOLVIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	16
1.1 A construção do Estado Democrático	16
1.2 A democracia deliberativa e sua influência no processo constitucional	18
1.3 O exercício da atividade jurisdicional no Estado de Direito	24
1.4 O neoconstitucionalismo: A necessidade da interpretação valorativa da norma.	30
2 CONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	41
2.1 O constitucionalismo e a influência de uma constituição na construção do Estado	41
2.2 A necessidade de se manter um sistema de controle de constitucionalidade.....	44
2.3 A implementação do controle de constitucionalidade no Brasil e a sua hibridez.	48
2.4 O poder popular e a legitimidade do STF para promover o controle de constitucionalidade.....	53
3 A ABERTURA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	57
3.1 O povo como ator e não mero espectador na interpretação das normas constitucionais.....	57
3.2 As contribuições de Peter Häberle para a Constituição brasileira de 1988 e abertura do seu rol de intérpretes	61
3.3 O caráter sociológico empregado no modelo de interpretação proposto por Häberle.....	64
3.4 O procedimentalismo na jurisdição constitucional e a legitimidade da jurisdição constitucional aberta	68
4 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E O CONTROLE COOPERATIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS PELO STF	74
4.1 Fundamentos principiológicos das audiências públicas	74
4.2 A utilização das audiências públicas no controle de constitucionalidade realizado no Brasil	76
4.3 Os novos meios de criação das decisões judiciais: as audiências públicas e o princípio democrático	84
4.4 A impossibilidade da aplicação do Teorema de Condorcet às audiências públicas	91

5 O AMICUS CURIAE COMO RESPOSTA AO DÉFICIT DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DO STF.....	94
5.1 O <i>amicus curiae</i> no ordenamento jurídico brasileiro: primeiras previsões e o atual contorno dado ao tema	94
5.2 O <i>amicus curiae</i> no projeto do novo Código de Processo Civil	102
5.3 Análise do voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 132/RJ: a união estável homoafetiva e a evolução dos comportamentos social e constitucional	104
CONSIDERAÇÕES FINAIS	109
REFERÊNCIAS.....	114

INTRODUÇÃO

É entendimento firmado na doutrina constitucional que no Brasil houve a adoção dos dois clássicos modelos de controle de constitucionalidade, a saber: a) o concentrado, caracterizado pela existência de uma Corte Constitucional incumbida, exclusivamente, de realizar a atividade de controle de constitucionalidade das normas dentro de um processo em que não há partes e, por isso mesmo, contraditório, sendo, então, realizado em abstrato e; b) o difuso, que se destaca pela sua amplitude ao permitir que qualquer juiz ou tribunal realize a atividade jurisdicional, dentro da resolução de conflitos em concreto, levados à sua apreciação.

Assim, a pesquisa em foco tem como ponto nodal a demonstração de que tal separação entre os modelos de controle reside na doutrina, uma vez que ambos, cada vez mais se aproximam, criando-se, dessa forma, temas como a objetivação do controle difuso e a subjetivação do controle abstrato de constitucionalidade.

Enquanto que o primeiro se caracteriza como técnica processual que visa garantir celeridade e uniformidade às decisões jurisdicionais, constitucionais por meio do emprego da teoria dos precedentes vinculantes, o segundo, investigado neste trabalho, reside no campo da busca pela legitimidade das decisões proferidas pela corte que realiza o processo constitucional, através da abertura de um verdadeiro diálogo entre a corte que realiza o controle e a sociedade.

Para alcançar seu desiderato, a dissertação fulcra-se em dois pontos de investigação científica: 1º) as transformações decorrentes da busca pela legitimidade nas decisões proferidas pelas cortes incumbidas de realizar o processo constitucional objetivo; 2º) a aproximação entre os modelos de controle de constitucionalidade com a realização de audiências públicas e a permissão da atuação do *amicus curiae* no processo constitucional, concentrado como formas de garantir a evolução da interpretação constitucional e, conseqüentemente, a legitimidade democrática das decisões que serão proferidas.

O primeiro ponto de investigação tem por objeto de estudo as transformações impostas ao Direito, sobremaneira no período do segundo pós-guerra, pelo advento da legitimidade como um aspecto que deve sobressair nas decisões jurisdicionais, aí incluídas as proferidas em sede de controle de constitucionalidade. Deve-se levar em consideração, ainda, que a garantia do acesso à atividade jurisdicional traz para o Judiciário muito mais do que uma proteção contra investidas dos demais Poderes. Faz emergir, também, a necessidade de dar soluções pautadas pelo princípio da eficiência. Para tanto, a abordagem analisará as alterações que o movimento neoconstitucionalista promoveu e a interpretação do princípio do acesso à Jurisdição dentro do contexto sobredito.

A segunda linha de estudo aborda a aproximação dos modelos de controle de constitucionalidade das normas, em especial, a análise da adoção de critérios que sozinhos desnaturariam o conceito de controle objetivo, como a participação de pessoas e órgãos na qualidade de *friends of court* ou na realização de audiências públicas. Esse é, dentro da investigação, ora realizada, o ponto de suporte para que haja o diálogo da Corte com a sociedade e, conseqüentemente, o alcance de uma legitimidade social na decisão proferida em sede de jurisdição constitucional concentrada.

Ademais, com o advento do projeto do novo CPC houve uma valorização da participação do *amicus curiae* na relação processual, seja qual for a sua espécie, tudo isto com vistas ao atendimento a um modelo cooperativo de processo que, conforme investigado neste trabalho, trouxe a ideia da formação de uma decisão jurisdicional através da ampla participação, em condição de igualdade, entre todos os sujeitos processuais.

A ideia acima esposada reforça a doutrina habermasiana, que permeia as páginas desta dissertação, acerca da decisão jurisdicional, principalmente, em sede de controle de constitucionalidade, precisar ser o resultado da aplicação do princípio democrático, e as audiências públicas, bem como a possibilidade da participação do *amicus curiae*, demonstram essa busca da corte pela abertura a um diálogo social, mesmo podendo, em tese, decidir de forma isolada e alheia aos anseios sociais.

Ocorreu, portanto, uma investigação acerca de um critério jurídico de legitimidade nas decisões proferidas em sede de controle concentrado de

constitucionalidade por meio da aproximação dos modelos de controle de constitucionalidade como uma maneira de viabilizar a garantia do acesso à atividade jurisdicional constitucional. O estudo, destaque-se, não objetivou revisitar elementos históricos como o surgimento dos institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas e suas noções gerais, mas, sim analisar as repercussões jurídicas que ambos vem causando na jurisprudência do STF e na análise do processo como instrumento do exercício da cidadania.

A fim de estudar tal aproximação, foi utilizada a obra de Peter Häberle acerca da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição, que, apesar de ter sido originalmente publicada em 1975, ainda hoje desperta constantes debates jurídicos, haja vista a sua análise peculiar e vanguardista sobre o processo constitucional e a necessidade da sua pluralização.

Para que se possa entender a temática abordada por Häberle em sua obra, deve-se analisar os conceitos abarcados pela mesma em separado. A sua preocupação com a legitimidade do Direito, não só aquele Direito realizado pela sociedade fechada dos intérpretes da Constituição, mas também aquele vivenciado pelos demais destinatários da norma constitucional; a busca por meios que permitam a sociedade aberta, aí incluída não só a parcela majoritária da coletividade, atuar de forma determinante na densificação do texto constitucional e, também, a realização do Direito além das meras palavras contidas no enunciado legal.

Também é inegável que a tese defendida pelo autor alemão já irradiou seus efeitos perante o ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual, merece destaque a análise do voto do ministro Celso de Mello, quando do julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2011 a respeito do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Para tanto, as lições de Häberle acerca da constante evolução das normas constitucionais, junto com as mudanças de valores da sociedade, bem como a adoção da função contramajoritária pelo STF foram imprescindíveis para que se chegasse a uma decisão que abarcasse o conteúdo axiológico da Carta Magna, não havendo assim que se para num eventual óbice criado pelo artigo 226, §3º da Constituição da República que diz que família é a união entre homem e mulher.

O grande problema enfrentado na presente investigação diz respeito, conforme resta sedimentado na doutrina e também pelo próprio discurso da sociedade, ao déficit de legitimidade de que padecem as decisões proferidas pelo STF em sede de processo objetivo de controle de constitucionalidade das normas em virtude, principalmente, daquela corte adotar uma postura distante da sociedade.

O que se quer dizer é, a mais alta corte do Brasil, muitas das vezes responsável por dar uma decisão final sobre situações que alcançarão os interesses da sociedade brasileira. Não deveria chegar a uma conclusão sem se permitir ouvir a opinião técnica dos que serão alcançados por tal *decisum*, até mesmo por conta da função social que o processo, analisado como um procedimento regrado pelo contraditório-participativo, possui por ser a manifestação de um exercício de poder.

Assim, por meio da análise de ideias, como a pluralização dos intérpretes da Constituição, para que se busque alcançar um ideal de legitimidade social e participativa e do respeito ao procedimento para realizar tal atividade, é que o controle de constitucionalidade objetivo, em que pese a existência da garantia do acesso à atividade jurisdicional, na verdade, por não possuir partes nem comportar a figura do contraditório, acaba por promover um afastamento da sociedade do Direito. Tal quadro ocasiona o não entendimento das decisões proferidas e, conseqüentemente, uma menor eficácia e uma maior dificuldade quanto a sua implementação.

Nesse sentido, a própria Constituição da República, de 1988, buscou meios de promover esse encontro, ou de pelo menos diminuir essa tensão, entre os jurisdicionados e o Direito. Tanto é verdade o que se afirma acima que é sabido que, inicialmente, o sistema de controle abstrato de constitucionalidade das normas era, no tocante à legitimidade para o seu início, bastante restritivo, recaindo tal atribuição somente ao Procurador Geral da República. Somente, após a emenda constitucional número 3, de 1993, ocorreu uma, ainda tímida, ampliação do rol de legitimados, exigindo-se, também, a demonstração da pertinência temática. O que tal alteração provocou foi uma singela pluralização do debate constitucional e uma certa democratização da jurisdição constitucional objetiva.

Dessa forma, partindo das premissas alinhavadas, ratifica-se o argumento acerca da abertura do controle concentrado de constitucionalidade, a fim de permitir o tão aguardado diálogo da Corte Constitucional com a sociedade por estar em consonância com o princípio democrático habermasiano.

Para alcançar o seu desiderato, a presente pesquisa, valendo-se do método dialético e de uma abordagem qualitativa, está dividida em cinco capítulos nos quais foram analisados conceitos históricos acerca da formação do Estado, da relação deste como a sociedade, da evolução dos modelos de controle de constitucionalidade, inclusive, no Brasil, sua importância para o ordenamento jurídico e características. Mais a frente, o estudo exploratório recaiu sobre o confronto entre os modelos de controle de constitucionalidade e sua aproximação, tendo como referencial teórico a obra de Häberle, já mencionada nas linhas desta introdução, traçando um verdadeiro comparativo dessa obra com as teorias acerca de um modelo cooperativo de exercício da atividade jurisdicional. Ademais teorias como a do princípio democrático e a de um sistema jurídico legitimado pelo procedimento também foram utilizados na elaboração desta investigação.

Por fim, percebe-se que o diálogo da Corte com a sociedade é uma postura crescente no processo de construção da decisão jurisdicional dentro do modelo concentrado de constitucionalidade, apesar de ser de realização facultativa, e de ainda não possuírem um procedimento delimitado, sendo na verdade uma tentativa de agregar legitimidade às decisões, não devendo ser pautada, destaque-se, unicamente, pela quantidade de participantes nas audiências públicas ou como *amici curiae*, mas sim na qualidade das sustentações realizadas de modo a concluir que o que foi dito em sede contraditório permeou a decisão proferida pela corte.

1 CENÁRIO DE DESENVOLVIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 A construção do Estado Democrático

A palavra Estado gera um enorme debate acadêmico, quando se busca a sua origem etimológica, mas dentro de uma realidade social e estrutural, ele constitui-se como instituição política e por estar inserido num contexto histórico-social, possui a função precípua de atuar, desenvolvendo diversas atividades de interesse público, sendo a primeira delas, e talvez a mais valiosa, a própria manutenção da sociedade. Para alcançar esse desiderato precisa se valer de seu poder para, se for o caso, valer-se da sanção como forma de compelir seus súditos a adotarem as posturas por ele determinadas. Por fim, e não menos importante, há a função de garante do convívio social, por meio da promoção de esforços tendentes a solucionar litígios e pacificar as relações sociais.¹

Assim, cumpre ao Estado, por meio da coerção, manter a estabilidade e a integração do grupo social. O Estado reflete uma verdadeira ordem de hierarquia, a fim de disciplinar os indivíduos.

Portanto, conceituar o Estado é tarefa árdua e rende muitas discussões doutrinárias, até mesmo entre os autores da área. Contudo, o que se pretende ressaltar, nas linhas desta investigação, é que o Estado brasileiro se encontra numa interseção entre o modelo proposto por Aristóteles², para quem a cidade é uma realidade natural, decorrência da natural postura humana de socializar com seus pares, e a perspectiva contratualista, desenvolvida por meio da concretização das vontades racionais dos contratantes, dos cidadãos.

Destacam-se entre os defensores desta segunda linha de estudo, acerca do surgimento do Estado Hobbes, Locke e Rosseau. Sobre eles, valiosas são as palavras abaixo transcritas:

[...] Hobbes verá no poder coercitivo a única força capaz de estabelecer a unidade, edificando uma ordem estatal que – em uma análise superficial [...] – tem matiz absolutista, inclusive controlando a religião. Locke, diversamente, propugnará uma

¹ NADAL, Fábio. **A Constituição como um mito: o mito como discurso legitimador da constituição**. São Paulo: Método, 2006, p. 36.

² ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 16.

organização estatal garantidora dos direitos naturais dos homens, especificamente do direito de propriedade, o que o torna o pai do liberalismo. Rosseau defenderá uma democracia direta calcada nas noções de soberania popular e de sufrágio universal.³

Diante disso, tem-se que o Estado surge, num primeiro momento, dentro de um panorama medieval, pautado pelos conceitos de soberania e absolutismo, avançando, após o período das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, para um Estado de Direito, transformando-se, mais a frente, num Estado Democrático de Direito.

Na visão de Ivo Dantas, o Estado Democrático de Direito, agrega "duas das principais máximas do Estado Contemporâneo, quais sejam a origem popular do poder e a prevalência da legalidade."⁴

A reunião dos elementos caracterizadores do Estado Democrático com os do Estado de Direito, foi descrito por Bobbio nos seguintes termos:

Estado Liberal e estado democrático são inter⁵dependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais.

Decorre da característica da soberania estatal a ideia de decidir acerca do conteúdo e aplicação das leis.

Deve-se conceber a soberania como um elemento imprescindível à existência do próprio Estado, mesmo nas relações feitas com outros Estados

³ BARROS, Vinícius Soares de Campos. O Estado. In: In: NOVELINO, Marcelo; ALMEIDA FILHO, Agassiz (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria do Estado**. Salvador: JusPodivm, 2012.p. 25.

⁴ DANTAS, Ivo. **Da defesa do Estado e das Instituições Democráticas**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989, p.27.

⁵ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p.20.

não existe subordinação, mas, sim, a igualdade, pois cada um possui sua soberania.

Essas linhas já servem para corroborar com o raciocínio de que um Estado democrático de direito viabiliza a existência de um processo democrático pautado pelo princípio do devido processo legal. Sobre o tema, Armando Albuquerque menciona Mainwaring, Brinks e Pérez-Liñan que trazem o seguinte conceito de democracia:⁶

[...] tomam como ponto de partida uma definição mínima de democracia que compreende quatro propriedades: a primeira delas é a existência de eleições competitivas livres e justas para o Legislativo e o Executivo”; a segunda compreende uma cidadania adulta e abrangente; a terceira se refere à proteção das liberdades civis e dos direitos políticos; finalmente, a quarta, consiste em que os governantes eleitos de fato governem (o que implica no controle civil democrático dos militares).

Interessa para este trabalho a propriedade citada em segundo lugar, pois uma cidadania adulta e abrangente viabiliza a efetiva participação num processo judicial que servirá para a construção de uma norma jurídica, um precedente, sobremaneira quando se fala na construção de uma jurisdição constitucional buscando ir além de conferir importância ao ato de criar a lei.

Assim, insista-se, em virtude da relevância que possui para o tema, a grande importância do estudo do Estado para a presente investigação deve-se ao fato de que vários foram os seus comportamentos perante os súditos, bem como as formas adotadas, o que acaba repercutindo na maneira como os poderes, aí, incluída a atividade jurisdicional, também sob a ótica da jurisdição constitucional, é exercida.

1.2 A democracia deliberativa e sua influência no processo constitucional

Com base nisso, é que transparece a necessidade de também se analisar o conceito de democracia, uma vez que a palavra possui vários

⁶ ALBUQUERQUE, Armando. Teoria democrática contemporânea: de Schumpeter a Mainwaring. In: NOVELINO, Marcelo; ALMEIDA FILHO, Agassiz (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria do Estado**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 140.

significados, tais como: a realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, que já é um conceito que evoluiu da doutrina liberal que instituiu o Estado de Direito. “A evolução histórica e a superação do liberalismo, a que se vinculou o conceito de Estado de Direito, colocam em debate a questão da sua sintonia com a sociedade democrática.”⁷

Convém destacar que o momento de formação de uma Constituição democrática também enseja a necessidade de uma atuação de hierarquia do Estado. Não se pode imaginar que tal processo é linear, até mesmo porque, nesse período haverá tensões e contradições de toda natureza. Para que uma Constituição possa ser reconhecida como, verdadeiramente, democrática não basta que se respeite apenas um processo aberto de elaboração de suas normas, é preciso que a Constituição represente uma transformação social com vistas a assegurar a justiça social.⁸

Bobbio afirma, inclusive, que a democracia passa por constantes transformações, ele prefere utilizar essa expressão a indicar que há uma crise, até porque, como ele mesmo afirma a democracia é dinâmica, o despotismo é estático, por isso mesmo que o estar em transformação é algo natural para a democracia. Parte-se de um modelo de democracia direta, a dos antigos, para uma democracia representativa, tida como moderna, mas o despotismo é igual desde a antiguidade.⁹

O citado autor afirma que democracia é caracterizada por um conjunto de regras que ditam quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos.

Aprofundando o debate encontram-se as seguintes constatações: a) compete ao Legislativo, partindo do ideal da separação dos poderes, exercer sua atividade típica de maneira a editar leis que estejam conforme os preceitos constitucionais; b) por sua vez, foi incumbido ao Judiciário o papel de guardião

⁷ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 114.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 43.

⁹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p.19.

da Constituição, devendo, ao promover o controle de constitucionalidade, retirar do ordenamento as leis que de alguma forma violem o texto constitucional, por isso mesmo pode-se dizer que é quem possui a última palavra sobre a regularidade dos atos parlamentares.

Assim, diante das constatações acima surge o problema que, se a democracia exige a participação de todos, como se poderia conceber que a supremacia da Constituição sobre as decisões parlamentares majoritárias, lembrando que a regra fundamental da democracia é a da maioria?¹⁰

Dentro do estudo, não se pode deixar de levar em consideração a opção por uma democracia representativa que, em linhas gerais, traz a ideia de que a sociedade escolhe, de forma direta, seus representantes que exercerão os poderes estatais, aí, incluída, insista-se, a atividade jurisdicional. Daí surge o raciocínio que os direitos estão incorporados em um estado democrático.

No Estado social e democrático fica patente que o direito se apresenta como instrumento de garantias de direitos, razão pela qual, passa a servir de veículo para que as demandas do mundo da vida se façam perceptíveis aos sistemas político e econômico.¹¹

Então, foi o próprio Estado Liberal, calcado pelos ideais libertários pós-Revolução Francesa era caracterizado pela não intervenção do Estado na economia, a separação dos poderes estatais e a garantia dos direitos individuais fundamentais quem criou o espaço para o surgimento de um Estado de Direito, que valorizava, fortemente, o princípio da igualdade ao criar o direito público subjetivo.

Por sua vez, o Estado Social, que surge numa tentativa de garantir um rol de direitos sociais que serviriam para o alcance da igualdade material, na visão de Bonavides, se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo.¹²

¹⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 4.

¹¹ SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 124-125.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, pp. 205-206.

Conforme dito acima, o Estado Democrático de Direito buscou conciliar as características do Estado de Direito com as do Estado Democrático, a fim de viabilizar que os sujeitos, para que se realizem como indivíduos e usufruam de sua dignidade, possam exigir do Estado o cumprimento de seus programas públicos.

Uma vez que não há governo democrático sem que haja governo do povo, deve-se entender, ademais, quem é o povo. Destaque-, de logo, que tal estudo mereceu capítulo próprio neste trabalho até mesmo para que se pudesse demonstrar a necessidade de que se ouça o povo no processo de formação da decisão judicial trazida após a realização de uma audiência pública. Contudo, no presente momento a análise se faz com o escopo de demonstrar a imbricação do povo com a essência da democracia.

Importante que se diga que apesar de ser o povo que governa, ele nem sempre é o mesmo, basta que se olhe para o modelo de democracia vigente na Grécia Antiga (democracia direta) onde não eram incluídos no conceito de povo os escravos e os libertos.

De toda forma, um conceito que se tornou universal foi aquele que trouxe a ideia de que democracia “é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido direta ou indiretamente pelo povo e em proveito do povo”.¹³

Seguindo essa linha de raciocínio, percebe-se que a participação do povo na democracia pode ser dar de três formas, a saber: a) democracia direta, modelo no qual o próprio povo exerce os poderes estatais, isto é, ele legisla, julga e administra; b) democracia representativa ou indireta, nesse momento o povo, por não poder exercer os poderes estatais diretamente, escolhe, periodicamente, representantes a fim de atribuir-lhes as funções de governo, e, por fim; c) democracia semidireta, tida como uma fusão entre os dois conceitos anteriores, fazendo com que os representantes estatais, ao exercerem as funções de governo, promovam consultas ao povo, fortalecendo a ideia de cidadania e o regime democrático participativo.¹⁴

¹³ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 45.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 47.

Para Habermas, a tensão dialética existente entre argumentos e contra-argumentos serve para racionalizar o processo democrático deliberativo. Por isso mesmo, se faz necessário um estado de direito a fim de que o ambiente propício para o processo deliberativo possa se instaurar. Nesse contexto, se não houver liberdade e igualdade asseguradas pelo estado de direito, a deliberação esvazia o seu potencial legitimador e racionalizador. O estado de direito garante, na visão habermasiana, um processo inclusivo da opinião e da vontade públicas.¹⁵ Assim, a fonte de toda a legitimidade reside no processo democrático de legiferação, já que cada vez mais as sociedades são plurais e complexas.¹⁶

Por isso mesmo que resta bastante distante a ideia de que pode haver um consenso quanto ao conteúdo de uma constituição dentro de uma sociedade plural e complexa, tema que serve de base fundante para uma teoria constitucionalista substancialista.¹⁷

Habermas atrela a sua visão acerca da democracia com a razão comunicativa como uma alternativa ao então modelo filosófico da razão centrada no homem, que poderia culminar num processo autoritário daquele que detém o conhecimento sobre a coisa. Por isso mesmo o autor enxerga a razão comunicativa como a capacidade de entender o outro numa ação dirigida ao entendimento.¹⁸

O citado doutrinador alemão concebe que a democracia só se realiza em um ambiente onde não haja qualquer tipo de violência impositiva, física ou moral e onde o diálogo seja pautado por uma interação comunicativa.

Nessa mesma linha de pensamento, encontra-se a concepção de democracia deliberativa formulada por Santiago Nino que valoriza a participação de todos os interessados, num patamar de igualdade, alheios a

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 121 e ss.

¹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 130.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 82-83.

¹⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 137-138.

qualquer tipo de coerção, onde se delinear um cenário no qual todos possam justificar seus interesses com argumentos genuínos.¹⁹

A seu turno, é imprescindível que se faça a correlação entre o comportamento estatal e a forma como as relações processuais são desenvolvidas. Assim, partindo-se da premissa de que o juiz faz o Estado presente dentro da relação processual, por isso mesmo é intitulado de Estado-juiz, quanto mais o Estado for intolerante, despótico em relação aos seus súditos, mais tirânica será a postura do juiz dentro da relação processual, chegando até mesmo a se tornar uma figura autocrática.

Sobre o assunto, vale transcrever a seguinte passagem:²⁰

O problema da liberdade, para sua exata compreensão, deve ser posto em confronto dialético com a realidade estatal, a fim de que possamos conhecer-lhe o conteúdo histórico e os diferentes matizes ideológicos de que se há revestido, até alcançarmos, no moderno Estado social, as linhas mestras de sua caracterização na consciência ocidental contemporânea.

[...]

Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade.

Quando o Estado se autoproclama democrático e de direito, isto significa dizer que todos os poderes estatais deverão ser exercidos de igual forma democrática e respeitando um procedimento juridicamente legitimado.

Este é o caso do Brasil.

Com o amadurecimento do estudo da Constituição de 1988, o Brasil passou a se ver como um Estado não apenas pautado pelas leis, mas uma nação preocupada com a forma em que os poderes são exercidos. Aí, incluída a função jurisdicional. É por conta disso mesmo que cada vez mais se fala

¹⁹ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003, p. 180.

No original: [...] *que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión; que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos [...]*.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 40.

acerca da caminhada do processo brasileiro de um modelo inquisitivo para o encontro com um modelo participativo.

1.3 O exercício da atividade jurisdicional no Estado de Direito

Nesse contexto e partindo da premissa de que o processo se presta à produção de uma norma jurídica, no qual as decisões jurisdicionais cooperam com o ato da formação das normas jurídicas gerais, extraídas da sua fundamentação e da concretização das normas individualizadas, retiradas do dispositivo, nada mais condizente com um Estado democrático que a possibilidade da participação social nesse processo de formação.

Das linhas acima é que se pode extrair a ideia de que o processo possui uma função bloqueadora uma vez que a solução jurídica que se der a um problema de direito processual somente será aceitável se estiver em conformidade com a pauta conceitual por ela fornecida”.²¹

Foram essas constatações que permitiram a expansão e o desenvolvimento da jurisdição constitucional, viabilizando, além das ações constitucionais, à ampliação do exercício do controle de constitucionalidade por meio da pluralização dos intérpretes da Constituição.

Modernamente, não mais se pode conceber o processo apenas com um instrumento voltado ao exercício da jurisdição, serve ele para a própria construção da norma jurídica, até mesmo porque toda decisão judicial possui conteúdo constitutivo. Perceba-se que se está a falar de norma, e não de enunciado legal, até porque o raciocínio esposado acima poderia culminar numa tentativa de violação à separação dos poderes. Na verdade, o que se busca é a criação da norma, que nada mais é do que o enunciado legal interpretado.

No intuito de reforçar o acima dito, tome-se, como exemplo, a dosimetria da pena no momento da aplicação da lei penal, mesmo tendo todos os réus praticado o mesmo crime, a conduta de cada um deve ser individualizada no sentido de que se atribua uma pena condizente com a sua exata culpabilidade.

²¹ DIDIER JR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 98-99.

Isso nada mais é do que uma atividade interpretativa que criou uma norma por meio do tipo penal veiculado no Código Penal Brasileiro.

De volta à ideia central, de forma clara, José Afonso da Silva esclarece que a jurisdição constitucional consiste na entrega aos órgãos do Poder Judiciário da missão de solucionar os conflitos entre os atos, procedimentos e órgãos públicos e a Constituição.²²

Com o ideal traçado por Montesquieu, acerca da separação dos três poderes estatais, a noção de uma atividade estatal destinada a imiscuir-se nas relações entre particulares, a fim de trazer uma decisão em situações meramente subjetivas, isto é, a atuação jurisdicional fica melhor delineada porém, extremamente limitada, até mesmo pelo fato de que a Revolução Francesa foi responsável por criar a figura do juiz boca da lei.

O conceito de jurisdição está fortemente atrelado às próprias características do Estado em que ela é desenvolvida. Dessa forma, num Estado regido por leis arbitrárias e dissociadas dos anseios sociais, irregularmente, a atividade jurisdicional será prestada de mesma forma e a figura do juiz como sendo aquele que faz o Estado presente na relação processual também será tirânica e despótica.

A jurisdição constitucional, estruturada de acordo com as exigências de uma sociedade pós-moderna, representa a substancialização dos princípios materiais do regime democrático, guiada em sua incidência pelos direitos fundamentais, requisitos inexoráveis para a realização de uma democracia que não se restrinja apenas a seu aspecto formal, mas que incorpore o aspecto material, o que possibilita a real participação de todos os setores da sociedade. Se ela for implementada sob um regime autoritário, não visará à defesa dos direitos da cidadania, mas sim a manter o *status quo* do sistema, legitimando o arbítrio e a prepotência. A defesa dos direitos fundamentais significa assegurar prerrogativas inalienáveis e imprescritíveis aos cidadãos, que não podem ser descuradas sob forma alguma, mesmo se forem respaldadas pelos institutos da democracia formal.²³

²² SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.247.

²³ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.35.

Por outro lado, em um Estado pautado por premissas democráticas, a própria jurisdição deve ser exercida dessa forma e a participação do juiz no contexto da relação processual ocorre da mesma maneira. Em sendo assim, a jurisdição é vista como uma forma de concretizar a cidadania, permitindo aos particulares à participação da vida pública. Exemplo do que se afirma nesse parágrafo é o caso da ação popular manejada em face de ato administrativo tido como lesivo ao interesse público.

Desdobrando essa ideia, o ato administrativo, que é a manifestação unilateral da vontade da administração pública, ou seja, que não precisa ouvir a opinião da sociedade, pode ser revista a qualquer tempo pelo Judiciário, acaso provocado pelo cidadão.

Por essas razões é que se pode entender os reais motivos que levam um Estado tirânico a promover o afastamento da sociedade da atividade jurisdicional.

Nessa mesma linha de raciocínio é que se deve analisar o direito fundamental ao acesso à uma ordem jurídica justa como a possibilidade de participar, no contexto de uma relação processual, do processo de tomada de decisão sobre maneira no controle concentrado de constitucionalidade que tem o condão de produzir uma decisão com eficácia *erga omnes*.

Então, resta claro que a jurisdição é uma das dimensões da expressão “Cidadania”, até mesmo por que não há como se falar em democracia dentro de um regime que se mantém apenas no papel e que promove a desigualdade social. Não se pode afastar a população do processo judicial e dos meios de acesso ao poder. Da mesma forma, não se pode intitular de democrático um governo que promova a igualdade social, mas que não tenha alcançado o poder por meio da participação popular.²⁴

Dentro de uma renovada concepção de processo, este é o espaço democrático, calcado na participação dos seus atores de uma forma leal e de boa-fé.²⁵

²⁴ SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 45.

²⁵ COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIEIRO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012.p. 18.

Esse tema é de salutar importância até mesmo porque, por mais analítica que seja uma constituição, como é o caso da brasileira, não se pode imaginar que ela vai, expressamente, albergar todas as situações que a sociedade possa vir a enfrentar, necessitando, pois, ser preenchida com cláusulas gerais que, ao contrário do que se possa imaginar, não trazem omissões, mas sim uma margem interpretativa, e não se deve olvidar que há criação na atividade do intérprete, que permite a busca por uma solução mais justa no caso em concreto. Não se pode olvidar o conceito de cláusula geral, “que é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado”.²⁶

Está superado o ideal de que as leis são suficientes para a solução de todas as situações. O próprio processo teve que se adaptar a esse raciocínio, chegando ao ponto de criar o princípio da adequação do procedimento, já que os procedimentos previstos na legislação não são suficientes, merecendo uma interpretação tópica, a fim de que se garanta um processo pautado pela premissa busca da decisão mais correta.

Inclusive, o próprio STF faz questão de enfatizar a importância legitimadora desses novos institutos: a figura da *amicus curiae* e a convocação de audiências públicas, por meio da promoção do diálogo social. Em ambas as situações, a sociedade é instigada a debater, a fim de permitir que a Corte tenha uma visão plural da situação e profira uma decisão apta a permitir o consenso.²⁷

Busca-se, com isso, dar importância a uma prática de constitucionalismo cooperativo que busque uma participação dos destinatários dessas mesmas provisões, na construção de sentido do Texto Fundamental. “Nessa perspectiva, os direitos fundamentais positivados na Constituição definem o

²⁶ DIDIER JR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 128.

²⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Et al.* **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 50.

conteúdo das leis e não o contrário, como se podia supor baseado no legalismo observado até então”.²⁸

Assim, a força criativa da atividade jurisdicional é reforçada e garantida pela existência das cláusulas gerais, arrematando a ideia proposta no começo deste capítulo, quando se disse que a jurisdição se presta à formação de normas jurídicas.

Dentro desse contexto, do entendimento de que a decisão jurisdicional se presta a criar uma norma jurídica, não se pode desprezar a ideia de que o precedente judicial, então, passa a ganhar força normativa, até mesmo porque as proposições normativas vagas são esclarecidas, dialogicamente, por decisões judiciais, servindo estas como paradigma para a tomada de decisões futuras, tirando um pouco da indeterminação desse conceito vago. Esse foi espaço para a criação da teoria intitulada jurisprudencialização do Direito Constitucional que foi abordada neste estudo no capítulo destinado às audiências públicas.

O tema da uniformização da jurisprudência, também, merece destaque uma vez que o precedente constitucional é o que está mais calcado em premissas interpretativas criativas, até mesmo por conta da abertura semântica trazida pelo texto constitucional e pelo reconhecimento de teorias como a dos poderes constitucionais implícitos. Dessa forma, tomando por base um conceito de processo democrático, nada mais condizente com isso do que a abertura para a participação da sociedade no processo de formação da decisão.

O raciocínio esposado no parágrafo anterior não destoa de conceitos jurídicos básicos.

O processo de elaboração das leis é regido pelo Poder Legislativo e Executivo, que tem seus integrantes eleitos, diretamente, pela sociedade, representando, pois, os interesses desta.

Contudo, o Judiciário brasileiro, em termos de legitimidade social, deveria figurar como o Poder menos legítimo, uma vez que seus membros não são eleitos pela sociedade e, durante muito tempo, eram adeptos da ideia de

²⁸ COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIEIRO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 16.

que não deveriam se imiscuir em interesses políticos. Todavia, tal raciocínio quebra com o ideal constitucional do sistema de *checks and balances* previsto na Constituição, na qual um Poder deve atuar para verificar, coordenar e corrigir as atuações incorretas ou as omissões dos outros.

Em sendo assim, pensar num processo de formação da decisão jurisdicional, que possui, reconhecidamente, força normativa, sem que se permita a participação social, é o mesmo que retirar a legitimidade do processo constitucional, já que “para que a sucessão de atos processuais realmente constitua o diálogo, importa que ocorra observando-se o contraditório, já que a estrutura dialética do processo é o que o distingue (*ratio distinguendi*) do procedimento”²⁹, ainda mais quando se fala em interpretação criativa da Constituição, que alcançará todos os cidadãos, inclusive em suas relações particulares.

Os motivos acima esposados deram espaço para o crescimento do chamado modelo cooperativo de processo.

No modelo cooperativo de processo o juiz atua, durante a condução do processo, de forma isonômica, porém, quando chega o momento decisório, sua condição é assimétrica. “Isso significa dizer que o juiz conduz o processo dialogando com as partes, em observância ao contraditório (*iudicium est actus ad minus trium personarum: actoris, reis, iudicis*), mas impõe suas decisões assimetricamente, dada a imperatividade inerente à jurisdição.”³⁰

Não se pode afirmar que a jurisdição constitucional é um instrumento indispensável à democracia, contudo, pela leitura das ideias acima transcritas, não são institutos incompatíveis.

No contexto como foi delineado, o presente capítulo serviu para demonstrar a importância de se entender a forma como uma nação se organiza, em sendo a democracia a resposta obtida, logo o processo lá desenvolvido, aí incluído o constitucional, deverá ser pautado pela defesa dos direitos humanos, dentre os quais o acesso à jurisdição, devendo, pois,

²⁹ DEXHEIMER, Vanessa Grazziotin. Atuação do juiz na condução do processo civil no Estado Constitucional. In: MITIDIEIRO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 507.

³⁰ DEXHEIMER, Vanessa Grazziotin. Atuação do juiz na condução do processo civil no Estado Constitucional. In: MITIDIEIRO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 506.

viabilizar-se o diálogo da corte constitucional com a sociedade, a fim de ouvir os interesses desta para a formação das normas jurídicas na motivação de suas decisões.

1.4 O neoconstitucionalismo: A necessidade da interpretação valorativa da norma

O princípio da legalidade marca o surgimento do conceito de Estado de Direito em substituição ao antigo Estado de Polícia ou Estado Absoluto. Naquele modelo estatal, o princípio suso dito inaugurou o período do império das leis, recaindo assim, sobre a figura dos que integram a *longa manus* do estado agir de acordo com o exato comando legal.

O regime de governo das leis e não dos homens sempre foi o ideal político do Estado de Direito, a fim de que se realize a proteção contra o arbítrio estatal, inclusive, quando o Estado estiver no exercício de suas atribuições. Por tal razão se extrai a garantia de que as decisões jurisdicionais, função típica do Estado, devem ser racionalmente justificadas.³¹

O positivismo jurídico concebe o Direito ligado ao princípio da legalidade, formando, assim, o Estado de Direito, no qual a atividade dos juristas é vista como um exercício exegético, a pura e simples procura pela vontade do legislador, esse foi o positivismo primevo.³²

Outrossim, a lei não representa uma vontade pacífica de uma sociedade política coerente até mesmo por conta dos interesses serem por demais difusos, acabando, pois, por ser uma manifestação do confronto social e um instrumento de competição.³³

³¹ COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIEIRO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 19.

³² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.32.

³³ COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIEIRO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 33.

A supremacia do Direito, nos dizeres de Souza Junior, tem como característica a: ³⁴

[...] acolhida na Constituição, por consenso da comunidade, de valores éticos supremos do direito como fins últimos da convivência política e – a partir daí – a sujeição ao ordenamento vigente, por meio de técnicas normativas adequadas, da organização e do funcionamento do Estado e de toda a vida social.

A doutrina elucida que há, pelo menos, quatro modelos em que se verifica a supremacia do Direito, a saber: o *Rule of Law*, subdividido em suas versões codificada e não-codificada, o *État Légal* e o *Rechtsstaat*.³⁵

Na *commom law* o modelo do *Rule of Law* é o seu equivalente, encontrado, sobremaneira, na Inglaterra e nos Estados Unidos, no qual prevalece a atividade dos juízes como fonte primária do Direito (*judge-made law*) através da força normativa dos precedentes, procura-se o justo para o caso em concreto, merecendo especial relevância o *due process of law*, em detrimento do próprio princípio da legalidade. ³⁶

Por sua vez, o *État Légal* e o *Rechtsstaat*, próprios do sistema romano-germânico, são calcados na lei e percorrem o caminho inverso do sistema da *commom law*, indo do abstrato para o concreto. A lei goza de supremacia, havendo assim, a supremacia do Legislativo sobre o Judiciário, até mesmo por suas origens históricas, uma vez que são oriundos de países europeus nos quais a preocupação era, após a Revolução Francesa, combater a tirania do Judiciário que buscava manter o antigo regime. ³⁷

³⁴ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [s. ed.], 2002, p. 59.

³⁵ COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIEIRO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 20.

³⁶ COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIEIRO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012, pp. 21-22.

³⁷ COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIEIRO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012, pp. 21-22.

Os conceitos trazidos, nos parágrafos acima, são de suma importância para o desenvolvimento do objeto de pesquisa a partir do momento em que se entende que o esvaziamento da legitimidade social-democrática do Judiciário promovido pela Revolução Francesa deveu-se, além de, como já dito, buscar-se quebrar com a tirania daquele poder, a fé inquebrantável de que a lei, por representar a vontade geral, era infalível e gozava de uma supremacia fechada em si mesma.³⁸

Óbvio que o fim procurado foi alcançado, o Judiciário tornou-se mera boca da lei, havendo, assim, uma verdadeira inversão a partir do momento em que se percebeu a instauração de uma tirania do Legislativo e do Executivo.

Juntamente com o conceito de legalidade, deve-se observar que no ordenamento jurídico brasileiro vigora, como forma de governo, o princípio democrático, trata da forma de governo adotada por um Estado, republicano ou monárquico, que valide a origem do poder no povo, e, por tal razão, estabeleça a igualdade de todos para escolher os seus representantes.

Assim, em sociedades nas quais a Constituição produz mais do que um efeito programático, mas, sim, um efeito concretizador dos direitos ali insculpidos, não se pode falar em legalidade sem a busca pelo respaldo dado a sua atuação pelos próprios destinatários. Surge assim a busca pela legitimidade.

Conforme dito nas linhas anteriores, deve-se aludir ao fato de que o *Reechtstaat*, a seu turno, por ser mais aberto, permitiu abarcar conceitos como o de suprallegalidade e evoluiu, após a criação do Tribunal Constitucional na Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) em 1951, para o *Verfassungstaat*, entendido como “o Estado em que a Constituição recebe, do consenso da sociedade, a missão de encarnar a essência mesma da juridicidade, para reinar suprema sobre a ordem política e o convívio social”.³⁹

Então, diante do natural amadurecimento social e constitucional pelo qual passou a sociedade, principalmente no período posterior a Segunda

³⁸ COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIEIRO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012, pp. 21-22.

³⁹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [s. ed.], 2002, p. 174.

Guerra Mundial, o conceito de legalidade passou a abarcar os princípios da moralidade e da finalidade.

A legitimidade está presente quando há ligação entre o enunciado legal “e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado”, até mesmo porque o Direito vem sendo entendido muito mais como um produto social.⁴⁰

Os princípios constitucionais servem como contorno para as leis a partir do ideal de que não há uma legitimação apenas formal, mas também substancial. Nesse sentido, o Direito não legitima a autoridade pela imposição da lei, o princípio da legalidade, mas sim, antes disso, necessita de autoridade, uma vez que apenas o poder reforçado por essa última característica está apto a produzir normas legítimas.⁴¹

A bem da verdade, hoje, percebe-se a necessidade de que os poderes estatais, aí incluída a Jurisdição, sejam exercidos tendo como paradigma de validade a exata resposta social diante da adoção de tal postura, razão pela qual, em sentido oposto, não se deve olvidar que decisões que não guardem correlação com a realidade tendem a não ser adimplidas e acabam por afastar a sociedade do Direito.

Na visão de Zagrebelsky, na modernidade essa é a primeira vez que a lei está sendo veiculada de forma submissa, adequação e subordinação, a uma ideia maior de Direito que ele diz estar contida na Constituição. O citado autor chega a afirmar que todas as funções do Estado, inclusive, a legislativa, excetuando-se a função do legislador constituinte, estão sujeitas ao Direito.⁴²

⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 86.

⁴¹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 87.

⁴² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 2008, p. 34.

No original: [...] *La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función constituyente).*

Para Canotilho o problema da legitimidade “não consiste só num debate filosófico-jurídico sobre a fundamentação última das normas, mas também na justificação da existência de um poder ou domínio sobre os homens e a aceitação desse domínio por parte deles”.⁴³

Em outras palavras, a legitimidade está ligada ao paradigma democrático, ou seja, na forma democrática de exercício dos poderes estatais, tendo em vista uma relação de finalidade do seu exercício e consequente aceitação social. Esse conceito de legitimidade parte do ideal de que a democracia é um governo pautado regulado por leis em que os homens que irão reger a sociedade são diretamente escolhidos, devendo atender aos anseios sociais quando da atuação mediante o exercício dos poderes que lhes foram atribuídos.⁴⁴

Destaque-se que tal avanço a respeito da matéria deveu-se ao fato de que a sociedade passou a ter consciência do seu caráter autoconstituente, o que lhe permite, quando do exercício de sua liberdade e racionalidade, a revisão das normas, trazendo a ideia de que o conceito de legitimidade precisa buscar sua justificativa no contrato social.

Ademais, a legitimidade é um conceito que não adveio da violência como fonte do poder, pelo contrário, ela combate essa postura e traz à tona uma racionalidade imbuída da busca por uma alta legitimidade potencial, algo que só poderá ser encontrado caso haja entre a sociedade uma predisposição a aceitar futuras decisões indeterminadas.⁴⁵

Com o advento dessa teoria, houve a ruptura com a ideia de leis divinas, fazendo com que a razão natural fosse alçada à categoria de fundamento originário de toda normatividade ética e política.

O neoconstitucionalismo parte da premissa de que a Constituição ocupa o centro do universo jurídico e atua como uma moldura, perante a qual todos os demais ramos do Direito precisam se adequar.

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** Coimbra: Limitada, 1994, p. 15.

⁴⁴ NADAL, Fábio. **A Constituição como mito: o mito como discurso legitimador da constituição.** São Paulo: Método, 2006, p. 63.

⁴⁵ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

Não se pode imaginar a atividade legislativa, bem como um texto constitucional, pronto e acabado, com o seu alcance e interpretação bem definidas pelo simples fato de terem sido promulgadas. Na verdade, a atuação social determina os rumos que o Estado toma, aí, incluída a sua atividade legislativa. O Direito posto precisa se preocupar com a sua legitimidade social e não apenas pressupor a sua existência em virtude da submissão a um procedimento legislado para a sua elaboração.

Sobre o tema do positivismo e da análise do Direito posto como sendo o único correto, Bobbio assim se posiciona:⁴⁶

[...] com a formação do Estado moderno o juiz de livre órgão da sociedade torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado. [...], este fato transforma o juiz no titular de um dos poderes estatais, o Judiciário, subordinado ao legislativo; e impõe ao próprio juiz as resoluções das controvérsias sobretudo segundo regras emanadas do órgão legislativo ou que, de qualquer modo (tratando-se de normas consuetudinárias ou de direito natural), possam ser submetidas a um reconhecimento por parte do Estado. As demais regras são descartadas e não mais aplicadas nos juízos: eis por que, com a formação do Estado moderno, o direito natural e o positivo não mais são considerados de mesmo nível; eis por que sobretudo o direito positivo (o direito posto e aprovado pelo Estado) é tido como o único verdadeiro direito: este é o único a encontrar, doravante, aplicação nos tribunais.

Nesse contexto, a atuação do Judiciário tem tomado contornos cada vez mais amplos e legitimados, socialmente, até mesmo pelo fato de que os demais Poderes estatais acabaram perdendo tal respaldo social, ao contrário do que aconteceu no período, pós Revolução Francesa, no qual a figura do juiz era vista como um mero aplicador das leis, instaurando-se, pois, uma ditadura do Legislativo.⁴⁷

Apesar da grande dificuldade em se conceituar o neoconstitucionalismo, uma característica se torna inafastável a esse modelo, a superação do antigo modelo constitucional anterior ao segundo pós-guerra, a fim de afastar-se do

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, pp. 28-29.

⁴⁷ COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIEIRO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 21.

positivismo tradicional que era pautado em subsunções e formalismos exacerbados. Então, as constituições elaboradas nesse período, em virtude do alto grau de abstração trazido pela quantidade de princípios que as permeiam, acaba por valorizar a atividade interpretativa. Inclusive, Paolo Comanducci assevera ser as constituições elaboradas sob a égide de um modelo neoconstitucional onipresentes e invasoras.⁴⁸

Pregando um raciocínio oposto ao do neoconstitucionalismo, isto é, buscando afastar as constituições do Poder Judiciário e atribuir a função de realizar à vontade constitucional ao povo, cresce o novo constitucionalismo latino-americano, voltado, essencialmente, a resolver as historicamente enraizadas desigualdades sociais, no qual se anseia a legitimidade social da Constituição.⁴⁹

Pelo exposto, percebe-se que o neoconstitucionalismo objetiva ser uma teoria que contrapõe às duas teses do positivismo conceitual, a das fontes sociais do direito e a da não conexão necessária entre o direito e a moral.

Desdobrando tais premissas tem-se que o positivismo clássico finca suas raízes no direito ditado pelos homens, possuindo, ademais, métodos adequados para determinar o que estabelece o direito. Assim, o único objeto de preocupação e estudo da seria o direito positivo.

A lei genérica e universal, assim como a sua abstração e eficácia temporal ilimitada, é expressão da garantia de uma igualdade meramente formal, ou seja, só pode funcionar em uma sociedade formada por iguais, ou em uma sociedade onde o Estado privilegiasse a liberdade, desprezando as desigualdades sociais, baseando-se na premissa de que aquela só se concretiza quando os homens são tratados de maneira formalmente igual.⁵⁰

⁴⁸ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Tradución de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2003, pp. 75-98.

⁴⁹ PASTOR, Roberto Viciano; MARTÍNEZ, Rubén. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latino-americano *in* **Revista Gaceta Constitucional**, nº 48. Disponível em: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/GC%2048%20%20Roberto%20VICIANO%20y%20Ruben%20MARTINEZ.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2014.

⁵⁰ COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIEIRO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 43.

Dentro do neoconstitucionalismo, o intérprete e o julgador desempenham uma atividade outrora destinada, exclusivamente, ao legislador, rompendo com ideia traçada pelo positivismo clássico acerca da análise da ciência jurídica preocupar-se, apenas, com o legislador e passando a dar ênfase à decisão judicial como um dos meios aptos a promover a construção da jurisdição constitucional e da própria evolução da Constituição.

Por sua vez, não se pode dissociar Direito e Moral, já que essa ligação entre ambos é o que viabiliza a obediência voluntária às regras de conduta traçadas pelo próprio Direito. Por conta disso, ganharam espaço os conceitos jurídicos indeterminados que somente terão aplicabilidade devido à existência de concepções axiológicas que determinem o significativo do conceito em causa.⁵¹

É inegável que a obra de Häberle, acerca da sociedade aberta dos intérpretes da constituição, vastamente difundida, inclusive, no âmbito do STF, não deixa de ser uma vertente do movimento neoconstitucionalista, pois, prega a análise dos valores envolvidos na interpretação e, além disso, promove uma desconstrução teórica do rol taxativo de intérpretes jurídicos (sociedade fechada) do texto constitucional, tendo como principal marco característico a ideia de que as normas adequam-se à sociedade e como esta sofre constantes mutações àquelas, por conseguinte, devem ser readaptadas a um novo contexto social, insista-se, incluindo-se nesse rol as normas constitucionais.

1.5 A alteração da norma constitucional sem a mudança de seu texto: A interpretação constitucional evolutiva e a mutação constitucional

As normas, sobremaneira as constitucionais, devem ser interpretadas de acordo com o momento histórico e o contexto social no qual estão inseridas, já que o processo constitucional é algo célere e prospectivo. As normas constitucionais são legítimas, a partir do momento em que a sociedade encontra nelas uma relação umbilical com os valores que se busca tutelar,

⁵¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 44.

mas, tais normas perdem essa mesma legitimidade quando do seu afastamento com o contexto fático que envolve o valor social discutido.

Nesse sentido, por mais acertada que seja a redação originária do texto constitucional, num determinado momento futuro e a interpretação e a reforma do seu texto, são meras consequências da vivência do sentimento constitucional.⁵²

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso demonstra a evolução da interpretação de um mesmo conteúdo da Carta Constitucional dos Estados Unidos da América:⁵³

[...] é ilustrativo assinalar que a versão original da Carta de 1787 permitia, na seção 2 do art. 1º, o regime de escravidão. Em 1857, ao julgar o caso *Dred Scott vs Stanford*, a Suprema Corte chegou a negar a condição de cidadão a um escravo. Após 76 anos e uma guerra civil, a 13ª emenda, de 1865, aboliu a escravatura. Investidos de cidadania, ainda assim os negros eram largamente discriminados, com a chancela dos poderes estatais.

Em 1896, ao decidir o caso *Plessy vs Ferguson*, a Suprema Corte endossou a doutrina *equal but separate* – iguais, mas separados – forma dissimulada de discriminação praticada em diversos Estados. Somente em 1954, ao julgar *Brown vs Board of Education*, a Corte considerou inconstitucional a segregação de estudantes negros nas escolas públicas [...].

Constata-se que um mesmo texto constitucional sofreu mudança interpretativa decorrente da evolução social.

Sobre o tema da evolução social e como a interpretação constitucional está sujeita ao tempo, Dany-Robert Dufour traz a ideia de que hoje ser sujeito se apresenta de forma bastante diferente de como era para as gerações anteriores, chegando a afirmar que o sujeito dos dias atuais não é mais, numa

⁵² PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A constituição viva: Poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 77.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 152.

visão global, o mesmo que se apresentava há uma geração. Em outras palavras, a própria condição subjetiva submete-se à historicidade.⁵⁴

[...] a Constituição deve estar em harmonia com a realidade, e deve se manter aberta e dinâmica através dos tempos. Deve ser assim porque uma Constituição não é feita em um momento determinado, mas se realiza e se efetiva constantemente. As mudanças constitucionais são necessárias como meio de preservação e conservação da própria Constituição, objetivando o seu aperfeiçoamento e buscando, em um processo dialético, alcançar a harmonia com a sociedade. Se a sociedade evolui, o Estado também deve evoluir.⁵⁵

O direito fundamental à participação, na forma como tratado nas linhas deste trabalho, é visto como uma maneira de adequar o texto constitucional ao cenário social, além de serem lidos novamente, sob a ótica dos direitos de defesa no sentido de evitar que retrógrados comportamentos estatais impeçam o desenvolvimento da sociedade, até mesmo em virtude da existência da vedação ao retrocesso em sede de normas constitucionais.⁵⁶

Outro tema também muito discutido e que se aproxima da matéria acima abordada, como reflexo de um importante processo constitucional é o da mutação constitucional que é o fenômeno possível de ocorrer em virtude da semântica empregada pelo texto constitucional, isto é, sua amplitude permite que a interpretação varie, devendo prevalecer aquela que mais se aproxime do conteúdo axiológico de toda a Lei Maior.

João Gabriel Krás Couto se posiciona sobre o tema, alertando acerca da necessidade da norma constitucional se adaptar aos influxos sociais ao dizer que a ~constituição, condicionada à realidade concreta do seu tempo, exprime

⁵⁴ DUFOR, Dany-Robert. **A arte de reduzir as cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal**. Trad. Sandra Regina Figueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005, p. 24.

⁵⁵ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A constituição viva: Poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 75.

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 74.

as tendências dominantes de sua época, o que possibilita o seu desenvolvimento e sua ordenação objetiva⁵⁷.

Exatamente, em virtude dessas constatações, criou-se a diferenciação entre a reforma constitucional, regida pelo próprio texto da Constituição e a mutação constitucional que “consiste na alteração do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, por meio da interpretação, dos costumes e até mesmo da legislação infraconstitucional, sem tocar na letra do texto constitucional.” A mutação é um processo informal de modificação da semântica constitucional e que tem como traço característico a inexistência de um procedimento que discipline a sua aplicação.⁵⁸

No entanto, esses dois temas merecem ser analisados com bastante cautela, pois ainda geram debates a respeito de seus limites. Não se deve olvidar que toda a interpretação deve possuir limites e, no caso da mutação constitucional e da interpretação constitucional evolutiva, o limite deve ser o concreto, isto é, o enunciado. Não se deve atuar *contra legem*, bem como, não se deve buscar uma interpretação que fuja da realidade na qual se encontra a sociedade ou que abarque conceitos que não encontram guarida no texto constitucional.

⁵⁷ COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIEIRO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 43.

⁵⁸ PEDRA, Adriano Sant’Ana. **A constituição viva: Poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 91

2 CONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 O constitucionalismo e a influência de uma constituição na construção do Estado

A ideia de Direito surge como uma forma legítima do Estado exercer um controle social sobre as pessoas, ditando-lhes regras de comportamento. Isso tudo com vistas a garantir que o homem, que é um ser social, consiga conviver numa coletividade. Dessas raízes, nasce a premissa central que é a função precípua do Estado, razão mesma pela qual foi criado, que é a defesa do interesse público. Para alcançar o seu desiderato, o Estado possui poderes instrumentais que devem ser exercidos no sentido de demonstrar toda a força estatal, a fim de que se mantenha a ordem.

Dos conceitos esposados, nas linhas anteriores, pode-se extrair o surgimento do movimento intitulado de constitucionalismo, que se liga à noção e à importância dadas a uma constituição, uma vez que o Estado é um ser supremo, devem os cidadãos possuírem meios para garantir suas liberdades, a fim de regular a forma como os poderes estatais são exercidos. “O Estado manifesta-se, pois, como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõem, consoante as doutrinas do contratualismo social.”⁵⁹

A necessidade de instituir limitações aos poderes dos governantes, bem como o respeito aos direitos dos governados, fez surgir o movimento político-filosófico do constitucionalismo, inspirado em ideias libertárias que buscou, desde seus primeiros passos, um modelo de organização política. Mais, recentemente, surge um modelo de constitucionalismo garantista que acaba por reforçar o positivismo jurídico e que é assumido por diferentes países.⁶⁰

Noutro giro, resta assente que a atividade legislativa não pode ser exercida de forma ilimitada, alheia aos ditames constitucionais e aos anseios

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 41.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.59.

sociais, bem como não deve se prestar a ser uma espécie de álibi, a fim de retirar do Legislativo qualquer tipo de pressão social pela sua inércia, até mesmo por que, uma norma não auto aplicável pode ensejar a atuação do Judiciário, como ocorre no mandado de injunção.

Sobre o tema, vale transcrever o trecho abaixo do professor Marcelo Neves:⁶¹

Objetivo da legislação simbólica pode ser também fortalecer “a confiança dos cidadãos no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado”. Nesse caso, não se trata de confirmar valores de determinados grupos, mas sim de produzir confiança no sistema político e jurídico. O legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão “legislação-álibi”. Através dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos.

Com o movimento do constitucionalismo, sobressai a importância de uma constituição para um ordenamento jurídico. Por sua vez, um tema que ainda levanta infundáveis debates é o que trata da conceituação da expressão Constituição.

Para além dos conceitos basilares, José Afonso da Silva colabora com o tema ao afirmar que falar em Constituição de um Estado, hodiernamente, implica fazer referência à forma de organização jurídica adotada pelo mesmo. “Assim é que se diz que a constituição é a lei fundamental, a lei maior, de uma nação organizada em Estado.”⁶²

⁶¹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, pp. 36 – 37.

⁶² SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.67.

Ainda sobre o tema da Constituição, costumeiramente, vislumbram-se três dimensões que a integram: a) normativa; b) sociológica, e; c) axiológica. Sob o prisma da normatividade, Constituição é um conjunto de regras e princípios fundamentais sistematizado a fim de organizar juridicamente o Estado, a forma como se dá o exercício dos poderes estatais, os órgãos que exercem o poder, as relações entre o Estado e os cidadãos e os direitos fundamentais. Além disso, são normas que servem para a criação de outras normas. Já a dimensão sociológica, acaba por reduzir o conceito de constituição a uma dimensão meramente socioeconômica, da qual seria totalmente dependente o sistema constitucional. Outrossim, há a corrente ideológica, que se preocupa com os valores veiculados nas normas constitucionais, ou seja, a ideologia que permeia o texto. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. O

Mesmo após as inúmeras transformações por que passou, “a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem.”⁶³

A seu turno, deve-se aludir ao fato de que para que se consiga perceber a importância da realização de audiências públicas e da possibilidade da participação dos amigos da corte, é necessário que se entenda a constituição como algo além de uma norma pura. Por tais razões, esclarece José Afonso da Silva ao dizer que o constitui o objeto nuclear, considerada como uma conexão de sentido, atenta à realidade social e não apenas como uma norma pura, deve ser a Constituição, que por isso mesmo possui um conjunto de valores.⁶⁴

Uma Constituição precisa ser analisada sob o seu sentido formal e material. A primeira concepção traz a ideia de lei formal, qualificada por particularidades do processo de formação e alteração, enquanto que o sentido material deve ser entendido como o conjunto de normas que disciplinam a estrutura do Estado, suas instituições fundamentais, e sobre a posição do cidadão no Estado.⁶⁵

Portanto, a atuação social é fonte legitimadora de uma constituição, agregando-se, também, a um conceito de democracia, transmutando-se de um Estado Leviatã, para um modelo Liberal, marcado pelas desigualdades sociais, que poderiam repercutir até na possibilidade e força da atuação dos diferentes grupos sociais, passando para um Estado de Direito, detentor de uma atividade legiferante despreocupada com um conceito de legitimidade social, culminando na adoção de um modelo de Estado Democrático de Direito. O tema da

controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro. Aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 24-25. Mais recentemente foi trazido à lume um conceito de constituição viva, um organismo vivo e adaptável aos constantes influxos sociais e que deve promover a otimização entre a sociedade em constante mutação e o Estado. PEDRA, Adriano Sant’Ana. **A constituição viva: Poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

⁶³ Kelsen, Hans. **Jurisdição constitucional**. rev. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 5.

⁶⁵ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009, p. 39.

legitimidade será abordado de forma mais ampla em capítulo específico deste trabalho, no qual é realizado um estudo comparativo-evolutivo da legalidade.

Nesse contexto, a globalização da justiça constitucional colocou em sintonia a ideia universal de liberdade com um sentimento de respeito da dignidade de todos os homens e dos direitos invioláveis que lhes são inerentes, a regra condutora de todo governo democrático.⁶⁶

2.2 A necessidade de se manter um sistema de controle de constitucionalidade

Na intenção de manter a integridade das normas constitucionais e, conseqüentemente, do sistema jurídico, foram desenvolvidos sistemas de controle para os atos que de alguma forma afrontem o texto constitucional. É de salutar importância que se aluda ao fato de que no Brasil a vigente Constituição da República, até mesmo pelo seu volume de conteúdo, possui inúmeras premissas colidentes, trata-se de um verdadeiro texto dialético. Isso em si não afasta a importância do conteúdo veiculado na norma constitucional, mas viabiliza, isso, sim, a existência de um sistema jurídico plural e atento às mudanças sociais. Assim, nesse cenário, o Judiciário “representa o espaço privilegiado para fazer valer os direitos fundamentais assegurados na constituição (democracia de direitos), reconhece-los e dar-lhes efetividade”.⁶⁷

O dissenso sobre quem deveria promover o controle de constitucionalidade, se uma Corte Constitucional criada especificamente para tanto ou o Presidente do Reich, foi travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt.

Para Schmitt, a criação de um Tribunal Constitucional afetaria a separação de poderes uma vez que atribuiria um poder de legislar ao

⁶⁶ SEGADO, Francisco Fernández. **La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional**. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/449/Direito%20Publico%20n2_2003_Francisco%20Fernandez%20Segado.pdf?sequence=1. Acesso em: 08 out. 2013.

⁶⁷ ZANETI JR., Hermes. Brasil: um País de “common law”? As tradições jurídicas de “common law” e “civil law” e a experiência da Constituição Brasileira como constitucionalismo híbrido. In: DIDIER JR, Fredie (Org.). **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 425.

Judiciário, politizando-o, promovendo, assim, um desequilíbrio no Estado de Direito.⁶⁸

Por sua vez, Kelsen não concebia que o Presidente do Reich teria uma maior aptidão para realizar a defesa da Constituição, uma vez que não seria imparcial, algo natural para o exercício do mister de órgão que exerce função jurisdicional, como uma Corte Constitucional. Além disso, Kelsen entendia que a criação de uma Corte Constitucional permitiria o exercício de funções políticas pelo órgão jurisdicional, diferenciando-os em termos quantitativos.⁶⁹

O tema do controle de constitucionalidade tem em seu berço a própria ideia de supremacia da Constituição. Assim, o Estado das leis cede lugar ao modelo de Estado Constitucional, ao raciocínio de que não é qualquer norma que merece ser cumprida apenas por ser cogente, mas, sim, aquelas que possuem intrínseca relação com conceitos substanciais superiores, com a norma constitucional.

Vale mencionar ainda que o sistema de controle de constitucionalidade tem lugar em constituições rígidas, ou seja, naquelas que não permitem que ato normativo inferior as modifiquem até porque são decorrentes do próprio texto constitucional.

No *Rule of Law* codificado, a existência de uma constituição escrita acentua o *judicial review*, denotando-lhe um espectro ainda maior. A combinação de uma constituição escrita, fator de unidade e parâmetro para todo o ordenamento jurídico e para as próprias decisões judiciais, com a atribuição ao Poder Judiciário de resguardar pela sua aplicação, fez eclodir a técnica da supremacia da Constituição, estando todos os poderes do Estado a esta submetidos.⁷⁰

Sobre o tema, vale dizer que a compreensão de uma constituição como Lei Fundamental não implica somente o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica interna, mas também instrumentos que garantam essas suas

⁶⁸ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁶⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. rev. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁷⁰ COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIEIRO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 23.

qualidades. Por sua, a compatibilidade entre o direito infraconstitucional e a constituição não reside apenas no campo da formalidade, isto é, com as normas constitucionais, servindo, apenas, como parâmetros para a redação de normas infraconstitucionais, deve existir uma necessária observância à dimensão material da Constituição.⁷¹

O controle de constitucionalidade no Brasil pode ser exercido de forma preventiva, conforme a incorporação das premissas do modelo francês realizado através do seu *Conseil Constitution*, ou de forma repressiva, que pode se dar de maneira concentrada, pautada no raciocínio kelseniano de uma Corte Constitucional que possui apenas o condão de zelar pelo texto constitucional, ou de maneira difusa, com raízes no constitucionalismo norte-americano, surgido ainda quando do célebre julgamento do caso *Marbury vs Madison*, onde compete a todos os detentores da atividade jurisdicional o dever de zelar por sua higidez.⁷²

Classicamente há dois sistemas de controle de constitucionalidade: o europeu e o americano, que evoluíram, de acordo com o momento e os ataques realizados.

É sabido que doutrinadores já se manifestaram acerca da existência de maiores diferenças entre os sistemas instaurados na Europa com base na doutrina de Kelsen, do que entre o modelo de origem austríaca e o norte-americano.⁷³

Contudo, o estudo das principais características é um importante marco para a presente investigação já que, conforme se verá, uma vez que a Constituição brasileira albergou os sistemas europeu e norte-americano, seria inevitável o encontro dialógico entre os mesmos, o que viabilizou a realização da emenda ao regimento interno do STF, a fim de permitir a realização de audiências públicas, por exemplo.

⁷¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000, p. 25.

⁷² TEIXEIRA, João Paulo Allain. O controle de constitucionalidade no Brasil. Recife: **Revista da ESMape**, v. 13, n. 27, jan./jun. 2008, pp. 250-251.

⁷³ SEGADO, Francisco Fernández. **La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional**. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/449/Direito%20Publico%20n2_2003_Francisco%20Fernandez%20Segado.pdf?sequence=1. Acesso em: 08 out. 2013.

Sobre a evolução do sistema europeu, a doutrina o divide em três períodos, a saber: a) aquele que combate os ataques políticos à Constituição; b) outro no qual cria-se um Poder Moderador como a chave de toda a organização política a fim de evitar as tensões institucionais entre o Judiciário, Executivo e Legislativo, algo que inclusive foi adotado pela Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, e; c) um terceiro momento surgido no primeiro pós-guerra em virtude de mecanismos meramente formais de proteção da Constituição até então vigentes, nesse cenário é que surge a teoria de Hans Kelsen acerca da criação de uma Corte Constitucional com o escopo de zelar pela Constituição.

1º. No momento mesmo em que surgem os primeiros textos constitucionais, os ataques contra eles tomam uma dimensão política total. A crítica à Constituição aparece, então, como resultado da negação prévia de toda a concepção que lhe serve de fundamento, tais como a soberania popular, a igualdade, a liberdade, a democracia, enfim, prometidas em suas normas. A defesa da Constituição tem, portanto, que tomar uma perspectiva política e total. [...]

2º. Superado esse primeiro momento no início do século passado, em que perde sentido o ataque à Constituição por forças políticas conservadoras e monárquicas, surge um segundo, em que o pensamento liberal resolve a polêmica sobre o titular da soberania (monarca ou povo), convertendo o monarca em titular do poder neutro – e, como tal, em guardião da Constituição. A defesa desta repousa, então, no poder moderador, encarregado de resolver conflitos constitucionais entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário [...]. O Poder Moderador não é um defensor político da Constituição diante de hipotéticos ataques que lhe venham de fora, pela simples razão de que seu assento constitucional baseia-se precisamente na suposição de uma sociedade pacificada em que tal tipo de ataque não se produz; nem é defensor jurídico diante de ataque dessa espécie. [...]

3º. O terceiro momento aparece com as contradições do sistema liberal, que a I Guerra Mundial desnudou e suplantou, impondo profundas mudanças no constitucionalismo, com a necessidade de encontrar mecanismos efetivos e não meramente simbólicos de guarda da Constituição [...]. Daí é que se origina, por obra de Kelsen, o sistema austríaco de justiça constitucional, com a criação, pela Constituição austríaca de 1920, da primeira Corte Constitucional, com a qual se iniciou na Europa o princípio de que as questões constitucionais relativas à tutela dos direitos fundamentais e ao controle de constitucionalidade dos atos de autoridade deveriam ser submetidas a um tribunal especializado em matéria constitucional, situação que perdura e se expande em nossos

dias, com várias Cortes Constitucionais na Europa e algumas na América Latina.⁷⁴

Num contexto social, bastante distinto, surge o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, no qual não havia a preocupação dos ataques políticos contra a constituição.

O modelo norte-americano é pautado pela premissa de que todo juiz é competente para aferir a constitucionalidade das leis, perante a Carta Magna, razão pela qual ele é feito em concreto, diante de uma lide, comportando, por isso mesmo, um forte e amplo contraditório para a formação da decisão judicial e seus efeitos, em regra, produzem-se apenas entre as partes litigantes.

A seu turno, o sistema austríaco realiza, por meio de uma Corte Constitucional criado, especificamente, para esse fim, órgão que não integra o Judiciário, a análise da constitucionalidade das leis em abstrato, em tese, não havendo que se falar em litígio, por isso mesmo em partes, algo que, por si só, já dispensaria a realização do contraditório, produzindo, por fim, efeitos *erga omnes*.

O que se percebe, disso tudo, é que o controle de origem difusa teve aceitação nos países da *commom law*, enquanto que o concentrado, a cargo de um Tribunal Especial, teve berço no *civil law*, em grande escala pelos resquícios culturais pós Revolução Francesa, no qual o juiz ordinário não aprecia a questão pública constitucional.⁷⁵

2.3 A implementação do controle de constitucionalidade no Brasil e a sua hibridez

No Brasil, a primeira Constituição ficou silente acerca da possibilidade de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade das leis. Contudo, houve a previsão da existência desse mecanismo no Decreto 848, de 11 de outubro de 1890.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 248-249.

⁷⁵ AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. **Controle judicial e difuso de constitucionalidade no direito brasileiro e comparado: efeito *erga omnes* de seu julgamento**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 46.

No Império (Constituição do Brasil de 1824) não havia controle de constitucionalidade e os poderes eram divididos em quatro: Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador, sendo o controle destes exercido pelo último, a cargo do próprio Imperador. A constituição Imperial era semi-flexível e adotava ainda religião oficial. O regime, portanto, não primava pela democracia em suas instituições.

A Constituição Republicana de 1891, por sua vez, constitui verdadeira guinada na realidade institucional brasileira. Laiciza o Estado, torna-o uma Federação e trata de extinguir o Poder Moderador. A verdadeira revolução em termos de processo constitucional foi a recepção do sistema de freios e contrapesos para o controle do poder[...]. O Poder Judiciário de poder subalterno passou a exercer a função de mediador dos poderes com a extinção do Poder Moderador e a adoção da técnica da *judicial review*.⁷⁶

A Constituição de 1934 apresentou a exigência de quórum especial para declaração de inconstitucionalidade, o que hoje se estuda como cláusula de reserva de plenário; a criação da ação direta interventiva e a outorga de competência ao Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.⁷⁷

A Carta de 1937 manteve a cláusula de reserva de plenário, mas foi marcada por um retrocesso ao criar um mecanismo apto a aniquilar a fiscalização de constitucionalidade, ao prescrever, no parágrafo único do art. 96, que:

[...] no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.⁷⁸

⁷⁶ COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIEIRO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 27.

⁷⁷ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 37.

⁷⁸ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 37

A Constituição de 1946 promoveu a recuperação da sistemática traçada na Carta de 1934 e aprimorou o papel do Senado ao estabelecer que a suspensão da execução da lei só ocorreria após a decisão definitiva do STF acerca da inconstitucionalidade.⁷⁹

Ainda sob a égide daquela Carta Magna, promulgou-se a emenda constitucional 16/1965, que deu origem a fiscalização abstrata de constitucionalidade.⁸⁰

Novas alterações na sistemática do controle de constitucionalidade, no Brasil, só vieram após a promulgação da Carta de 1988, dentre elas merecem ser destacadas as seguintes: ampliação da legitimidade ativa para propositura da ação direta (art. 103); instituição da ação direta por omissão (art. 103, par. 2º) e do mandado de injunção (art. 5º, LXXI); criação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, par. 1º); exigência de manifestação do Procurador Geral da República em todas as ações de inconstitucionalidade, bem como de citação do Advogado-Geral da União (art. 103, parágrafos, 1º e 3º); e modificação do recurso extraordinário, que passou a versar exclusivamente sobre questão constitucional (art. 102, III).⁸¹

A própria ideia de uma Corte Constitucional funcionando como guardiã da Constituição deve ser vista de forma mais moderna, considerando-se que a mesma não pode ser um julgador apolítico, com a simples tarefa de analisar a constitucionalidade das legislações ordinárias, num viés de aplicação burocrática e desinteressada do Direito. Essa mesma corte deve se pautar pela vontade dos pais fundadores da Carta Magna.⁸²

⁷⁹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 37-38.

⁸⁰ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 38.

⁸¹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 36-38.

⁸² MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma Corte Deliberativa *in* Jurisdição Constitucional no Brasil. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Et al. Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 56.

Assim, enquanto no primeiro sistema há a possibilidade para que qualquer cidadão possa dar início ao controle de constitucionalidade, no segundo apenas um rol específico de legitimados possui tal poder.

Quando se está diante de um modelo concentrado, surgem os instrumentos específicos para a provocação da Corte Constitucional, a fim de que esta exerça a análise da matéria constitucional. Nesse contexto, no Brasil, há a ação direta de inconstitucionalidade - ADIn, destinada a controlar atos normativos ou leis federais ou estaduais que contrariem à Constituição, a ação declaratória de constitucionalidade – ADC, voltada em face de lei ou ato normativo federal e a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, que abarca atos federais, estaduais e municipais.⁸³

Entretanto, tais características já não são vistas como diferenciadoras, uma vez que no modelo difuso, em prol da uniformidade das decisões jurisdicionais, ganha espaço a doutrina da objetivação do recurso extraordinário, a fim de conferir eficácia *erga omnes* à decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade.

A seu turno, no controle abstrato de constitucionalidade tem crescido a realização de audiências públicas e da participação de *amici curiae* em matérias acerca das quais a Corte Constitucional teria amplos poderes para decidir sem que houvesse o contraditório. Por óbvio, não se pode conceber o *friend of court* e os participantes das audiências públicas como partes, mas permitir o diálogo com a sociedade é inegável que a futura decisão será influenciada pela atuação dos participantes.

No Brasil, a doutrina costuma adotar o termo *mulato* ao se referir à forma como o controle de constitucionalidade é realizado, já que vigoram duas tradições diversas, a americana e a europeia.⁸⁴

Contudo, insista-se, essas distinções há muito já são vistas como superadas, sobre o tema, assim se posiciona Zagrebelsky:⁸⁵

⁸³ TEIXEIRA, João Paulo Allain. O controle de constitucionalidade no Brasil. Recife: **Revista da ESMape**, v. 13, n. 27, jan./jun. 2008, p. 260.

⁸⁴ COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIEIRO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 26.

Em que pese as diferenças entre os distintos sistemas de controle de constitucionalidade das leis, tem ocorrido – como se sabe – importantes aproximações. A Suprema Corte dos Estados Unidos é um juiz especial das grandes questões de constitucionalidade, semelhante aos Tribunais constitucionais europeus, e, por outro lado, a introdução do controle das leis por meio de questões prejudiciais tem colocado os Tribunais constitucionais europeus na estrutura da justiça ordinária, com resultados assemelhados em muitos aspectos ao sistema estadunidense. [...]

Para além dessas discussões, outro tema que constantemente enseja inquietações acadêmicas é o que procura saber se o controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário, por meio do qual juízes não eleitos controlam os atos do legislador eleito, estaria em sintonia com a democracia.

Como resposta a essa indagação, deve-se analisar a corte responsável pelo controle de constitucionalidade, não como um órgão censor, ou apenas um legislador negativo, mas, sim, como fóruns deliberativos singulares, isto é, o campo propício, para que se prevaleçam os argumentos à contagem de votos, “foros decisórios que se caracterizam, essencialmente, pelo esforço de persuadir e a abertura a ser persuadido por meio de razões imparciais”, instrumentos que veiculam a razão pública.⁸⁶

Häberle, ao ser confrontado por tal questionamento, afirma que a democracia num Estado Constitucional é caracterizada pela divisão de poderes, isto é, nenhum órgão possui um poder soberano, razão pela qual

⁸⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 2008, pp. 64-65.

No original: *Pese a las diferencias de principio entre los distintos sistemas de controle de constitucionalidad de las leyes, ha habido – como se sabe – importantes pasos de aproximación. El Tribunal Supremo de Estados Unidos es ahora el juez especial de las grandes cuestiones de constitucionalidad, semejante a los Tribunales constitucionales europeos, y, de otra parte, la introducción del control de las leyes a través de cuestiones prejudiciales de constitucionalidad ha situado a los Tribunales constitucionales europeos en el circuito de la justicia ordinaria, con resultados asimilables en muchos aspectos a los del sistema estadunidense. [...]*

⁸⁶ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma Corte Deliberativa *in* Jurisdição Constitucional no Brasil. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Et al. Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012., p. 54.

seria correto abordar um conceito de soberania da constituição ao invés de social ou estatal.⁸⁷

As cortes que realizarão o controle de constitucionalidade precisam ser abrir as *many minds* que integram a sociedade, a fim de poderem formar um discurso justificado acerca do melhor fundamento a ser adotado na decisão judicial.

Em verdade, pode-se concluir que o Brasil nunca adotou, de forma pura, o modelo difuso ou concentrado de controle de constitucionalidade, uma vez que, mencione-se, no modelo concreto norte-americano há a eficácia vinculante da decisão proferida pela Suprema Corte em virtude da regra do *stare decisis*; por outro lado, no modelo europeu-kelseniano, há a necessidade da presença de uma Corte Constitucional como órgão alheio ao Poder Judiciário, algo que, desde a sua implementação no Brasil, nunca existiu.

Por essas razões que se convencionou adotar a expressão híbrida ao modelo de controle de constitucionalidade realizado pelo Brasil.

Para além disso, vale mencionar que, conforme asseverado em diversas oportunidades nas linhas da presente investigação, o controle de constitucionalidade promovido pela jurisdição constitucional brasileira sofreu várias mutações, chegando, principalmente, após as reformas promovidas pela Emenda Constitucional 45/2004, fazendo com que a antiga dualidade existente entre os dois modelos não mais exista de forma tão clara.

2.4 O poder popular e a legitimidade do STF para promover o controle de constitucionalidade

A partir das linhas acima, resta clara a proposta do presente trabalho em demonstrar a necessidade da oitiva da vontade popular a fim de que sejam tomadas decisões jurisdicionais legítimas e efetivas.

Tão importante quanto a premissa supra é o raciocínio que se cria no sentido de se questionar a legitimidade do Judiciário, órgão composto por membros não eleitos pela vontade popular e, para muitos, um ente

⁸⁷ HÄBERLE, Peter. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Org. Diego Valadés. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

desconhecido, para se manifestar acerca da constitucionalidade ou não das leis propostas pelo Legislativo, esse, sim, um Poder que representa a sociedade e que tem seus membros escolhidos por meio da vontade popular.

Ademais, o Judiciário brasileiro desfruta, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, de uma área de atuação maior que que aos tribunais constitucionais europeus, possuindo as seguintes características: ausência de qualquer obstáculo ao exame do excesso de poder pelo Judiciário, podendo, até mesmo desconstituir atos praticados pela administração e a ilimitada possibilidade de se valer da revisão judicial dos atos praticados pelos demais poderes.⁸⁸

Por óbvio é fácil constatar que o controle de constitucionalidade sob o prisma formal da lei, não enceta dúvidas quanto a legitimidade do Poder Judiciário para a sua realização. No entanto, o problema reside quando uma norma é considerada, substancialmente, ou, materialmente, contrária à Constituição.

A análise dessa afronta deve ser realizada por uma corte composta por onze ministros, não escolhidos pela população e que não têm a obrigação formal de ouvir a sociedade, mas, apenas, o permissivo legal para a realização de tal oitiva?

Por óbvio, que uma Constituição para ser considerada legítima, deve se fundar na vontade soberana do povo que não se limita no fato de ter sido elaborada por uma Assembleia Constituinte soberana. Contudo, a Constituição não será vista como democrática se não expressar a vontade popular, razão pela qual precisa ser democrática quanto ao seu conteúdo e a possibilidade de permitir a constante participação do povo no processo do poder.⁸⁹

Essa é a premissa basilar que dá sustentação à teoria da objeção democrática a atividade do Judiciário de se manifestar sobre as normas no seu âmbito material.

⁸⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 103.

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 69.

Nesse sentido, Comella diz que:⁹⁰

A objeção democrática é mais séria, sem dúvida, quando os motivos de invalidação de uma lei não estão associados ao federalismo, mas sim a princípios substantivos reconhecidos na Constituição, como os direitos fundamentais. Por que as opiniões dos juízes devem prevalecer sobre as opiniões das maiorias legislativas sobre a matéria?

Diante do tema que ora se apresenta, deve-se realizar a seguinte constatação. O Poder Judiciário, ao exercer a jurisdição constitucional afirma estar defendendo a Constituição contra possíveis influxos contrários às suas normas, principalmente no tocante a edição de atos normativos ou equivalentes. Ao mesmo tempo, no anseio de garantir a sua legitimidade para atuar, o mesmo Judiciário afirma ser o defensor das minorias por meio da adoção de uma postura contramajoritária em alguns momentos.

O grande problema que se apresenta no momento é que o procedimento para a elaboração das leis é disciplinado pela regra do parlamento e não das cortes.

Contudo, deve-se distinguir a competência para construir o direito da competência para criá-lo. O que precisa ficar entendido é que ao Legislativo compete criar o Direito, enquanto que ao Judiciário compete construir o Direito, não podendo adentrar na província do Legislativo. Por tais razões é que o controle de constitucionalidade apresenta-se numa zona nebulosa, uma vez que é pautado primariamente por princípios e serve como ponto delimitador no tenso discurso mantido entre esses poderes.⁹¹

É bem verdade que a vontade da maioria deve prevalecer, mas essa vontade não pode atentar contra o próprio procedimento capaz de tornar legal

⁹⁰ COMELLA, Víctor Ferreres. El control judicial de la constitucionalidade de la ley. El problema de su legitimidade democrática. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010, pp. 357-358.

No original: *La objeción democrática es más seria, sin embargo, cuando los motivos de invalidación de una ley no están asociados al federalismo, sino a principios sustantivos recogidos em la Constitución, como los derechos fundamentales. ¿ Por qué las opiniones de los jueces deben prevalecer sobre las opiniones de las mayorías legislativas en esta matéria?*

⁹¹ VOLPATO DUTRA, Delamar José. A dedução do princípio da democracia em Habermas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 51, abril/jun. 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 290.

a atuação dessa maioria. Assim, compete ao Poder Judiciário promover esse controle quanto a legalidade de tais atos.

Mas, daí a se dizer que garantir a vontade da minoria é o mesmo que atribuir legitimidade às suas decisões é um passo enorme, pois, conforme dito acima, a regra da maioria encontra a limitação prática de ser inviável, sendo implementada, então, pela regra da representação. Mesmo quem defende a ideia de que o Direito se legitima por sua autoridade, chegando até a dispensar a ideia de consenso social, ratifica o raciocínio esposado nessas linhas quando traz a lume o raciocínio de que é legislador dotado de autoridade “capaz de reconhecer as aspirações sociais e o interesse social”.⁹² Então, não se pode falar em legitimidade da jurisdição constitucional sem que haja a possibilidade da efetiva participação da sociedade por meio de um procedimento válido.

⁹² GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.89.

3 A ABERTURA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A partir do momento em que a sociedade brasileira passou a viver o espírito constitucional, ela passou, também, a querer entender, participar e influenciar as decisões proferidas pela Corte a quem recai o ônus de zelar pelo cumprimento da Carta Magna.

Na visão de Cappelletti e Garth, o acesso à justiça deve ser analisado como um requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e pautado pelo princípio da igualdade, a fim de garantir e não apenas enunciar os direitos de todos.⁹³

Para além de uma mera técnica processual, a abertura do processo constitucional objetivo ou, aproveitando o termo criado pela doutrina, a subjetivação do controle abstrato de constitucionalidade das normas, se mostra como uma postura crescente nas decisões proferidas pelo STF. Quanto mais o texto constitucional se preocupa com a pluralização do debate de suas próprias normas, maior é a aproximação da sociedade.

3.1 O povo como ator e não mero espectador na interpretação das normas constitucionais

Até agora foi dito que a oitiva da sociedade se faz importante quando se fala no estabelecimento de um conceito de legitimidade para as decisões proferidas pelo STF. No mesmo sentido, dentro da própria ideia de um procedimento democrático, que garanta o acesso amplo à Justiça, não se pode olvidar que essa mesma sociedade precisará ser limitada por alguma regra de representatividade, a depender da própria matéria discutida na relação processual, como é o caso do *amicus curiae*, a fim de que não se desvirtue o procedimento. Assim, a seguir, busca-se estabelecer o conceito de povo.

Importante que se diga que há muito já se discute a atribuição da responsabilidade pela realização da interpretação da constituição ao povo, o intitulado constitucionalismo fraternal.

⁹³ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 12.

Cria-se, dessa forma, o princípio da corresponsabilidade, ou seja, é dever de todos preocupar-se com a interpretação da constituição para a construção de uma sociedade mais justa para as gerações futuras.

Sobre o tema, vale transcrever o artigo 4º, da atual constituição da Venezuela: ⁹⁴

Artículo 4º. La República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.

Não se está diante de uma omissão estatal, mas o protagonismo social, destaque-se, não retira do Estado o dever de concretização dos preceitos constitucionais.

Dessa forma, em virtude de tal previsão constitucional, percebe-se que todos os sujeitos do Estado são considerados responsáveis pelo alcance do bem-estar comum.

Habermas traz uma imprescindível contribuição ao tema e que em muito se amolda ao quanto fora dito até agora nas linhas deste trabalho:⁹⁵

No princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder do Estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos. Esse princípio forma a charneira entre o sistema dos direitos e a construção de um Estado de direito. Interpretado pela teoria do discurso, o princípio da soberania popular implica: o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, proporcionada através de uma justiça independente; os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração; o princípio da separação entre Estado e sociedade, que visa impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes pelo filtro da formação comunicativa do poder.

⁹⁴ VENEZUELA. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html. Acesso em: 15 jul. 2014.

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, pp. 212-213.

Em sendo assim, afirmou-se no presente trabalho que as decisões jurisdicionais, para adimplir com a legitimidade, devem respeito aos anseios sociais, mas, a partir do momento em que se considera o Estado como a sociedade juridicamente organizada, então, indaga-se, qual o significado da expressão “povo”?

Tal questionamento tem cabimento, a partir do momento, em que se diz que o povo precisa ser ouvido, a fim de que se garanta a sua participação dentro de um procedimento válido e apto a garantir a higidez das normas constitucionais. Por outro lado, o objeto do presente estudo recai, exatamente, em discutir as formas que esse mesmo povo tem para atuar dentro do campo correto para o debate da Constituição, até mesmo porque “não há como negar a comunicação entre norma e fato, que constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos”.⁹⁶

Na tentativa de conceituar a expressão, acima mencionada, Friedrich Müller analisa quatro significações possíveis para a palavra povo, a seguir:

O povo como instância de atribuição está restrito aos titulares da nacionalidade, de forma mais ou menos clara nos Textos Constitucionais; o povo ativo está definido ainda mais estreitamente pelo direito positivo (textos de normas sobre o direito a eleições e votações, inclusive a possibilidade de ser eleito para diversos cargos públicos). Por fim ninguém está legitimamente excluído do povo-destinatário; também não *e.g.* os menores, os doentes mentais ou as pessoas que perdem – temporariamente – os direitos civis. Também eles possuem uma pretensão normal ao respeito dos seus direitos fundamentais e humanos [...].⁹⁷

A importância da definição do povo repercute, conforme dito, anteriormente, na preocupação com a legitimidade das decisões, uma vez que não se pode permitir a ditadura de uma maioria, como sendo sinônimo de democracia, por isso a adoção da postura contramajoritária em algumas

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 248.

⁹⁷ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Naumann. Rev. Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, pp. 79-80.

decisões jurisdicionais, mas, ao mesmo tempo, deve ser respeitado o procedimento que rege as relações processuais.

Afinal de contas, o povo é intérprete em potencial do texto constitucional, mas, quando permanece alheio ao exercício do poder, nada mais se torna além de uma figura oprimida pelo próprio poder. Quem vive uma constituição é o povo e não, apenas, o rol de legitimados a deflagrar um processo constitucional abstrato ou a julgar alguma ação direta a respeito da inconstitucionalidade de ato normativo.

É bem sabido que a atividade jurisdicional não sofre controle externo, as decisões, oriundas do exercício desse poder, só são passíveis de controle por esse mesmo poder. Mas, não se pode desconsiderar que a opinião pública interfere na realização da construção e interpretação das normas constitucionais.

Além disso, convém aludir ao conceito de opinião pública, forma de atuação do povo, trazido por Marilena Chaui:⁹⁸

Numa primeira época chamava-se opinião pública o direito de qualquer cidadão (leia-se: de qualquer proprietário privado) de emitir suas ideias em público para defender seus interesses particulares sempre que se considerasse prejudicado pelos interesses de outro particular ou mesmo pelo Estado. Posteriormente, chama-se opinião pública o direito de alguns cidadãos para emitirem em público ideias que não suas enquanto meros particulares, mas que exprimem interesses gerais conhecidos pela razão. A opinião pública consiste, agora, no direito de alguns cidadãos ao “uso público da razão” para exprimir a verdade, que é universal e comum a todos os indivíduos (ainda que nem todos a conheçam e precisem, por isso mesmo, das luzes racionais de outros), e sobretudo para exprimir a vontade geral, superior à vontade singular de cada um e à mera soma de vontade singulares ou vontade de todos. Os homens cidadãos dotados desse direito eram os homens maduros do ponto de vista da razão, encarregados de instruir publicamente os demais, racionalmente imaturos, para seu bem e o da sociedade e em nome da verdade.

E a autora arremata dizendo que:⁹⁹

⁹⁸ CHAUI, Marilena. **Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas**. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2011, pp. 280-281.

⁹⁹ CHAUI, Marilena. **Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas**. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2011, pp. 280-281.

Numa terceira época, enfim, a opinião pública passa a ter duas faces complementares: numa delas é o conjunto das ideias, regras, valores e práticas definidos pelo poder público, isto é, pelo Estado que atua através do espaço público (escolas, por exemplo) e, numa outra, é o conjunto conflitante das opiniões dos especialistas sobre as questões públicas, bem como as opiniões dos cidadãos que exprimem interesses individuais, grupais ou de classe. A opinião do Estado assume um papel normativo, prescritivo e educativo – é a opinião elevada à condição de norma e coerção legais; a opinião dos especialistas assume o papel informativo – é a opinião como informação acerca das coisas públicas de interesse geral; e a opinião dos cidadãos assume o papel de exprimir a liberdade de pensamento e de palavra – é a opinião pública como direito civil e, portanto, manifestação democrática. O vínculo entre opinião e razão significa que emitir uma opinião (pelo Estado, pelo especialista, pelo cidadão comum) é exprimir, pelo discurso, o resultado de uma reflexão sobre alguma questão controvertida que pertence à esfera pública e, como tal, pode ou deve ser comunicada a todos os membros da sociedade.

A opinião pública, conforme trazido pela autora, é vista como uma manifestação dos diversos segmentos sociais no sentido de expressar seus anseios e de participar do processo de tomada de decisões, por meio da apresentação de seus conhecimentos técnico-científicos.

O que se demonstra, no presente trabalho, é a noção de que o Direito busca respeitar alguns conceitos meta-jurídicos que habitam no seio da sociedade. Contudo, isso não implica dizer que deve haver uma total sujeição das normas aos valores sociais, um total desapego a criação legislativa do Direito por uma sobrevalência da interpretação substancial dessas mesmas normas.

Na verdade, o que deve existir é um necessário diálogo entre sociedade e jurisdição constitucional que só se viabiliza por meio da implementação da garantia do acesso à atividade jurisdicional prevista constitucionalmente.

3.2 As contribuições de Peter Häberle para a Constituição brasileira de 1988 e abertura do seu rol de intérpretes

De início, é necessário ressaltar que Peter Häberle constrói sua tese sobre a ideia de um pluralismo para a construção de um Estado Constitucional Cooperativo, voltado à aceitação do outro.

As ideias do autor foram largamente empregadas em países marcados por uma tardia transição democrática, como se pôde verificar na América Latina. Assim, por conta da edição dessas novas constituições no continente latino americano, a preocupação reside em promover uma integração entre cultura e política, a fim de que se possa conceber um direito constitucional comum.¹⁰⁰

O Estado Constitucional Cooperativo pode ser traduzido como a busca pela criação de um modelo no qual os Estados são vistos como integrantes de uma comunidade, num verdadeiro fenômeno de cooperação internacional.¹⁰¹

O conceito de um Estado Constitucional Cooperativo se faz presente na Constituição brasileira de 1988, como se verifica em seu artigo 4º, parágrafo único, quando diz que: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.¹⁰²

Ademais, a obra de Häberle sobre a sociedade aberta dos intérpretes da constituição, deve ser analisado o método interpretativo adotado pelo Direito Constitucional, denominado de tópico-problemático.

Partindo disso, os intérpretes terão que se utilizar de pontos de vista, ou topois, para alcançar, dentre as inúmeras possibilidades abarcadas pelo sistema constitucional, aquela que melhor se adequa ao caso em concreto.

Häberle inicia a sua obra sobre a sociedade aberta dos intérpretes da constituição demonstrando que a atividade interpretativa deve preocupar-se com seus próprios objetivos e métodos. Em sendo assim, o autor alemão propõe a que, uma vez que dentro do processo de interpretação constitucional estão vinculados todos os órgãos estatais, as potências públicas, cidadão e

¹⁰⁰ HÄBERLE, Peter. Mexico y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum. In: Häberle, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un dialogo europeo-latinoamericano**. Trad. Hector Fix-Fierro. Mexico, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.

¹⁰¹ HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. Trad. Hector Fix-Fierro. Mexico, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, pp. 75-77.

¹⁰² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 dez. 2013.

grupos, não se poderia estabelecer um rol fechado, *numerus clausus*, de intérpretes da Constituição.¹⁰³

Tal tese partilha do raciocínio de que quem vive a norma é um intérprete em potencial, pois a norma é destinada a ele, e, como qualquer norma, por ser abstrata e genérica, sobremaneira quando falamos em norma constitucional, deve ser, e será, interpretada por seus destinatários, que não são apenas os intérpretes jurídicos.¹⁰⁴

Contudo, a premissa de uma sociedade aberta para solidificar uma democracia pluralista também é compartilhada em outras obras de Häberle:¹⁰⁵

O Estado constitucional de origem europeia e atlântica é pautado pelo respeito à dignidade da pessoa humana como premissa antropológico-cultural, pela soberania popular e a divisão dos poderes, pelos direitos fundamentais e a tolerância pela pluralidade partidária e a independência dos tribunais; então, há boas razões para caracterizá-lo como democracia pluralista ou como sociedade aberta.

Todavia, um contraponto merece ser sustentado, abrir a interpretação constitucional a toda a sociedade, em verdade, significa abrir tal atividade para determinados grupos sociais quando estiverem em jogo interesses diretamente ligados a estes intérpretes, pois, por não serem todos detentores de formação jurídica, cada indivíduo busca a tutela de seus interesses privados, condicionados ao interesse público, claro. E mais, deve-se aludir que, de acordo com a teoria propugnada por Häberle, a norma constitucional surgiria após a atuação do intérprete.

¹⁰³ HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 13.

¹⁰⁴ HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 13-15.

¹⁰⁵ HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional.** Trad. Hector Fix-Fierro. Trad. Hector Fix-Fierro. Mexico, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 3.

No original: *El Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales; hay buenas razones entonces para caracterizarlo elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta.*

3.3 O caráter sociológico empregado no modelo de interpretação proposto por Häberle

De acordo com Häberle, a interpretação constitucional não é uma tarefa exclusiva estatal, pelo contrário, é uma atividade difusa e alastrada por toda a sociedade, inclusive, perante aqueles que não possuem formação jurídica. Para ele, a constituição faz parte da cultura da sociedade e esta, por sua vez, é um dos elementos que serve para caracterizar um Estado.

Nesse contexto, Nelson Saldanha afirma ser a cultura, sob um viés antropológico e sociológico um conjunto formado por elementos que integram o patrimônio vital de determinado grupo. Do ponto de vista histórico, o autor a concebe como protagonista da evolução humana.¹⁰⁶

Por sua vez, Peter Häberle concebe o nível histórico da cultura dos seus legados sociais, em nível normativo como regras e valores ideais de conduta, sob uma terceira ótica, intitulada por ele como psicológica, a busca pela aprendizagem ou como o conjunto de costumes seculares e, por fim, sob um viés estrutural, como conjunto de modelos de organização da própria cultura.¹⁰⁷

Häberle denomina a constituição como sendo um fenômeno cultural, devendo ser tratada, inclusive, como um dos elementos do Estado.¹⁰⁸

¹⁰⁶ SALDANHA, Nelson. **A tradição humanística: ensaio sobre filosofia social e teoria da cultura**. Recife: Editora Universitária, 1981, p. 37.

¹⁰⁷ HÄBERLE, Peter. **Teoría de la constitucion como ciencia de la cultura**. Madrid: Tecnos, 2000, p.25.

¹⁰⁸ HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. Trad. Hector Fix-Fierro. Mexico, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 21.

No original: *Entre los capítulos tradicionales de la teoría general del Estado se encuentran los tres “elementos del Estado”: el pueblo, el poder, el territorio. Típicamente, em esta triada (todavía) no tiene un lugar la “Constitución”, y esto caracteriza a las teorías generales del Estado, pero también las hace cuestionables. Una “teoría de la Constitución” que merezca tal nombre tiene que buscar el modo de incorporar a la Constitución, en el sentido de que ésta sea, si no el “primer” elemento del Estado, al menos un elemento esencial. Dicho en términos concretos: la teoría de los elementos del Estado tiene que ser plenamente declinada (conjugada) a partir del citado elemento de la cultura. La Constitución es una parte de la cultura; forma, si se quiere (o más bien, debe formar) un “cuarto” elemento. G. Dürig propuso tempranamente esto de manera tendencial (1954), pero no lo desarrolló más. Cuanto antes, ahora hay que atreverse a dar este paso en la teoría de la Constitución. Esto significa que también los demás elementos del Estado tienen que ser “llenados” desde la perspectiva de la ciencia cultural, empezando por el pueblo como “conjunto de hombres sometidos a los preceptos del derecho” (I.Kant), pero por lo mismo en el “status culturalis”. La diversidad de*

Entre os capítulos tradicionais da Teoria Geral do Estado encontram-se os três "elementos do Estado": o povo, o poder, território. Normalmente, nessa tríade não há um lugar para a "Constituição" e isso caracteriza as teorias gerais do Estado, mas também torna questionável. A "teoria da constituição" digna desse nome tem de encontrar uma maneira de incorporar na Constituição o sentido de que é, se não o "primeiro" elemento da regra, pelo menos um elemento essencial. Em termos concretos: a teoria dos elementos do Estado deve ser plenamente relativizada a partir do referido elemento da cultura. A Constituição é uma parte da cultura; Então, deveria ser um "quarto" elemento. G. Dürig propôs esta tendência inicial da moda (1954), que não se desenvolveu. O mais rápido se deve buscar dar este passo na teoria da Constituição. Isso significa que os outros elementos do Estado devem ser analisados do ponto de vista da ciência cultural, a partir da perspectiva da ciência cultural passando com pelo povo como um "conjunto de homens submetidos aos preceitos do direito" (I.Kant). A diversidade de identidades dos povos da Europa é de natureza cultural, e isso é o que constitui a diversidade da Europa.

Nesse contexto, o que se prega é que a interpretação constitucional precisa ser realizada sob a ótica da realidade constitucional e não, apenas, sob o prisma da constituição como um conceito exclusivamente jurídico.

[...] a Constituição não é apenas uma lei para os advogados, que têm de interpretá-la de acordo com a velha e as novas regras da profissão, mas também age essencialmente como um guia para não-advogados: para o cidadão a Constituição não é apenas um texto legal ou de um "mecanismo de regulação", mas também uma expressão de um estágio de desenvolvimento cultural, representação cultural significa para o povo, a si mesmo, espelhar a sua herança cultural e fundamento de suas esperanças. [...] A questão do Estado Constitucional se comunica ao mesmo tempo com a razão e a emoção que envolvem o princípio da esperança.¹⁰⁹

identidades de los pueblos de Europa es de naturaleza cultural, y eso es lo que constituye la diversidad de Europa.

¹⁰⁹ HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. Trad. Hector Fix-Fierro. Mexico, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 2.

No original: [...] *la Constitución no es sólo un ordenamiento jurídico para los juristas, los que tienen que interpretarla conforme a las antiguas y las nuevas reglas de la profesión, sino que actúa esencialmente también como guía para los no juristas: para el ciudadano la Constitución no es sólo un texto jurídico o un "mecanismo normativo", sino también expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo, espejo*

Em sendo assim, de acordo com o doutrinador, o cidadão quando propõe um recurso constitucional, adaptando ao nosso modelo, o recurso extraordinário, é tão intérprete quanto o partido político, ator legitimado constitucionalmente e afirma, ainda, que a tese de que o processo de interpretação constitucional estaria reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo já está superada. Não há mais a figura dos órgãos oficiais aptos a realizar a interpretação constitucional.¹¹⁰

No Brasil, Lenio Streck aborda o tema de um Direito Constitucional transformador da realidade:¹¹¹

[...] é preciso compreender que o direito – neste momento histórico – não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase do welfare state (que nem sequer ocorreu no Brasil); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um plus normativo em relação às fases anteriores, porque agora é transformador da realidade. E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente o polo de tensão em direção da grande invenção contramajoritária: a jurisdição constitucional, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar na garantidora dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia.

Todavia, destaque-se que em momento algum o autor desmereça a interpretação realizada pela sociedade fechada, pelo contrário. Apenas há um robustecimento acerca da ideia de ampliar-se o rol de legitimados, mesmo que não expressamente mencionados no texto constitucional.

Merece destaque, também, o raciocínio de que a sociedade vive em constante evolução e mudança de valores, razão pela qual uma decisão que hoje pugna pela constitucionalidade de um determinado dispositivo legal pode

de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. [...] El tema del Estado constitucional toca al mismo tiempo a la ratio y la emotio, e implica al principio esperanza.

¹¹⁰ HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pp. 23-24.

¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 10-11.

vir, futuramente, a ser revista sob o enfoque da inconstitucionalidade, a fim de evitar-se, também, a fossilização da Constituição.¹¹²

Em sendo assim, merece destaque o raciocínio criado pelo princípio da realidade.

Tal princípio encontra-se, umbilicalmente, relacionado com a tese proposta por Häberle, a partir do momento em que se afirma tratar-se o mesmo de um postulado que obriga o Direito a adequar-se ao caso em concreto.

Então, busca-se, de tal maneira, evitar a incidência da letra fria da lei, pois, hodiernamente, o império da legalidade cedeu lugar ao império das normas constitucionais e a sua interpretação deve ocorrer de acordo com a situação em concreto, conforme prega o método tópico acima comentado.

Por conta disso, a atuação legiferante serve como premissa sobre a qual recairá a atividade interpretativa, deixando margem, para que a realidade social adeque as normas constitucionais, conferindo-lhe, assim, legitimidade, haja vista que o texto constitucional emana e destina-se ao povo.

Portanto, assume relevância a questão da publicidade como meio de conferir legitimidade a interpretação constitucional e, conforme será visto adiante, tal preocupação foi abarcado por nosso ordenamento que criou, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o que, em tese, por sua própria natureza, acabaria por impedir a participação da sociedade, a figura da audiência pública e do *amicus curiae*.

Ao mesmo tempo, pode-se perceber que a abertura cada vez maior da interpretação pode vir a comprometer a segurança jurídica e acabar por culminar num desprestígio à atuação normatizadora.

Para Canotilho, Häberle deixa clara a sua visão de que os direitos fundamentais sustentam-se pela tríade da dignidade da pessoa humana, da democracia igualitária e do Estado Social, razão pela qual, nas palavras do constitucionalista português, os direitos fundamentais devem ser lidos como

¹¹² HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 27.

uma política processualmente concretizada ou em vias de ser concretizada pelo Estado de prestações.¹¹³

Mas a atuação constitucional, o processo constitucional, precisa garantir e valer-se também da opinião das minorias, isto é, a jurisdição constitucional precisa garantir a participação leal e levar em conta os interesses daqueles que não participam do processo de interpretação, seja porque se trata de uma sociedade fechada de intérpretes, seja em virtude da sua não utilização da atividade jurisdicional.¹¹⁴

3.4 O procedimentalismo na jurisdição constitucional e a legitimidade da jurisdição constitucional aberta

Desde o início desse estudo, foi defendida a ideia de que o fechamento procedimental da jurisdição constitucional, por meio do estabelecimento de um procedimento excessivamente formal e excludente, culmina por promover um verdadeiro déficit de legitimidade das decisões. Um poder, afinal de contas a jurisdição é não apenas um dever, uma garantia à sociedade, mas também uma prerrogativa, que se afasta do povo serve muito mais para oprimi-lo do que para defendê-lo.

A jurisdição possui uma gama de atribuições tão forte que um dos primeiros comportamentos de um estado tirânico é criar obstáculos ao acesso ao controle jurisdicional, já que ele tem o condão de promover a nulidade dos atos exarados pelo Executivo e controlar a constitucionalidade dos atos legislativos.

Diante das ponderações acima, percebe-se que a imposição de qualquer tipo de restrição ao acesso à Jurisdição deve ser combatido. Por conta disso é que a figura do *amicus curiae* assume essa característica de funcionar com um instrumento de democratização do processo constitucional objetivo.

¹¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 73-74.

¹¹⁴ HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 46.

A função do *amicus curiae* é a de levar, espontaneamente ou quando provocado pelo magistrado, elementos de fato e/ou de direito que de alguma forma relacionam-se intimamente com a matéria posta para julgamento. É por isto que me refiro insistentemente ao *amicus curiae* como um “portador de interesses institucionais” a juízo. Ele atua, no melhor sentido do fiscal da lei, como um elemento que, ao assegurar a imparcialidade do magistrado por manter a indispensável “*terzietà*” do juiz com o fato ou o contexto a ser julgado, municia-o com os elementos mais importantes e relevantes para o proferimento de uma decisão ótima que, repito, de uma forma ou de outra atingirá interesses que não estão direta e pessoalmente colocados (e, por isto mesmo, defendidos) em juízo.¹¹⁵

Para Habermas, assim como para Alexy, que buscou na teoria habermasiana o conceito de razão prática, somente se for decorrente do emprego de um procedimento comunicativo capaz de lhe atribuir um satisfatório grau de racionalidade é que um enunciado normativo poderá ser aceito.¹¹⁶

Contudo, surge a seguinte indagação: A partir do momento em que o *caput* do artigo 7º, da Lei 9.868/99, estabeleceu não ser possível a intervenção de terceiros no procedimento que rege a ADI, trata-se, verdadeiramente, o amigo da cúria de uma forma de democratizar as decisões oriundas da jurisdição constitucional ou configura-se num mero elemento de retórica legislativa sob o pseudo argumento da legitimação das decisões?

Tal indagação tem lugar ao se levar em consideração que o processo constitucional, assim como qualquer outro processo, deve ser pautado pela observância dos procedimentos que o regem e, em momento algum, o legislador se preocupou em conceituar de uma forma mais objetiva como se dá a atuação do *amicus curiae*, limitando-se a falar a respeito da possibilidade da sua participação. Em outras palavras, o legislador não falou como se efetiva a participação dos amigos da cúria, se por meio da apresentação de memoriais ou por meio da realização de sustentação oral, a respeito da possibilidade do

¹¹⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. **Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae***. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Amicus%20curiae.pdf>. Acesso em: 07 de maio de 2013.

¹¹⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 68.

manejo de algum meio de impugnação as decisões judiciais, dentre outros poderes processuais conferidos às partes.

É bem verdade que o STF já se manifestou, no julgamento da ADI 2.130-SC, no sentido de dizer que são amplos os poderes processuais conferidos ao *friend of court*, mas ele mesmo também não disse até onde vai essa amplitude. Isso cria uma insegurança jurídica e a possibilidade de uma atuação pautada, unicamente, numa jurisprudência de valores.¹¹⁷

Devido a essas situações, o procedimentalismo habermasiano merece espaço nas linhas desse trabalho.

De logo vale a ressalva de que a ideia proposta por Habermas não o afasta do conceito de legitimidade pela prevalência do procedimento como sendo um fim em si mesmo, pelo contrário, a sua tese aborda o conceito de justificação, pois esse é o tema central de uma democracia.

Para o citado autor, o Direito caracteriza-se por exigir, concomitantemente, a positivação e a fundamentação argumentativa com um lastro em conteúdos éticos e morais, afastando-se, assim, dos procedimentalistas tradicionais, que entendiam que a legitimidade decorria de um procedimento alheio a qualquer conteúdo material.¹¹⁸

O que os procedimentalistas criticam, partindo da premissa de que não há princípios aceitos de forma pacífica por todos, é a utilização de um conteúdo substancial, no exercício da jurisdição constitucional. A pretensão dessa teoria reside em se atribuir racionalidade ao discurso.¹¹⁹

Aduz Habermas acerca do princípio da democracia:

O princípio da democracia resulta da interligação [*Verschränkung*] que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento [*Verschränkung*] como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser construída passo a passo. Ela começa com a aplicação [*Anwendung*] do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica

¹¹⁷ BRASIL. STF. **ADI 2.130**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363431>. Acesso em 27 de jul. de 2012.

¹¹⁸ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.191.

¹¹⁹ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.186.

enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equiparar, retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo cooriginário.¹²⁰

Diante das passagens acima transcritas, é possível perceber que para Habermas a legitimidade do Direito surge, a partir do instante, em que há o processo jurídico responsável pela normatização do discurso por meio da participação de todas as pessoas aptas.

Nessa linha, surge uma situação bem interessante dentro do próprio raciocínio habermasiano atinente a questão da legitimidade, para esse autor não basta apenas a positivação do discurso, para que uma norma alcance o patamar da legitimidade, na verdade, deve haver uma aceitabilidade racional, acrescentando, também, que o conceito de verdade tem uma relação simbiótica com a ideia de consenso, fazendo com que a verdade seja resumida ao assentimento potencial de todos.

A esse respeito:

O princípio da democracia estatui que o consenso que dá legitimidade ao direito deve resultar do acordo de todos. Não é difícil apontar para a problematicidade de tornar operacionalizável uma tal exigência, devido ao seu alto conteúdo idealizador. Para tornar mais realista a democracia, ela passa por um duplo processo de limitação, o qual preenche, ainda, certamente, as condições de um procedimento democrático, mas de modo aproximado. O primeiro processo de limitação é aquele pelo qual a soberania do povo, enquanto vontade democrática, se exerce de forma representativa ou delegada; o segundo, dá-se pela introdução da regra da maioria como forma de decisão nos órgãos colegiados, nos parlamentos e nos pleitos em geral.¹²¹

¹²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 158.

¹²¹ VOLPATO DUTRA, Delamar José. A dedução do princípio da democracia em Habermas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 51, abril/jun. 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 289.

Portanto, ao falar sobre legitimidade, o aspecto principal da teoria de Habermas reside na questão da justificação. A vontade da maioria deve ser respeitada e prevalecer dentro de uma arena própria para a realização desse debate que irá evoluir para uma democracia. Todavia, a minoria, segundo o próprio autor, só dá o seu consentimento se houver a possibilidade de tais decisões virem a ser revistas com o passar do tempo, de acordo com os constantes influxos sociais.

Essa é a mesma preocupação, quando surgem decisões judiciais que asseveram que a participação de *amici curiae* e a realização de audiências públicas aproximam a Corte, seja ela Suprema ou Tribunal Constitucional, da sociedade, promovendo, dessa forma, a pluralização do debate ou a democratização, por meio do próprio princípio da democracia nos moldes como proposto por Habermas, da jurisdição, já que a tomada da decisão compete à Corte, não havendo necessidade, em tese, da oitiva de terceiros técnicos, não interessados, no julgamento da causa.

Assim, é bastante válida a preocupação do Judiciário de fazer valer a vontade legislativa pela criação de tais formas de pluralização do debate.

No entanto, convém indagar o seguinte: Se o legislador estava tão preocupado em promover essa minoração do déficit de legitimidade das decisões judiciais, que possui membros não escolhidos pelo povo, no caso do Brasil, por que não se preocupou em estabelecer ao menos parâmetros mínimos para a efetivação de tais instrumentos? Em outras palavras, por que foi tão tímido ao ponto de sequer utilizar a expressão *amicus curiae*, ou amigo da corte na Lei 9.868/99?

Resta evidenciado que tal silêncio eloquente, bem como a utilização da expressão “poderá”, no intuito de caracterizar a facultatividade da intervenção do *friend of court*, denotam um apego exacerbado ao formalismo e traços de uma postura estatal de soberania absoluta e surda perante a sociedade.

Häberle preocupou-se em diferenciar sua tese da abertura interpretativa da Constituição como forma de conferir-lhe legitimidade, da teoria procedimentalista defendida por Luhmann e Habermas, intitulando sua teoria de pluralista.¹²²

¹²² AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.291.

Para Häberle, a legitimidade não adviria apenas da conformação da sociedade com a decisão proferida ou garantia dos procedimentos para a sua discussão, mas, sim, da aptidão para influenciar, qualitativamente, à decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade.

Contudo, mesmo diante do seu esforço em tentar diferenciar a sua teoria plural dos teóricos procedimentais, na verdade ambas acabam se encontrando no próprio horizonte de sua interpretação.

O procedimento, legitimamente, estabelecido para a participação popular, como é o caso da realização de audiências públicas e da permissão da habilitação do *amicus curiae*, seria a única forma de atribuir, democraticamente, poder para que a sociedade plural possa ter o condão de influenciar qualitativamente a decisão que será proferida.

O procedimento é a forma de estabelecer o funcionamento, limites e regras para a participação da sociedade dentro de uma discussão interpretativa da Constituição, até porque mesmo na Grécia Antiga, onde havia uma democracia direta, apenas os cidadãos podiam participar do processo decisório, aí excluídos os escravos e os libertos, por exemplo.

Um procedimento legitimamente estabelecido em bases democráticas, ou seja, com vistas ao respeito aos direitos fundamentais, mostra-se como uma solução para viabilizar a participação social no processo de formação da decisão judicial no âmbito da Corte Constitucional, evitando-se, ademais, os riscos trazidos pela doutrina substancialista, sobremaneira as decisões autoritárias e despidas de feições legítimas.¹²³

¹²³ TEIXEIRA, João Paulo Allain. O controle de constitucionalidade no Brasil. Recife: **Revista da ESMape**, v. 13, n. 27, jan./jun. 2008, p. 264.

4 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E O CONTROLE COOPERATIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS PELO STF

O presente capítulo destina-se a analisar um problema de cunho processual constitucional, qual seja, o de que o amplo rol de direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna de 1988 não possui um disciplinamento procedimental adequado, em especial, a questão da participação social no processo de construção da decisão jurisdicional, proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Destaque-se que a própria participação procedimental é vista por Canotilho, como sendo um direito fundamental. Para ele, é condição de autodeterminação efetiva que o cidadão disponha de instrumentos jurídico-processuais que viabilizem a capacidade de influenciar as decisões proferidas pelos poderes públicos.¹²⁴

As audiências públicas possuem previsão, em sede de STF, no Regimento Interno do Supremo alterado pela emenda regimental número 29, de 18 de fevereiro de 2009, cujas principais características são: a) discricionariedade do ministro relator do processo quanto à convocação dos interessados, e; b) ainda no campo da discricionariedade há a seleção dos interessados, a ordem dos trabalhos e o tempo que cada um terá para se expor sua opinião acerca da matéria.

Outro aspecto que merece menção é o atinente ao fato da emenda regimental número 29 ter ampliado o campo de incidência das audiências públicas permitindo a sua realização, inclusive, nas ações de controle difuso de constitucionalidade.

4.1 Fundamentos principiológicos das audiências públicas

Ao tratar o tema das audiências públicas e levando-se em consideração que se trata de um instrumento de participação popular no processo de formação de decisões estatais, de logo se destacam, entre os princípios

¹²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 73.

fundamentais de tal instituto o democrático, o da cidadania e o da participação.¹²⁵

Conforme abordado em capítulo específico deste trabalho, o princípio democrático exige a conformação do agir estatal com a vontade popular, ou seja, traz a necessidade da observância da legitimidade, qualificando o estado brasileiro como democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da Constituição da República/88).

Consequências lógicas do princípio supracitado são os da cidadania, que confere o necessário reconhecimento de que no povo encontra-se o poder para as decisões sobre as coisas públicas e o da participação, interessando para este trabalho o seu viés, não apenas da escolha dos representantes dos poderes Legislativo e Executivo, mas, sim, o da escolha do conteúdo das decisões públicas.

A cidadania traz em seu bojo a necessidade da motivação da atuação estatal, sob pena da mesma ser entendida como arbitrária e impositiva, fatores que afastam, inevitavelmente, a sociedade do Estado. Nesse contexto, o que se busca com a motivação é a identificação das possíveis razões de decidir.

Inafastável a esses princípios encontra-se o da publicidade, no sentido de direito à informação, que se presta para, além de viabilizar a própria participação da sociedade na audiência, a fundamentação da opinião esposada no momento da oitiva popular, uma vez que o expositor deve ter o mais amplo acesso possível a uma gama de informações para que traga a sua da forma mais completa possível.

Em sede complementar, há o princípio da realidade, mais voltado à esfera do direito administrativo, segundo o qual a decisão proferida após o procedimento da audiência pública tem maior eficácia, visto que resulta da aplicação do senso comum.

Por fim, deve-se falar sobre o princípio do devido processo legal, pois, uma vez que se trata de um procedimento o mesmo deve ser seguido a fim de que se garanta o seu sentido formal. Agregue-se ainda aos dizeres o sentido substancial do *due process of law*, que traz a necessidade de que se observe

¹²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 261.

os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade a fim de que sejam evitados excessos nas regras trazidas ao instituto processual uma vez que deve-se buscar a garantia de um processo como procedimento em contraditório em paridade de armas para que se alcance uma decisão substancialmente válida.

4.2 A utilização das audiências públicas no controle de constitucionalidade realizado no Brasil

A presente investigação preocupa-se, também, com o estudo da legitimidade da jurisdição constitucional por meio da abertura do processo constitucional objetivo, sem desrespeitar o procedimento ou enfraquecer o próprio modelo de controle concentrado.

Ao mesmo tempo, deve-se aludir ao fenômeno que a opinião pública exerce sobre os magistrados, com destaque para os componentes do STF, até mesmo porque, em regra, suas decisões repercutem sobre toda a sociedade e não apenas entre as partes envolvidas no litígio.

Contudo, conferir legitimação social para uma decisão jurisdicional não se resume apenas em conformar o *decisum* à opinião da maioria.

A ideia central desse trabalho não se resume a isso.

O que se pretende demonstrar é a necessidade da criação de uma arena de discussão que não se limite a atender aos clamores sociais, mas sim que viabilize uma discussão pautada por argumentos técnicos-científicos.

É importante que se diga, ainda, que a principal e talvez a incontornável crítica que permeia o instituto das audiências públicas diz respeito a saber se os seus realizadores efetivamente levam em consideração as opiniões esposadas.

A verdade é que essa dúvida ainda deve permear durante muito tempo os debates jurídicos sobre o tema. No entanto, Moreira Neto diferencia o debate público, entendido como processo de participação aberto à indivíduos e grupos sociais que visam a contribuir para a melhor decisão, das audiências públicas, que, na visão do autor, possuiriam um maior rigor formal uma vez que possuiria eficácia específica e vinculatória e obrigaria a atuação nos termos do resultado obtido. Por isso que as audiências só poderiam ser realizadas

mediante lei instituidora onde haja a definição do seu procedimento e da sua eficácia.¹²⁶

Por enquanto, apesar dessa interessantíssima construção doutrinária, não há lei em sentido estrito que possa prever a realização de audiências públicas no controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF, sendo a sua previsão apenas regimental, mesmo sabendo que o Supremo, por diversas vezes, ratificou o seu entendimento de que o seu regimento interno possui *status* de lei.

Dito de outra forma, mostra-se mais conveniente e condizente com o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira e a sua maturidade quanto à vivência constitucional que o Estado, nesse caso representado pelo Judiciário, atue como um verdadeiro parceiro, ao invés de um órgão coercitivo.

Esse modelo que se busca ver empregado é o deliberativo e pauta-se pelo motivo, sobretudo, da democracia brasileira não estar sedimentada numa base deliberativa. Por isso mesmo é que a guarda da Constituição coube ao Judiciário, ao STF, porque lá o debate não se esgota facilmente, pelo contrário, se mantém vivo, e suas decisões são públicas e fundamentadas. O déficit de deliberação da democracia brasileira é aliviado pelo processo judicial, que contribuiu, sobremaneira, para viabilizar o debate a respeito dos direitos individuais e de seus limites.¹²⁷

Em sua pesquisa sobre o tema, Carolina Vestena demonstra uma visão mais cética, acerca do impacto das audiências públicas realizadas pelo STF no processo de construção da decisão. A autora expõe três problemas como sendo os principais entraves para o viés democrático-participativo das audiências públicas: a) o emprego, pelo regimento interno do STF, de expressões que possuem um alto grau de abstração, tais como “pessoas com autoridade e experiência no tema”, e que culminam restringindo o acesso de membros da sociedade civil e de movimentos sociais aos debates; b) a inexistência de critérios objetivos quanto à escolha dos participantes, e; c) criação de um cenário de audiência no qual os expositores são dispostos em

¹²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 266.

¹²⁷ PINTO, Marcos Barbosa. **Constituição e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 350.

posições antagônicas, como se adversários fossem, o que diminui o aspecto colaborativo nesses processos.¹²⁸

No sentido de complementar os dizeres acima, Habermas conceitua sociedade civil ou espaço público ao narrar que:

O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política.¹²⁹

Destaque-se que esse diálogo pode ser institucional, entre as outras estruturas formais de poder ou social.

O que se espera da atuação estatal é a adoção de um modelo coordenativo, multilateral e radial, ao invés do já superado conceito de administração estatal subordinativa, unilateral, hierarquizada e linear.¹³⁰

Este capítulo busca trazer elementos elucidativos acerca da quebra com aquela ideia de que a Corte Constitucional, no caso do Brasil, o STF, dispõe dos mecanismos necessários para ser a voz da razão, a limitação aos desmandos parlamentares e que diz o que a democracia é para aquela sociedade. “Nada garante que o controle de constitucionalidade será sempre certo, é verdade.”¹³¹

Duas serão as vertentes a exigirem ainda a competente elaboração teórica: aquela procedimental, de viabilização do diálogo social (quem ingressa, como ingressa, para que fins, com que prerrogativas); e também a forma pela qual essas

¹²⁸ VESTENA, Carolina Alves. **Participação ou formalismo? O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

¹²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebnichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 99.

¹³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 253.

¹³¹ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.189.

eventuais contribuições serão incorporadas ao processo intelectual de construção da decisão.¹³²

Assim, faz-se importante observar, sob a ótica da legitimidade para a propositura da ADI, exemplo máximo do controle abstrato de constitucionalidade que a partir do momento em que foi superado o antigo modelo que trazia como único legitimado o Procurador Geral da República, possibilitou-se uma pluralização do debate constitucional. Hodiernamente, as confederações sindicais, órgão dentre os legitimados constitucionalmente que mais se aproxima da sociedade, até mesmo pelas suas constantes aparições em debates políticos, são quem mais propuseram ADI's, conforme depreende-se do quadro abaixo extraído de consulta ao sítio virtual do Supremo. Interessante frisar que tais entidades não são legitimadas desde a promulgação da Carta Magna de 1988:¹³³

Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Legitimado - 1988 a 2012*

Legitimados	Quant.	%
Presidente da República	8	0,2%
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	23,7%
Procurador-Geral da República	953	20,1%
Conselho Federal da OAB	224	4,7%
Partido Político com representação no Congresso Nacional	818	17,3%
Confederação Sindical ou Entidade de Classe de Âmbito Nacional	1.195	25,2%
Mais de 1 legitimado **	3	0,1%
Outros (Ilegitimados)	361	7,6%
Total	4.739	100,0%

* Dados de 2012 atualizados até 30 de junho.

** Confederação Sindical ou Entidade de Classe e Partido Político

Fonte: Módulo de Recuperação Textual do STF.

¹³² VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Et al. Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 50.

¹³³ BRASIL, STF. **ADI por legitimado**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado>. Acesso em 27 de jul. 2012.

O quadro acima, que não mais é atualizado pelo STF, limitando-se a Corte a disponibilizar os nomes de todos os peticionantes em sede de ADI, serve para demonstrar que quanto mais se amplia o debate constitucional, maior é a tendência de participação social e de aproximação dos diálogos proferidos pela sociedade e pelo Direito.

Mas, indo além do mero rol de legitimados pela Constituição, a abertura que se defende nas linhas desse estudo é aquela não apenas para dar início ao processo constitucional, mas sim uma capaz de viabilizar a participação antes da tomada da decisão, ou seja, independentemente de quem tenha dado azo ao desenvolvimento da atividade jurisdicional constitucional, o que se defende é a possibilidade de participação popular na tomada de decisão por meio da realização de audiências públicas e da habilitação de *amicus curiae*, como formas de garantir a sua legitimidade democrática.

Ainda, o relatório de atividades do STF, a respeito do tema audiências públicas, traz os seguintes dizeres:¹³⁴

Desde a realização da primeira, em 2007, a audiência pública tem sido importante instrumento que, além de subsidiar os Ministros no julgamento de determinadas ações, também possibilita a participação da sociedade civil – pelos seus setores organizados – no enfrentamento da controvérsia constitucional.

Em dados atualizados, o STF, até janeiro de 2014, já realizou quatorze audiências públicas, sendo que desse total, sete foram realizadas apenas no ano de 2013.¹³⁵

Nº	Data da Realização	Tema	Processo Relacionado	Ministro Presidente da Audiência
14 ^a	25 e 25 de novembro de 2013	Programa “Mais Médicos”	ADI’s 5.037 e 5.035	Marco Aurélio
13 ^a	21 e 22 de novembro de 2013	Biografias não autorizadas	ADI 4.815	Cármem Lúcia

¹³⁴ BRASIL, STF. **Relatório de atividades do ano de 2010**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/Relatorio2010.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2012, p. 53.

¹³⁵ BRASIL, STF. **Audiências públicas realizadas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acesso em 10 jan. 2014.

12 ^a	17 e 24 de junho de 2013	Financiamento de campanhas eleitorais	ADI 4.650	Luiz Fux
11 ^a	27 e 28 de maio de 2013	Regime Prisional	RE 641.320	Gilmar Mendes
10 ^a	22 de abril de 2013	Queimadas em canaviais	RE 586.224	Luiz Fux
9 ^a	6, 7 e 8 de março de 2013	Campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia	RE 627.189	Dias Toffoli
8 ^a	18 e 25 de fevereiro de 2013	Novo marco regulatório para a TV por assinatura no Brasil	ADI's 4.649, 4.756 e 4.747	Luiz Fux
7 ^a	24 e 31 de agosto de 2012	Proibição do uso de amianto	ADI 3.937	Marco Aurélio
6 ^a	7 e 14 de maio de 2012	Lei Seca – Proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias	ADI 4.103	Luiz Fux
5 ^a	3 a 5 de março de 2010	Ação afirmativa ensino superior	ADPF 186 e RCL 597.285/RS	Ricardo Lewandowski
4 ^a	27 a 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009	SUS – Sistema Único de Saúde	Diversos de competência da Presidência do STF que versam sobre o direito à saúde.	Gilmar Mendes
3 ^a	27 de junho de 2008	Pneus usados	ADPF 101	Cármem Lúcia
2 ^a	26 e 28 de agosto e 4 e 16 de setembro de 2008	Anencefalia	ADPF 54-8	Marco Aurélio
1 ^a	20 de abril de 2007	Células-tronco	ADI 3510	Ayres Britto

Então, a partir do momento em que o constituinte erigiu o acesso ao controle jurisdicional como garantia constitucional, o processo deve dar a exata resposta esperada pelas partes, sendo o minimamente interventivo. Em sendo assim, deve-se buscar ouvir os anseios da sociedade, razão pela qual passou-se a implementar a subjetivação do controle concentrado de constitucionalidade. A partir de então, o processo constitucional em abstrato passou por um giro interpretativo procedimental.

Desta forma, independentemente, de quem tenha dado início ao processo constitucional objetivo, o presente trabalho busca demonstrar que a

realização de audiências públicas e a permissão para que *amici curiae* se habilitem nos processos de controle de constitucionalidade reforçam o argumento que a garantia do acesso à Jurisdição traz para o Poder Judiciário muito mais do que uma guarida contra as possíveis investidas despóticas dos demais Poderes, incorpora o conceito de democracia e legitimidade de suas decisões.

O Judiciário, sobremaneira o STF, não pode ser recluso em si mesmo, confiante na infalibilidade de suas decisões, nem achar que a mera aplicação do estrito Direito, sem levar em consideração todo um conjunto de fatores sociais é suficiente para que se traga uma decisão que possa ser aceita e adimplida pela sociedade, assim, o diálogo através da abertura do processo de formação da decisão se mostra como uma solução para minimizar a distância entre uma corte superior e os jurisdicionados que irão cumprir a decisão.

Conrado Hübner Mendes aborda os avanços que a instalação de uma Corte Deliberativa traria à jurisdição constitucional desenvolvida no Brasil, uma vez que nesse espaço ocorreriam os embates entre as razões expostas, havendo em cada fase uma mudança entre os personagens envolvidos na deliberação.¹³⁶

Contudo, o citado doutrinador é bastante crítico ao afirmar que o STF adota uma postura solista, mesmo após a implementação das audiências públicas.¹³⁷

É importante que se diga, também, que a emenda ao regimento interno do STF que viabilizou o início da realização das audiências públicas é bastante lacunosa, a partir do momento, em que não se preocupou em estabelecer o procedimento para realização das audiências, tendo sido adotada, por exemplo, na primeira audiência um modelo de processo adversarial, tendo os

¹³⁶ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma Corte Deliberativa *in* Jurisdição Constitucional no Brasil. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de *et al.* **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

¹³⁷ A seguinte passagem demonstra a opinião do autor acerca da ausência da característica deliberativa no STF: Sob a perspectiva deliberativa, continua a ser um ente periférico e inexpressivo. Transformar um “tribunal de solistas” num tribunal deliberativo requer mais que rearranjos procedimentais. Exige que juízes, pessoalmente, entendam e valorizem o espírito da deliberação. Que se tornem, enfim, deliberadores. MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma Corte Deliberativa *in* Jurisdição Constitucional no Brasil. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de *et al.* **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 73.

interessados realizado suas sustentações de forma favorável ou contrária a validade da lei de biossegurança.

Contudo, tal situação acaba por inviabilizar, por exemplo, as posições intermediárias como, por exemplo, daqueles que vislumbravam a possibilidade da utilização de embriões que não possuíam mais viabilidade de serem utilizados.¹³⁸

Nesse sentido, cumpre mencionar que na primeira audiência pública (ADI 3.510) realizada houve a habilitação de *amici curiae*, mas também ocorreu que algumas entidades apenas quiseram se manifestar no sentido de apresentar pesquisas científicas ou de opinião.¹³⁹

Na audiência pública referente à importação de pneus usados (ADI 3.150), o seu procedimento se caracterizou pela diferença em relação à primeira audiência pública, uma vez que, ao invés de determinar as exposições em blocos favoráveis e contrários à norma objeto de controle, nesse segundo momento buscou-se realizar a atividade de uma maneira alternada, intercalando sujeitos contrários e favoráveis à norma controlada.¹⁴⁰

Na audiência pública atinente ao aborto de fetos anencéfalos outra característica chama a atenção, daquela vez o relator da ação, além de se manifestar sobre os habilitados realizou convites à outras pessoas e entidades. Além disso, a ordem das apresentações não foi determinada pelo conteúdo da opinião, mas sim pelo segmento ao qual o orador integrava, sendo no primeiro dia as entidades religiosas, no segundo especialistas técnico-científicos, no terceiro os demais segmentos sociais. Inclusive foi permitida a formulação de perguntas pelos Ministros integrantes da mesa¹⁴¹, técnica que agora se tornou comum às audiências.

¹³⁸ LIMA, Rafael Bellem de. Audiências públicas no controle de constitucionalidade – A representação técnica das partes no caso das pesquisas com células-tronco. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de *et al.* **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 251.

¹³⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Et al.* **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 65.

¹⁴⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Et al.* **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 72.

¹⁴¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Et al.* **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 80-81.

Outro aspecto que passou a reger às audiências públicas é a adoção de um modelo menos adversarial e mais cooperativo, por meio do prévio estabelecimento de um cronograma que determina a ordem das apresentações, essa técnica foi utilizada na última audiência pública realizada pelo STF, que aborda a constitucionalidade do programa Mais Médicos (ADI's 5.037 e 5.035), as biografias não autorizadas (ADI 4.815), Financiamento de campanhas eleitorais (ADI 4.650) e Regime Prisional (RE 641.320).¹⁴²

Interessante ainda destacar que, talvez pela falta de pedido de habilitação de interessados suficientes, o prazo para requerer a habilitação e participar das audiências públicas acerca do novo marco regulatório da TV por assinatura no Brasil foi prorrogado, mesmo tendo sido concedido, inicialmente, um lapso temporal hábil, sob a justificativa de buscar ampliar ao máximo o número de participantes.¹⁴³

Não está equivocado o raciocínio que afirma que a presença do diálogo social no STF, mesmo que ainda não se tenha chegado a um procedimento ideal para a sua realização, muito disso por conta da adoção de um modelo de processo inquisitorial, é inevitável que ocorra e que se amplie o rol de situações cabíveis, a abertura para a sociedade, até mesmo para conferir um maior grau de legitimidade às decisões judiciais.

4.3 Os novos meios de criação das decisões judiciais: as audiências públicas e o princípio democrático

A partir do momento em que se passou a valorizar o conteúdo das normas constitucionais e, partindo da premissa de que uma carta política vale-se de inúmeras cláusulas gerais a fim de possibilitar o alcance das mais diversas situações sociais, surge o problema em se definir quem seriam os intérpretes e como se alcançar o conteúdo dessa interpretação diante da

¹⁴² BRASIL, STF. **ADI's 5.035 e 5.037.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ProgramacaoAudienciaProgramaMaisMedicos19_11.pdf. Acesso em: 17 dez. 2013.

¹⁴³ BRASIL. STF. **ADI's 4.679, 4.756 e 4.747.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDIENCIA_PUBLICA_TV_Despacho_de_Prorrogacao__Audiencia_Publica.pdf. Acesso em 22 jan. 2014.

jurisdição constitucional concentrada, até mesmo porque ela irá produzir efeitos *erga omnes*.

Bastaria a atuação dos ministros do STF na atividade interpretativa da Constituição? Apenas a atuação dos legitimados previstos na Constituição para deflagrar o processo constitucional objetivo seria suficiente para se atribuir uma natureza democrática à jurisdição constitucional?

Transferir a um dos órgãos do Governo a prerrogativa e as garantias para decidir em última instância acerca dos atos oriundos da atividade legislativa, ocasiona, em verdade, atribuir a esse mesmo poder, no caso brasileiro, o Judiciário, a responsabilidade sobre os destinos de um país.¹⁴⁴

Os tribunais, indiscutivelmente, contribuem sobremaneira para a descoberta da vontade e atualização das normas constitucionais. Contudo, esse não pode ser o único espaço de deliberação, até mesmo porque não se pode pensar o Direito Constitucional como um conjunto de agentes políticos, que por intermédio de advogados, promovem demandas junto ao Poder Judiciário.¹⁴⁵

Conforme fora dito em capítulo anterior, nesta investigação, a teoria intitulada de jurisprudencialização do Direito Constitucional teve espaço por conta da importância trazida aos precedentes judiciais. Se o precedente possui força vinculante, nada mais democrático do que permitir a participação daqueles que serão alcançados por tais decisões.

Acerca do tema, as palavras de José Luis Bolzan de Moraes:¹⁴⁶

Se a estrutura normativa do atual Estado Democrático de Direito e as dificuldades de implementação dos seus conteúdos característicos conduzem a uma maior presença do Poder Judiciário, com a finalidade de oportunizar a concretização dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais, isso leva à afirmação de que ele não pode exercer, nos tempos atuais,

¹⁴⁴ APPIO, Eduardo. **Controle de constitucionalidade no Brasil**. Curitiba: Editora Juruá, 2007. p. 45

¹⁴⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 37.

¹⁴⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. Audiências públicas: novas práticas no sistema de justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 163.

apenas uma função jurídica técnica e secundária, ante a ausência da produção primária incumbida ao legislador e ao gestor, mas se apresenta como um ambiente no qual se travam os grandes embates definidores do projeto de sociedade que se pretende construir [...].

As audiências públicas, então, assim como é o caso da intervenção do *amicus curiae*, surgem como a abertura de um diálogo da Corte Constitucional, que, destaque-se, não possui o dever de realizá-las, no sentido de concretizar o dogma constitucional da democracia.

O princípio democrático surge como a busca pelo objetivo de estabelecer, de forma rígida, os mecanismos do seu exercício, por meio de premissas, dentre outras, como as da representatividade, o procedimento legislativo e os instrumentos da democracia. Por conta disso foi que a jurisdição constitucional surgiu e foi encarada durante muitos anos, apenas como um limitador ao poder do legislador positivo, ou seja, como uma força garantidora da validade das normas sempre tomando como paradigma o texto constitucional.

A possibilidade da abertura judicial à dimensão participativa do princípio democrático é objeto de discussão no campo do processo civil, a partir da adoção de um chamado processo cooperativo, no qual se exige das partes uma atuação mais proativa no processo de formação da decisão judicial.

Não destoaria desse raciocínio a ideia de que esse modelo de processo também possa ser adotado pela jurisdição constitucional, especificamente no controle concentrado por conta dos seus efeitos se produzirem de forma abstrata.¹⁴⁷

Contudo, não se poderia deixar de abordar o viés interpretativo trazido por meio do neoconstitucionalismo, quando os enunciados das constituições deixaram de ser textos limpos, diretos, claros e enxutos, como ocorria no modelo de Estado Liberal, excessivamente individualista, para assumirem contornos programáticos, promessas estatais e tiveram que tutelar direitos sociais vários, que sempre tendem a se expandir, necessitando, dessa forma, valer-se de cláusulas gerais, com a inauguração do modelo de Estado Social.

¹⁴⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Et al.* **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 39.

Essa é a grande virada hermenêutica trazida para a jurisdição constitucional. Enquanto no Estado Liberal bastavam leis que regulassem e controlassem os poderes estatais, no Estado Social surge a necessidade da implementação dos direitos fundamentais.

Nesse momento o espaçamento entre os poderes estatais passou a diminuir, pois as promessas constitucionais precisam ser implementadas por meio da legislação infraconstitucional, atuação típica do Legislativo, ao mesmo passo em que a Constituição deve ser defendida pela Corte Constitucional, no Brasil, função típica do Judiciário, nesta senda, a não implementação de um direito fundamental, além de violar as garantias trazidas à sociedade, culmina pelo desrespeito à Constituição.

Por conta dessas situações é que as Cortes Constitucionais passaram por momentos de mudança de paradigmas, de suas próprias decisões, vide o que ocorreu no Brasil em relação à forma como o mandado de injunção passou a ser tratado pelo Judiciário. Tudo isso com vistas à persecução do Estado do bem estar social, *welfare state*.

Na verdade, aquele conceito de Estado mínimo, limitado às leis acaba sendo superado pelo modelo de Estado prestador de atividades administrativas, que não se limitam apenas aos serviços públicos, enfatize-se, e isso acaba por alterar o próprio entendimento de democracia.

Surge então um novo Estado democrático de direito, no qual as políticas públicas ocupam o centro das promessas estatais constitucionais, sobre o tema, merecem destaque as palavras abaixo transcritas:¹⁴⁸

Em um novo ambiente, de um lado de aprofundamento da inclusão democrática – formal e material – e de outro da crise estrutural – acompanhando a crise conceitual – que vai afetar a fórmula de compromisso do Estado Social, é a função jurisdicional – como sistema de justiça – que, como guardião e realizador da Constituição, passa a ter seu espectro de atuação reforçado, assumindo-se como ambiente político para o debate e a tentativa de consolidação do projeto constitucional, no que ficou reconhecido como judicialização da política e politização

¹⁴⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. Audiências públicas: novas práticas no sistema de justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 170.

do jurídico, conduzindo ao que nomeamos de jurisprudencialização das Constituições, já em 2002 [...]

O que aconteceu é que as relações sociais passaram, cada vez mais, a ser geridas pelo Judiciário e com o crescimento da jurisdição constitucional, cada vez mais, a sociedade passou a ter interesse em participar do processo de tomada de decisão acerca das matérias constitucionais. Este cenário então traz desafios e coloca em xeque a legitimidade da democracia representativa clássica. Não mais basta à democracia o atendimento ao princípio da maioria.

Com base nessa premissa de redefinição das estruturas institucionais, houve a necessidade de uma nova análise do papel do Judiciário, saindo da postura de contralegislador e de defesa das minorias, contramajoritário, para um verdadeiro ambiente de discussão e realização das promessas políticas constitucionais.

Para defender essas minorias o Judiciário, ao realizar as audiências públicas, busca, na verdade, fazer um mapeamento do dissenso em toda a sua extensão e complexidade para definir quais pessoas serão alcançadas pelos efeitos da decisão proferida acerca da norma controlada, quais as possíveis repercussões sociais da decisão proferida, tais elementos são indispensáveis para que se alcance uma decisão adequada.¹⁴⁹

Nesse sentido, conforme trazido nesta investigação, no capítulo atinente às mudanças do Estado, a partir do momento em que as constituições passaram a trazer expressões dotadas de um alto grau de abstração, parece ser imprescindível que o juiz constitucional valha-se de novos mecanismos de informação para promover o desvelamento da norma constitucional.

Essa é a grande proposta deste trabalho acadêmico, a abertura do processo constitucional a fim de garantir a participação social como uma forma de resgatar a legitimidade das decisões proferidas em sede de controle objetivo de constitucionalidade em consonância com a nova feição que o Estado deve assumir para alcançar o bem estar social, partindo de um ideal habermasiano sobre a democracia deliberativa.

¹⁴⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Et al. Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 117.

Tais premissas não estão dissociadas do próprio conceito de poder constituinte que “é o poder que cabe ao povo de dar-se uma constituição”.¹⁵⁰

Por conta disso é que a jurisdição constitucional deve ser vista como “o embate entre argumentos e contra-argumentos que racionaliza o processo decisório democrático”.¹⁵¹

Resta claro que o que busca com as audiências públicas é a realização de uma deliberação, ou seja, um espaço para que os diversos participantes possam expor suas opiniões num modelo de troca de argumentos. Contudo, não se pode olvidar que um estado democrático de Direito se mostra imperioso para que haja a instauração de tal embate ideológico, pois em liberdade e igualdade não haverá diálogo verdadeiro e legitimador, mas sim apenas uma contrafação de um processo democrático de tomada de decisão.

Destaque-se que a deliberação reside no processo de tomada da decisão. Assim, nada mais legítimo e democrático do que permitir a participação da sociedade como protagonista no processo de formação do convencimento e da decisão jurisdicional que irá repercutir, diretamente, sobre todos.

Esse é o principal pilar para que se viabilize a realização de audiências públicas e que se permita a habilitação do *amicus curiae* na relação processual. Nada mais faz o Judiciário do que conferir legitimidade democrática às suas decisões a partir do momento em que realiza uma abertura cognitiva do sistema jurídico para abarcar expectativas e frustrações quanto à sua futura decisão.

Habermas não traz um conceito de legitimidade pautado apenas pela legalidade, mas sim no fato de o procedimento corresponder com a prática discursiva, ou seja, não basta o procedimento, mas, tão importante quanto ele é a sua justificação.¹⁵²

¹⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 67.

¹⁵¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.129.

¹⁵² Interessante perspectiva é trazida por Sergio Cademartori ao afirmar que a expressão legitimidade é costumeiramente empregada como sinônimo de justo, enquanto que legitimação se aproxima do conceito de consenso. CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007, pp. 117-118.

Percebe-se, pois, que as ideias trazidas por Habermas pregam a valorização do respeito ao campo correto para a construção do procedimento, o Legislativo, e a legitimidade advinda deste, desde que justificada, consentida.

Então, trazendo para a jurisdição constitucional concentrada, o procedimento para a sua realização foi construído no Legislativo e lá mesmo já houve a previsão para a sua abertura cognitiva com a realização de audiências públicas e a permissão da participação do *amicus curiae*, isso com vistas a justificar, socialmente, uma decisão trazida por onze pessoas, ministros do STF, que deverá ser cumprida por toda a sociedade.

Assim, de nada adiantaria a permissão da participação popular no processo de tomada da decisão, se não houvesse a sua efetiva capacidade de influenciar os julgadores, da mesma forma, a decisão jurisdicional que observa os anseios da sociedade pode até não ser bem recebida por ela, mas, uma vez que tenha sido justificada, será compreendida e, naturalmente, adimplida.

Nessa mesma esteira de raciocínio, cabe fazer alusão ao fato de que o procedimento *per se* não é mais suficiente para conferir legitimidade a um poder ou decisão, em sendo assim, o STF, ao mesmo tempo que adota um procedimento democrático de formação de decisão, também cria para si mesmo um dever de resposta à sociedade, numa espécie de modelo de processo cooperativo.

Por conta disso mesmo é que o Estado precisa ser o garantidor dos direitos fundamentais, para que, dessa forma, se consiga promover um processo deliberativo inclusivo.

Assim, tanto as audiências públicas, quanto a participação do *amicus curiae* coadunam com esse raciocínio.

Contudo, a realização das audiências públicas não possui um procedimento específico, bem como, apesar da importância, o comparecimento dos ministros ainda é baixo, talvez até mesmo por conta da discricionariedade da própria realização da consulta social, tornando tal prática, ainda, inefetiva.

4.4 A impossibilidade da aplicação do Teorema de Condorcet às audiências públicas

O processo de formação de uma decisão judicial envolve a superação dos elementos de incerteza e isso faz nascer a necessidade de se agregar outros atores, preferencialmente pessoas que possam contribuir de forma técnica e acrescentar valores que possam contribuir para a superação das dúvidas.

Assim, o Teorema de Condorcet, formulado pelo matemático francês de mesmo nome, no século XVIII, traz importantes colaborações para o tema objeto da presente investigação.

A teoria tem como ponto central a ideia de que a probabilidade de uma resposta correta ser adotada por um grupo majoritário aumenta, tendendo a 100% à medida que o grupo cresce, uma vez que os grupos escolherão melhor que os indivíduos, e grandes grupos melhor do que os pequenos, desde que presentes duas condições, a saber: 1) as decisões sejam tomadas seguindo um modelo majoritário, e; 2) cada pessoa tenha maior chance de estar correta do que errada.¹⁵³

Desdobrando a teoria, é fácil perceber que, diante de argumentos racionais e objetivos, o matemático francês afirma que as decisões da maioria tendem a ser mais corretas ao mesmo tempo em que essa maioria detenha conhecimentos técnicos-científicos aptos a viabilizar uma opinião com um alto grau de probabilidade de estar correta.

Destaque-se que Carlos Santiago Nino defende a aplicação do Teorema de Condorcet no seu modelo deliberativo de democracia, uma vez que parte da premissa de que, quanto maior for o número de pessoas satisfeitas com a decisão, a solução tenderá a ser correta, já que o resultado correto seria aquele que potencializasse a satisfação dos interesses protegidos por esses direitos.¹⁵⁴

¹⁵³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Et al. Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 102.

¹⁵⁴ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003.

Essa teoria não parece ser a mais correta, quando do manejo das audiências públicas, até mesmo porque no campo jurídico a decisão envolverá, necessariamente, a ponderação de valores, por isso mesmo, não objetivos.

Não é critério suficiente para conferir legitimidade às decisões judiciais uma maioria, principalmente, porque a atividade jurisdicional deve ser pautada pela defesa das minorias, isto é, precisa adotar uma postura contramajoritária, a fim de permitir que essa minoria tenha voz e seja ouvida dentro de um processo delineado pelo contraditório.

É bem verdade que esta investigação busca aproximar a legitimidade da jurisdição constitucional à teoria procedimental de interpretação constitucional, portanto, é imperioso que se diga que a racionalidade que Habermas vê necessidade de ser empregada na decisão estabelece-se tendo como pressuposto a utilização de um argumento que obtenha maior densidade de aceitação.¹⁵⁵ Destaque-se que essa densidade deve ser entendida não como quantidade de pessoas que aceitaram o argumento, mas sim como aceitação racional do fundamento utilizado.

Nesse último caso, outro aspecto relevante diz respeito ao resgate da moral promovido pelo Direito, dando, assim, ênfase a um constitucionalismo e não apenas ao normativismo, razão pela qual as decisões judiciais, principalmente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade exercido no STF serão dotadas de um grande conteúdo moral.

Outra análise sobre o teorema ora estudado diz respeito ao fato de que o matemático francês não se preocupou em observar como os grupos agiriam se soubessem que seriam afetados pela decisão que iriam formar.

O controle concentrado de constitucionalidade tem o condão de produzir efeitos erga omnes, isso significa dizer que até mesmo os participantes do processo de formação da decisão judicial serão alcançados pelos seus efeitos. Em sendo assim, de alguma forma a razão dos grupos poderia ceder espaço ao interesse plural.

¹⁵⁵ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.187.

Por outro lado, também, não se pode desconsiderar a opinião de uma maioria, até mesmo porque é um importante fator de legitimidade para uma decisão judicial.

Na verdade, o problema resta instaurado e aparentemente sem solução, cabendo, pois a realização de uma análise aprofundada sobre as opiniões ofertadas pelos participantes da audiência pública a fim de se estabelecer quais seriam os melhores argumentos para a resolução daquela situação específica.

O que o estado da arte no tema no direito norte-americano parece estar a sugerir é que diferentes matérias devam encontrar distintos graus de ampliação e seleção do universo de *many minds* que possa efetivamente contribuir para o aprimoramento da decisão.¹⁵⁶

Assim, a importância do tema não reside em se analisar apenas a quantidade de participantes, mas sim em buscar uma real inteligência entre as informações apresentadas, o que aproxima a atividade de construção da decisão judicial em uma relação mais complexa do que a subsuntiva.

Insista-se, a quantidade de expositores ou de material produzido pelos defensores de um determinado ponto não são suficientes para agregar a necessária legitimidade à decisão, ainda mais, quando o Judiciário precisa agir como um órgão contramajoritário, a exemplo do que ocorreu no julgamento da ADPF 132, no qual o ministro Celso de Mello teve o cuidado de demonstrar que a atuação do STF foi em defesa de uma minoria que estava excluída de qualquer proteção jurídica com relação ao casamento e seus efeitos.

¹⁵⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Et al. Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 106.

5 O *AMICUS CURIAE* COMO RESPOSTA AO DÉFICIT DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DO STF

5.1 O *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro: primeiras previsões e o atual contorno dado ao tema

A Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XXXV, garante o acesso à atividade jurisdicional estatal a todas as pessoas, obstando, assim, a criação de barreiras, empecilhos, para que a sociedade alcance o Poder Judiciário.

Também é sabido que a atividade jurisdicional é permeada por técnicas e mecanismos que, por vezes, acabam por promover um fechamento procedimental do seu acesso, como é o caso dos legitimados para a propositura de ações constitucionais que visem a declaração direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Nesse momento, vale lembrar que, inicialmente, o Procurador Geral da República era o único legitimado a propor ADI, no entanto, com o advento da emenda constitucional número 3 esse rol foi ampliado, comportando as pessoas que agora integram o artigo 103 da CR/88. Porém, mesmo diante de tal ampliação, ainda criou-se um mecanismo para evitar o enfraquecimento do processo constitucional objetivo, a chamada repercussão geral.

Assim, nem todos os componentes do rol do artigo supra possuem legitimidade para promover o manejo de ação direta de inconstitucionalidade contra lei que viola o texto constitucional, devendo, pois, demonstrar a sua pertinência temática.

O que se percebe é que, com o advento da EC nº 03, procurou-se promover uma abertura cognitiva procedimental da jurisdição constitucional desenvolvida pelo STF, não podendo o legislador, por conta da garantia constitucional do alcance à atividade jurisdicional, estabelecer qualquer empecilho, todavia, por meio de uma construção jurisprudencial, o próprio STF acabou por criar novos requisitos a serem observados quando da propositura de ADI.

Em momento posterior, com a edição da lei 9.868/99, que trata da ADI, em seu artigo 7º, §2º, o STF passou a admitir a manifestação de outros órgãos

e entidades diversos daqueles que integram o rol do artigo 103 da CR/88. Tem-se aí o permissivo legal, embora de maneira não expressa, para o *amicus curiae* participar do processo constitucional concentrado.

Na verdade, deve-se salientar que o amigo da cúria já possuía previsão legal desde o advento da Lei Federal nº 6.385/76, que em seu artigo 31, trouxe a determinação da intervenção da Comissão de Valores Mobiliários – CVM nos processos que versem sobre matérias afetas às atribuições da autarquia. No mesmo sentido, a antiga Lei Federal nº 8.884/94, que disciplina o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em seu artigo 89, hoje reproduzido na novel legislação 12.529/2011, em seu artigo 118, previa a participação obrigatória do CADE nos processos que envolvam temas atinentes ao Direito da Concorrência.

De modo diferente posiciona-se Cassio Scarpinella Bueno ao afirmar que não existe no Brasil qualquer diploma normativo que preveja, pelo menos não com essa expressão *amicus curiae*. Historicamente, o único ato legal que utilizou essa expressão foi o artigo 23, §1º do Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, mas que já foi revogado, expressamente, pela Resolução 22/2008.¹⁵⁷

Contudo, é inegável que a simples falta de previsão legal não é óbice suficiente à habilitação do *amicus curiae*. O que se espera é que o juiz possa dialogar, juntamente com as partes, acerca da admissão do amigo da corte e sobre as suas manifestações. Esse é um modelo de processo cooperativo que se aguarda dentro de um legítimo Estado democrático de Direito.¹⁵⁸

A propósito, o próprio STF, ainda no ano de 1994, ou seja, em momento anterior ao da edição da Lei 9.868/99, que trata do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade, isso ocorreu quando da realização do julgamento do Agravo Regimental na ADI nº 748-4, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Naquele julgado reiterou-se a impossibilidade da intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, no entanto, admitiu-

¹⁵⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático***. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 144.

¹⁵⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático***. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 575.

se que um colaborador informal da Corte realizasse uma simples juntada de informações.¹⁵⁹

Nesse momento, vale dizer que as primeiras previsões legais de intervenção do *amicus curiae* traziam o raciocínio de uma intervenção obrigatória e por intermédio de uma pessoa que já era de conhecimento prévio, CVM ou CADE, fazendo com que tal conceito se aproximasse bastante da figura do *custus legis*. Porém, diante do atual cenário, resta claro que o amigo da cúria pode ser qualquer órgão ou entidade, conforme literal previsão do parágrafo 2º, *in fine*, do artigo 7º da Lei 9.868/99, bem como pode ocorrer de forma não provocada e sequer é obrigatória.

Por outro lado, Cassio Scarpinella Bueno afirma que o *amicus curiae* funciona não como o fiscal da lei, mas sim como uma espécie de fiscal da lei, exercendo uma atividade complementar à daquele, também como um perito e até mesmo um mecanismo de prova.¹⁶⁰

Um outro aspecto que também suscita inúmeras controvérsias é o atinente à postura adotada pelo *amicus curiae* na relação processual, isto é, em saber se ele, na prática, serve como um instrumento de formação de um processo cooperativo no qual o órgão julgador será o grande beneficiado pelas

¹⁵⁹ O citado acórdão da ADI 748-4 restou assim ementado:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL - IMPOSSIBILIDADE - ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PECAS DOCUMENTAIS - DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE - IRRECORRIBILIDADE - AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. - O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum*. - Os despachos de mero expediente - como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo -, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504). (ADI 748 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/1994, DJ 18-11-1994 PP-31392 EMENT VOL-01767-01 PP-00010).

BRASIL, STF. ADI nº 748-4. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ato+judicial+que+determina+a+juntada%2C+por+linha%2C+de+pe%27as+documentais%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mtceaab>. Acesso em 10 jan. 2014.

¹⁶⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. **Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae***. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Amicus%20curiae.pdf>. Acesso em: 07 de maio de 2013.

suas informações ou se ele funciona muito mais como um amigo de uma das partes.

Dameres Medina, em sua dissertação de mestrado, trouxe valiosas contribuições ao estudo desse quadro ao afirmar que “a experiência brasileira fornece elementos empíricos que atestam a ampla utilização do instrumento como ferramenta adicional de defesa dos interesses das partes em litígio”.¹⁶¹

A visão da autora pode ser compreendida pela leitura que a mesma faz acerca da atuação do *amicus curiae*, quando, ao analisá-lo, afirma que o pressuposto democrático não é algo imprescindível para a própria existência do instituto. A discricionariedade do julgador em permitir ou não a participação desse terceiro demonstra um viés pluralizante da jurisdição e não, necessariamente, democratizador.

A visão do *amicus* como um terceiro imparcial que ingressa no processo para oferecer ajuda à corte ou na defesa de um interesse institucional, acima do próprio interesse, remete ao ideal de neutralidade, que é questionado pelo *mainstream* no debate acadêmico. Atualmente, a doutrina predominante, em especial nos EUA, tem no *amicus curiae* um instrumento de defesa adicional das partes em litígio. Um terceiro interessado, que ingressa na ação para mostrar à corte outros vieses e nuances que deverão ser levados em consideração, em razão dos desbordamentos da questão jurídica controversa para além dos limites do processo, na defesa dos interesses do grupo que representa.¹⁶²

Para reforçar o seu argumento, Dameres Medina cita o caso da ADPF 46 onde houve a discussão da constitucionalidade do monopólio dos serviços postais. Para a autora, a participação dos *amici curiae* Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas e a Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional – ABRAEC, demonstravam o claro interesse na quebra do monopólio postal.

¹⁶¹ MEDINA, Dameres. **Amigo da corte ou amigo da parte? *Amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: http://www.idp.edu.br/component/docman/doc_download/174-amigo-da-corte-ou-amigo-da-parte. Acesso em 04 jun. 2014, p.36.

¹⁶² MEDINA, Dameres. **Amigo da corte ou amigo da parte? *Amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: http://www.idp.edu.br/component/docman/doc_download/174-amigo-da-corte-ou-amigo-da-parte. Acesso em 04 jun. 2014, p. 37.

A autora arremata dizendo:¹⁶³

De fato, atualmente, o *amicus* atua como um terceiro que se habilita no processo para defender os interesses do grupo por ele representado. Ainda que se escude em dados sociológicos, estudos estatísticos ou pareceres técnico-científicos de áreas estranhas ao campo legal, o *amicus curiae* persevera na busca de fazer prevalecer o ponto de vista por ele defendido, que muitas vezes pode não ser de caráter institucional ou social.

Destaque-se que Damares Medina em momento algum deslegitima a atuação do *amicus curiae* pelo simples fato dele defender interesses específicos. Ela julga ser de extrema importância que a Corte seja informada acerca das preferências interpretativas de determinados segmentos sociais. Além disso, o interesse na preservação da integridade constitucional é comum entre as partes envolvidas num processo, o *amicus curiae* e a sociedade. Por tais motivos, a atuação do *friend of court* pode até não ser imparcial, mas será de extrema valia para o processo de construção da decisão.

Os argumentos formulados por Damares Medina não conflitam com as ideias trazidas nas páginas desta investigação a partir do momento em que a autora reconhece a validade da participação do *amicus curiae* sob o prisma da legitimidade da decisão através da participação social. Inclusive, em sua dissertação, Damares Medina reconhece que a sociedade é a última destinatária da Constituição, aspecto também defendido nessa pesquisa.

A participação do *amicus curiae* revela a preocupação do STF com os efeitos da sua decisão perante a sociedade, pois não basta dizer que as decisões judiciais devem ser cumpridas, deve-se explicar e permitir que a sociedade entenda e, até mesmo, participe do processo de tomada da decisão.

Por ser pautada no intuito de conferir legitimidade às decisões prolatadas pelo STF, a participação do amigo da Corte não se limita apenas a apresentação de memoriais, essa matéria ficou decidida na resolução da Questão de Ordem na ADI 2.777¹⁶⁴, mas, na verdade, comporta amplos

¹⁶³ MEDINA, Damares. **Amigo da corte ou amigo da parte? *Amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: http://www.idp.edu.br/component/docman/doc_download/174-amigo-da-corte-ou-amigo-da-parte. Acesso em 04 jun. 2014, p. 39.

¹⁶⁴ Vale mencionar que o reconhecimento dos amplos poderes conferidos ao *amicus curiae* encontrou alguma resistência no próprio STF por conta, principalmente, do receio de que a

poderes, tema a respeito do qual o Ministro Celso de Mello já havia se manifestado favoravelmente em decisão datada de 20/12/2000, na resolução da medida cautelar na ADI 2.130¹⁶⁵, mas fez a ressalva de que, naquele momento, o posicionamento da Corte era em sentido diverso, mencionando o que restou consignado no julgamento da ADI 2.321¹⁶⁶, onde admitiu-se manifestação apenas formal do *amicus curiae*.

Por sua vez, o STJ ainda não admite a atribuição de amplos poderes ao *amicus curiae*, trazendo a ideia de que esse terceiro só pode se manifestar nos autos mediante a apresentação de memoriais escritos, situação que ensejou o envio de um ofício da OAB ao Presidente daquela corte, o Ministro Felix Fischer, a fim de que seja oportunizado ao *amicus curiae* a realização de sustentação oral no julgamento dos recursos especiais pautados pela sistemática dos recursos repetitivos. No citado ofício, assinado pelo Presidente da OAB, há a menção acerca da necessidade da oitiva do *amicus curiae* uma vez que traz à corte argumentos relevantes para o julgamento da questão versada no recurso repetitivo, em que a resolução do litígio irá vincular sua jurisprudência e repercutir sobre toda sociedade.¹⁶⁷

Importante, ainda, é que se diga que o STJ concebe a participação do *amicus curiae* apenas na hipótese do mesmo ser convidado pela corte a trazer elementos que colaborarão, de forma escrita, com o processo de construção da

atribuição de faculdades além da apresentação de memoriais escritos culminaria na perda das características inerentes ao modelo de processo objetivo que pauta a ADI, opinião partilhada entre os então Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie. Por sua vez, o Ministro Nelson Jobim admitiu a sustentação oral de forma excepcional, pois, na visão dele, a forma de agir do *amicus curiae* precisaria ser veiculada em norma regimental.

BRASIL. STF. **Informativo de jurisprudência nº 331, 24 a 28 de novembro de 2003.** Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo331.htm#Substituição Tributária e Amicus Curiae](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo331.htm#Substituição%20Tributária%20e%20Amicus%20Curiae). Acesso em: 18 out. 2012.

¹⁶⁵ BRASIL. STF. **Medida cautelar na ADI 2.130.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2130%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bwcdm4t>. Acesso em: 18 de out. 2012.

¹⁶⁶ BRASIL. STF. **Medida cautelar na ADI 2.321.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2321%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/btq99ad>. Acesso em: 18 de out. de 2012.

¹⁶⁷ BRASIL. OAB. **Ofício nº 064/2013-AJU.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/oficio-064-2013-2-1973650860.pdf>. Acesso em: 18 de out. 2012.

decisão judicial, inclusive esse foi o posicionamento da Corte Especial do STJ, com a manifestação expressa nesse sentido dos Ministros Teori Albino Zavascki e Cesar Asfor Rocha, que foram seguidos pelos então Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Laurita Vaz e Castro Meira.

Outros ministros componentes da Corte Especial preferiram adotar uma postura intermediária, seguindo o raciocínio trazido pelo Ministro Massami Uyeda, de que os *amici curiae* poderiam, sim, realizar sustentação oral, no entanto, apenas um deles falaria por todos a fim de expor as informações técnicas de uma só vez. Esse posicionamento foi seguido pelo então Presidente do STJ Ari Pargendler e pelos Ministros João Otávio de Noronha, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura e Benedito Gonçalves.¹⁶⁸

Interessa anotar, também, que Damares Medina faz uma importante consideração acerca da limitação da atuação do *amicus curiae* à apresentação de memoriais escritos:¹⁶⁹

[...] na maioria das vezes, os memoriais dos *amici* nada mais fazem além de impor uma carga adicional de trabalho a um Judiciário já extremamente sobrecarregado. Destaca-se o fato de que o amigo é, sempre, de uma ou outra parte - em especial aquelas excluídas da participação do processo judicial, que se

¹⁶⁸ BRASIL. STJ. **Corte Especial decide que *amicus curiae* não tem direito à sustentação oral.** Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102901. Acesso em: 18 de out. 2012.

A decisão da Corte Especial foi veiculada no Informativo Semanal de Jurisprudência nº 481 de 15 a 26 de agosto de 2011 que trouxe a seguinte redação:

Em questão de ordem, a Corte Especial, por maioria, firmou a orientação de não reconhecer o direito do *amicus curiae* de exigir a sua sustentação oral no julgamento de recursos repetitivos, a qual deverá prevalecer em todas as Seções. Segundo o voto vencedor, o tratamento que se deve dar ao *amicus curiae* em relação à sustentação oral é o mesmo dos demais atos do processo: o STJ tem a faculdade de convocá-lo ou não. Se este Superior Tribunal entender que deve ouvir a sustentação oral, poderá convocar um ou alguns dos *amici curiae*, pois não há por parte deles o direito de exigir sustentação oral. QO no REsp 1.205.946-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, em 17/8/2011.

¹⁶⁹ MEDINA, Damares. **Amigo da corte ou amigo da parte? *Amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: http://www.idp.edu.br/component/docman/doc_download/174-amigo-da-corte-ou-amigo-da-parte. Acesso em 04 jun. 2014, p. 41.

valem dos memoriais para extravasar a sua frustração – e não da Corte.

Os autointitulados amigos da corte buscam oferecer suas orientações com os mesmos objetivos e motivação que impulsionam os lobistas no processo legislativo. Nesse sentido, seriam raras as vezes em que os memoriais trazem insights ou argumentos que já não estavam presentes no processo. Nessas situações peculiares, nada impede que o *amicus curiae* ofereça seus argumentos diretamente para as partes do processo que pretendem apoiar. O verdadeiro objetivo de um memorial de *amicus curiae* seria influenciar politicamente o julgamento, dando sinais de posições ideológicas a partir de qual lado do processo está sendo apoiado.

Assim, por se tratar a intervenção do *amicus curiae* de um ponto benéfico ao exercício da atividade jurisdicional concentrada, não se pode limitar a sua participação à mera apresentação de memoriais, pelo contrário, deve-se viabilizar, dentre outros poderes processuais, por exemplo, a realização de sustentações orais, uma vez que são destinadas a promover o esclarecimento de alguns pontos aos magistrados.

O STF tem, progressivamente, ampliado o espectro de atuação desse que ingressa na condição de *amicus curiae*, assegurando-lhe o direito à oferta de memoriais e de sustentação oral sem que lhe tenha reconhecido ainda o direito à interposição de recursos, salvo aquele que tenha por objeto exatamente a decisão de inadmissão do interveniente. Curiosamente, ainda que nessa trajetória ampliativa das possibilidades de participação do *amicus curiae*, a jurisprudência da Corte segue referindo a este como *terceiro*, ou seja, como alguém que não integra a relação processual.¹⁷⁰

A habilitação do *amicus curiae* encontra guarida na jurisdição constitucional brasileira de duas formas, a saber: a) por meio da manifestação de órgãos ou entidades da sociedade civil, desde que demonstrem a relevância da matéria e pertinência temática com a matéria objeto de debates, e; b) através da apresentação de informações, perícias e pareceres no caso de insuficiência de informações.¹⁷¹

¹⁷⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Et al.* **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 58.

¹⁷¹ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.293.

Na verdade o STF avançou no sentido de garantir ao princípio do contraditório uma efetividade substancial que em nada prejudica a colmatação do processo objetivo no controle concentrado de constitucionalidade. O contraditório se faz necessário para a sociedade, e não para a norma objeto de controle de constitucionalidade.

Ao mesmo tempo em que a participação do *friend of court* conduz ao raciocínio de que a atividade jurisdicional deve respeitar os anseios da sociedade, o procedimento deve também ser respeitado. Assim sendo, como a própria Lei 9.868/99 prevê, a participação daquela figura será facultativa, decidida por meio de despacho irrecorrível do relator, isso tudo em respeito ao princípio da celeridade das decisões jurisdicionais e, sobretudo, para que não se dilua e enfraqueça o processo objetivo em virtude da sua pluralização que acabará por trazer ao processo situações distintas do mérito.

A figura do *friend of court* deve ser entendida para além das previsões contidas no Código de Processo Civil brasileiro, em seus artigos 543-A, §6º e 543-C, §4º, que parecem limitar as suas possibilidades de atuação, preocupando-se, sobremaneira, com um formalismo processual.

Para fazer prevalecer o espectro da legitimidade sobre as decisões judiciais, da mesma forma que não se faz necessária a expressa previsão legal para a habilitação do *amicus curiae*, deve-se aludir ao fato de que, se o processo perfaz uma das dimensões da cidadania, está correto pensar que qualquer pessoa física ou jurídica, desde que possua conhecimento técnico-científico comprovado.

5.2 O *amicus curiae* no projeto do novo Código de Processo Civil

O projeto do novo CPC brasileiro oportunamente prevê a possibilidade de atuação do *amicus curiae*, de forma espontânea ou provocada, não lhe permitindo, contudo, a possibilidade de recorrer da decisão proferida, assim está a atual redação do artigo no CPC projetado que trata do tema:¹⁷²

¹⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus curiae* no Projeto de novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242885/000923086.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 de jan. 2014.

Art. 322. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.

Parágrafo único. A intervenção de que trata o caput não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.

O que se consegue extrair do texto acima são as regras gerais, já explanadas pelos doutrinadores e aceitas pelo STF, acerca da participação *amicus curiae*. Todavia, novamente a atividade legislativa ainda apresenta-se bastante tímida já que se preocupou mais em dizer o que o *amicus curiae* não pode fazer do que em, por exemplo, definir quais seriam os seus poderes, tema que, conforme dito anteriormente, acaba por criar uma idiosincrasia entre o posicionamento do STF e do STJ.

Da mesma forma, parece descabido o veto à possibilidade de recorrer constante do parágrafo único do artigo projetado. Explique-se. Se a atuação do *amicus curiae* busca conferir efetividade às decisões judiciais através da formação de um contraditório, no sentido de cooperação, dentro de um procedimento que seria pautado pela ausência dessa premissa, não viabilizar a possibilidade de recorrer é empobrecer a discussão.

O artigo projetado também não se preocupou em determinar o momento em que seria possível ocorrer a intervenção do *amicus curiae*, vale dizer que o STF já oscilou acerca da matéria, ao dizer, inicialmente, que o prazo para a intervenção seria o mesmo para a apresentação de informações da autoridade desafiada pela ADI¹⁷³ e, mais a frente, entendendo que, por ter o instituto fortes

¹⁷³ BRASIL, STF. **ADI 2.937.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2937%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/cypydov>. Acesso em: 25 de jan. 2014.

A decisão em comento restou assim ementada:

(Petições SR/STF nºs 111.950/03, 111.951/03, 111.952/03, 111.953/03, 111.954/03, 113.170/03, 114.046/03, 115.759/03, 115.973/03, 116.298/03, 116.535/03) DESPACHO: O veto aposto ao § 1º do art. 7º da Lei federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, não excluiu a necessidade de observância de prazo prevista no § 2º, para admissão dos chamados "amici curiae". A inteligência sistemática do disposto no § 2º, não podendo levar ao absurdo da admissibilidade ilimitada de intervenções, com graves transtornos ao procedimento, exige seja observado, quando menos por aplicação analógica, o prazo constante do § único do art. 6º. De

ligações com a democracia, não se mostraria democrático estabelecer sobre ele uma espécie de preclusão temporal ou consumativa, tendo em vista que já teriam sido apresentadas as informações necessárias para o julgamento da ação.¹⁷⁴

Já ficou claro que o *amicus curiae* não atua como uma espécie de assistente, em prol do direito de alguém, mas sim a favor de um interesse coletivo, razão pela qual o seu recurso apenas serviria para fortalecer a premissa democrática do processo brasileiro por meio da qualidade de suas decisões.

5.3 Análise do voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 132/RJ: a união estável homoafetiva e a evolução dos comportamentos social e constitucional

É inegável que a tese proposta por Häberle, já no ano de 1975, há muito, vem repercutindo no ordenamento jurídico brasileiro. A preocupação com a legitimidade da atuação estatal é uma constante, sobremaneira quando se fala em atividade jurisdicional.

modo que, tendo-se exaurido tal prazo, na espécie, aliás pela só apresentação das informações, a qual acarretou preclusão consumativa, já não é lícito admitir a intervenção requerida por AVAÍ FUTEBOL CLUBE, CEARÁ SPORTING CLUB, AMÉRICA FUTEBOL CLUBE, SANTA CRUZ FUTEBOL CLUBE, CLUBE ATLÉTICO PARANAENSE, ASSOCIAÇÃO ATLÉTICA PORTUGUESA, CRUZEIRO ESPORTE CLUBE, SOCIEDADE ESPORTIVA PALMEIRAS e GRÊMIO FOOT-BALL PORTO ALEGRENSE. Indefiro, pois, os pedidos, sem prejuízo de oportuna juntada "por linha" das respectivas petições. Int. Publique-se. Brasília, 16 de setembro de 2003. Ministro CEZAR PELUSO Relator (ADI 2937, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 16/09/2003, publicado em DJ 23/09/2003 PP-00027).

¹⁷⁴ BRASIL. STF. ADI 1.104. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1104%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/lc5uld6>. Acesso em: 25 de jan. 2014.

A decisão do Ministro Relator Gilmar Mendes restou assim ementada:

DECISÃO: Não obstante a plausibilidade da interpretação adotada na decisão de fl. 73, no sentido de que o prazo das informações seria o marco para a abertura procedimental prevista no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 1999, cabe reconhecer que a leitura sistemática deste diploma legal remete o intérprete a uma perspectiva pluralista do controle abstrato de normas. Assim, consideradas as circunstâncias do caso concreto, reconsidero a decisão de fl. 73, para admitir a manifestação da Companhia Energética de Brasília, que intervirá no feito na condição de *amicus curiae*. Fixo o prazo de cinco dias para a manifestação. Após o registro, na autuação, do nome da interessada e de seus patronos, publique-se. Brasília, 21 de outubro de 2003. Ministro Gilmar Mendes Relator (ADI 1104, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 21/10/2003, publicado em DJ 29/10/2003 PP-00033).

Compete ao Poder Judiciário desenvolver de forma uma, indeclinável, inafastável e indelegável o exercício da Jurisdição, vez que a autotutela foi retirada do seio da sociedade. Em sendo assim, quando atua o Judiciário deve sempre buscar aplicar a Jurisdição garantindo-lhe a máxima efetividade, sobremaneira quando falamos em jurisdição constitucional.

Um agir pautado num exame meramente de questões jurídicas, a exemplo do que ocorre no controle objetivo de constitucionalidade poderia resultar numa conclusão distante da realidade esperada e vivida pela coletividade. Motivo que seria suficiente para afastar os particulares do Direito e reaproxima-los da autotutela.

Buscando dar esse respaldo social as suas decisões o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, tem procurado meios de permitir um diálogo com a sociedade dentro do processo constitucional, que é mutável e temporário.

O presente capítulo é destinado à análise de decisão proferida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, publicada no informativo número 626, no mês de maio de 2011, sobre matéria que teve grande repercussão social e que há muito estava pendente de interpretação, o reconhecimento jurídico da união homoafetiva.

Partes do voto trazido pelo ministro do STF Celso de Mello, corroboram com a argumentação de que a tese proposta por Häberle já se irradia, sem grandes obstáculos, no ordenamento brasileiro, tudo isso com vistas a conferir um maior grau de legitimidade às decisões e para viabilizar o diálogo com a sociedade.

Na decisão o STF trouxe à baila, novamente, a questão do déficit de legitimidade que suas decisões poderiam padecer caso não se permitisse a participação plural na interpretação constitucional.

Na ADI 4.277/DF e na ADPF 132/RJ o STF foi instado a se manifestar acerca da possibilidade de se estender os efeitos conferidos ao homem e a mulher, quando conviventes, aos casais homossexuais, ou seja, a possibilidade de casais do mesmo sexo serem equiparados a pessoas casadas. A relatoria competiu ao Ministro Ayres Brito, mas, merecem destaque as palavras abaixo retiradas do voto do Ministro Celso de Mello:

[...] Este Supremo Tribunal, no desempenho da jurisdição constitucional, qualifica-se – tal como salienta o eminente Ministro GILMAR MENDES (“Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”, p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor) – como “mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional”, em ordem a pluralizar, em abordagem que deriva da abertura material da Constituição, o próprio debate em torno do litígio constitucional (Inocêncio Mártires Coelho, “As ideias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro”, “in” RDA 211/125-134, 133), conferindo-se, desse modo, expressão real e efetiva ao princípio democrático, tudo para que não se instaure, no âmbito do controle normativo abstrato, um indesejável deficit de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal profere no exercício, em abstrato, dos poderes inerentes à jurisdição constitucional. É, portanto, nesse papel de intermediário entre as diferentes forças que se antagonizam na presente causa que o Supremo Tribunal Federal atua neste julgamento, considerando, de um lado, a transcendência da questão constitucional suscitada neste processo (bem assim os valores essenciais e relevantes ora em exame), e tendo em vista, de outro, o sentido legitimador da intervenção de representantes da sociedade civil, a quem se ensejou, com especial destaque para grupos minoritários, a possibilidade de, eles próprios, oferecerem alternativas para a interpretação constitucional no que se refere aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica. [...].¹⁷⁵

Vale, também, ressaltar que o ministro autor do voto supracitado fez uma análise histórica a respeito de como o Estado Brasileiro tratava, a bem da verdade, perseguia e punia, cruelmente, os homossexuais, inclusive tendo qualificado essa prática sexual como pecado nefando.

Nessa linha de raciocínio, colaciona-se outro excerto extraído do voto suso dito:

[...] Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões

¹⁷⁵ BRASIL, STF. **Informativo de jurisprudência de 09 a 13 de maio de 2011**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo626.htm#transcricao1>. Acesso em: 15 out. 2013.

jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. [...].¹⁷⁶

Em sendo assim, como bem assinala Häberle em sua tese acerca da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, o processo constitucional é mutável de acordo com o tempo, com os paradigmas segundo os quais ele é apreciado. E mais, a opinião de todos os que vivem a Constituição deve ser assegurada, independentemente de participarem de uma minoria.

Preocupado exatamente com essa função contramajoritária que deve ser observada pelo STF, o ministro Celso de Mello destaca a importância de se garantir uma igual participação entre os atores da interpretação constitucional, aí abarcados não apenas os legitimados no texto constitucional, como também os integrantes da intitulada sociedade aberta.

Sobre o tema, assim se manifestou o ministro:

[...] A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito: a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional Examinando, agora, Senhor Presidente, tema que, intimamente associado ao presente debate constitucional, concerne ao relevantíssimo papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. Em um dos memoriais apresentados a esta Suprema Corte (e, aqui, refiro-me, de modo particular, àquele produzido pelo Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual), pôs-se em relevo a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, considerada a circunstância de que as pessoas que mantêm relações homoafetivas representam “parcela minoritária (...) da população”, como esclarecem dados que a Fundação IBGE coligiu no Censo/2010 e que registram a existência declarada, em nosso país, de 60.000 casais homossexuais. Esse aspecto da questão talvez explique a resistência que as correntes majoritárias de opinião, representadas no Congresso Nacional, opõem às propostas de incorporação, ao sistema de direito

¹⁷⁶ BRASIL, STF. **Informativo de jurisprudência de 09 a 13 de maio de 2011**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo626.htm#transcricao1>. Acesso em: 15 out. 2013.

positivo, de inovações fundadas nas transformações por que passa a sociedade contemporânea. [...].¹⁷⁷

Para além da questão social, sabe-se que o enunciado contido no artigo 226, §3º da Constituição da República, refere-se à família como uma entidade constituída por homem e mulher, o que, numa análise mais apressada, acabaria por impedir, expressamente, qualquer tipo de reconhecimento jurídico às uniões homoafetivas.

Todavia, sabe-se que um dos princípios que regem o Direito Constitucional é o da unidade, que traz para o intérprete a árdua missão de fazer com que ideias colidentes contidas no corpo da Constituição possam viver em harmonia e mais, que tais teses e antíteses consigam incidir sobre uma mesma interpretação tópica.

Sobre o tema Luís Roberto Barroso afirma competir ao princípio da unidade a atribuição de reconhecer as tensões e contradições existentes entre as normas constitucionais a fim de delimitar o alcance e a força normativa de cada uma delas. Assim, o princípio da unidade tem o papel de otimizar as normas, até mesmo porque não se pode negar eficácia por completo a qualquer das normas conflitantes.¹⁷⁸

Então, a simples afirmação do óbice existente por conta dos dizeres contidos no artigo 226, §3º da Constituição da República não seria motivo suficiente para tolher a legitimidade da atuação do Supremo no presente caso. Pelo contrário, formar um raciocínio nesse caminho seria, isso sim, afastar-se do conceito de que a Constituição é um documento dialético, não hermético e que passa por um constante processo de interpretação e densificação oriundo não só da atuação estatal, mas, sobremaneira, da atuação dos demais atores que integram a sociedade aberta dos intérpretes constitucionais.

¹⁷⁷ BRASIL. STF. **Informativo de jurisprudência de 09 a 13 de maio de 2011**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo626.htm#transcricao1>. Acesso em: 15 out. 2013.

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 206.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O STF, a partir do momento em que a sociedade brasileira passou a vivenciar uma Constituição cidadã, tornou-se um órgão cada vez mais presente no cotidiano, principalmente, diante de decisões polêmicas, como o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, a utilização de células-tronco em pesquisas científicas, a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos e a permissão para a realização da marcha pela maconha, apenas, para citar alguns exemplos mais recentes, decidindo sobre questões que influenciam toda a sociedade.

Dessa forma, questiona-se como alcançar os primados da democracia deliberativa e da legitimidade das decisões proferidas pelo STF, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, que possui efeitos *erga omnes*, sem se permitir a participação, a oitiva dos que serão atingidos por tal *decisum*?

No mesmo sentido, surge a indagação: A participação dos que serão atingidos pela decisão confere legitimidade às decisões do STF em controle abstrato de constitucionalidade das normas?

A presente pesquisa teve como um dos principais marcos teóricos o estudo da evolução constitucional do processo brasileiro, a fim de sair de um modelo pautado pelo interesse individual, baseado no binômio interesse-utilidade, para uma premissa coletiva, na qual o processo serve para veicular a opinião do Judiciário acerca de algum tema que repercute na sociedade e precisa de uniformidade

Para que o Judiciário, em especial o STF, não se torne um Poder dissonante dos anseios sociais, até mesmo em virtude da necessária observância da garantia do acesso à Jurisdição, tem-se que uma abertura procedimental da jurisdição constitucional é um caminho a ser percorrido no sentido de se aprimorar os conceitos de democracia deliberativa e legitimidade participativa tão aguardados nas decisões oriundas da Corte Constitucional. E mais, se o STF levar em consideração as contribuições do *amicus curiae* e os debates nas audiências públicas, então haverá democracia participativa na Jurisdição constitucional.

O STF, por concentrar as funções de corte constitucional e corte suprema, precisa viabilizar o diálogo social para promover a construção de uma

decisão jurisdicional calcada no recurso das *many minds*, ou seja, por meio da participação de atores legitimados para além do rol hermético e fechado trazido pela Constituição como sendo os supostos únicos intérpretes de suas normas.

Por outro lado, se o Supremo utiliza os mecanismos do *amicus curiae* e das audiências públicas como mera estratégia de legitimação formal, então, a democratização da jurisdição constitucional e a sua acessibilidade não estão ocorrendo. Essa é a principal preocupação que rege o tema, como descobrir se as opiniões ofertadas, nas audiências públicas, ou trazidas pelos *amici curiae* efetivamente são levadas em consideração.

O que se conseguiu extrair das decisões proferidas nas primeiras cinco audiências públicas realizadas, que são as únicas que possuem acórdãos publicados, é que os Ministros efetivamente se manifestaram sobre os argumentos veiculados no diálogo social, o que leva a crer que, de alguma maneira, tais informações foram efetivamente analisadas, para serem consideradas ou descartadas no momento da construção da decisão.

Apesar de terem sido tratados em capítulos específicos nessa pesquisa, os institutos das audiências públicas e do *amicus curiae* possuem uma forte ligação, é o que se extrai da leitura da decisão do Ministro Ayres Brito na ADI 3.510, que tratou da utilização de células-tronco embrionárias e foi o *leading case* das audiências públicas. Ademais, a partir do momento em que se reconheceu amplos poderes ao *amicus curiae*, para além da mera apresentação de memoriais, a sustentação oral realizada por um especialista técnico em muito se aproxima do modelo adotado pelo STF quando da realização de uma audiência pública.

Em ambas as situações o que se busca é a abertura e a ampliação do debate mediante a participação de outros que não apenas os integrantes formais da relação processual, até mesmo para trazer elementos agregativos, devido à sua representatividade ou conhecimento técnico-científico, relevantes à solução da demanda.

É fácil de constatar que a habilitação de *amici curiae* nos processos de controle concentrado de constitucionalidade tem ocorrido com mais frequência do que as audiências públicas, apesar do número de audiências públicas sendo realizadas ser crescente no âmbito do STF, apenas no ano de 2013 foram realizadas sete do total de quatorze audiências públicas, talvez até

mesmo por conta da operacionalização dos trabalhos que são mais complexos em uma audiência do que na permissão da atuação do *amicus curiae*.

Não se pode deixar de falar que a abertura dialógica do processo constitucional concentrado, não é sinônimo de ativismo judicial ou do emprego de exacerbado substancialismo no sentido de formar uma decisão pautada apenas em valores pessoais dos julgadores. O que o Judiciário deve assegurar são os procedimentos para a participação social no processo de formação da decisão judicial, não tendo que aplicar valores substanciais para responder aos conflitos postos à sua análise.

O presente trabalho realizou, ainda, uma análise dialética da teoria proposta pelo doutrinador alemão Peter Häberle acerca da pluralidade que se deve conferir a interpretação constitucional. Em sendo assim, se fez imperioso o estudo da tese mencionada de forma fragmentada, isto é, destacando-se cada um dos seus aspectos.

Num momento, demonstrou-se a preocupação dos órgãos incumbidos de decidir com a questão da legitimidade, ou seja, a superação do conceito estanque e engessado com que era vista a legalidade. Hodiernamente não mais se pode falar, simplesmente, em um império de leis, mas sim, em um império de normas constitucionais.

A busca pela legitimidade fez com que o Direito se aproximasse da sociedade e de seus anseios, saindo de um mero discurso coercitivo e fazendo com que as suas decisões estejam socialmente respaldadas e adimplidas. O conceito de legitimidade guarda indissociável relação com o movimento neoconstitucionalista que tomou força no período pós Segunda Guerra Mundial.

Quando da realização da análise da obra de Häberle, percebeu-se que a sua teoria tinha como base fundante a questão da busca pela pluralização do debate constitucional, a demonstração de que as normas constitucionais estão em constante evolução, mesmo sem a alteração de seu texto e que não se poderia olvidar que a participação dos demais integrantes da sociedade aberta, que vivem a Constituição, é salutar, para que o texto constitucional continue em constante evolução e guarde respaldo com os anseios sociais.

Nesse momento, a teoria de Häberle guarda semelhanças com o procedimentalismo de Habermas, apesar do próprio Häberle intitular sua tese

nem como substancialista, nem como procedimentalista, mas sim, pluralista, uma vez que para Habermas as decisões judiciais devem, além de obedecer a um procedimento já existente, ser pautadas no melhor argumento fornecido.

Em sendo assim, permitir que o debate constitucional se pluralize, para tanto é imprescindível a sua publicização, é buscar conferir legitimidade não só para a atuação do rol que estabelece um *numerus clausus* de intérpretes da Constituição, mas também, para a própria Carta Magna.

Häberle, valendo-se do método tópico, demonstra que a norma constitucional deve se adequar ao contexto social na qual ela está inserida, e que a coletividade deve ser instada a se manifestar sobre temas que repercutirão em sua esfera de interesses, não só particulares. Todavia a crítica que não se pode deixar de fazer é que a norma constitucional está posta, está definida, cabendo ao comportamento social adequar-se às suas premissas.

Abordou-se, ainda, que a obra de Häberle há muito já irradiou efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, demonstração clara disso é a possibilidade da participação do *amicus curiae* nos processos objetivos de controle de constitucionalidade e da adequação da norma constitucional ao contexto social, conforme extrai-se da chamada mutação constitucional, ou seja, a alteração da norma constitucional sem a mudança de seu texto.

Exemplo claro do, que se afirma acima, pode ser constatado no voto proferido pelo ministro do STF Celso de Mello, na questão do reconhecimento jurídico às uniões homoafetivas.

A evolução social sobre a temática da união homoafetiva, a preocupação com a participação de todos os integrantes da sociedade, sejam eles a maioria ou não, a conjugação do enunciado contido no artigo 226, §3º da Constituição da República com toda a carga axiológica contida no corpo da Constituição, bem como a permissão da participação dos amigos da corte, fazem deste recente julgado um exemplo da aplicação da teoria de Häberle no controle brasileiro de constitucionalidade.

A temática aqui abordada ainda encontra alguma resistência, principalmente quando analisada perante os princípios da segurança jurídica e da legalidade, mas que, mesmo assim, vem sendo a tônica adotada em matéria de processo constitucional.

Deve-se levar em consideração que a abertura dialógica no âmbito do STF viabiliza a consecução de decisões substancialmente mais legítimas, razão pela qual não se pode resumir a análise acerca da realização das audiências públicas e da habilitação do *amicus curiae* como sendo uma discricionariedade do relator da ação. Pensar em sentido contrário é o mesmo que afirmar que o alcance de uma decisão legítima é também uma discricionariedade para o órgão julgador.

Outrossim, as informações obtidas na audiência pública ou trazidas pelo *amicus curiae* irão compor os autos e a sua desconsideração ou a observância resumida e descomprometida de tais argumentos demonstraria o interesse da Corte em não esclarecer o conteúdo da sua decisão, mas sim em estabelecer um reduzido diálogo social sob um pseudo discurso legitimador.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALBUQUERQUE, Armando. Teoria democrática contemporânea: de Schumpeter a Mainwaring. In: NOVELINO, Marcelo; ALMEIDA FILHO, Agassiz (Org.) **Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria do Estado**. Salvador: JusPodivm, 2012.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

APPIO, Eduardo. **Controle de constitucionalidade no Brasil**. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade: Modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2011.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Saraiva, 2013.

AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. **Controle judicial e difuso de constitucionalidade no direito brasileiro e comparado: efeito erga omnes de seu julgamento**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009.

BARROS, Vinícius Soares de Campos. O Estado. In: NOVELINO, Marcelo; ALMEIDA FILHO, Agassiz (Org.) **Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria do Estado**. Salvador: JusPodivm, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do Direito.** Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social.** 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. STF. **ADI 1.104.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1104%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/lc5uld6>. Acesso em: 25 de jan. 2014.

BRASIL. STF. **ADI 2.130.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363431>. Acesso em 27 de jul. de 2012.

BRASIL. STF. **ADI 2.937.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2937%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/cypydov>. Acesso em: 25 de jan. 2014.

BRASIL. STF. **ADI's 4.679, 4.756 e 4.747.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDIENCIA_PUBLICA_TV_Despacho_de_Prorogacao__Audiencia_Publica.pdf. Acesso em 22 jan. 2014.

BRASIL. STF. **ADI's 5.035 e 5.037.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ProgramacaoAudienCIAProgramaMaisMedicos19_11.pdf. Acesso em: 17 dez. 2013.

BRASIL. STF. **ADI nº 748-4.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ato+judicial+que+determina+a+juntada%2C+por+linha%2C+de+pe%27as+documentais%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mtceaab>. Acesso em 10 jan. 2014.

BRASIL. STF. **ADI por legitimado.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado>. Acesso em 27 de jul. 2012.

BRASIL. STF. **Audiências públicas realizadas.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acesso em 10 jan. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 dez. 2013.

BRASIL. STF. **Estatística de ADI's por legitimados**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLe gitimado> Acesso em: 27 jul. 2012.

BRASIL. STF. **Informativo de jurisprudência nº 331, 24 a 28 de novembro de 2003**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo331.htm#SubstituiçãoTributáriaeAmicusCuriae>. Acesso em: 18 out. 2012.

BRASIL. STF. **Medida cautelar na ADI 2.130**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2130%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bwcdm4t>. Acesso em: 18 de out. 2012.

BRASIL. STF. **Medida cautelar na ADI 2.321**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2321%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/btq99ad>. Acesso em: 18 de out. de 2012.

BRASIL. OAB. **Ofício nº 064/2013-AJU**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/oficio-064-2013-2-1973650860.pdf>. Acesso em: 18 de out. 2012.

BRASIL. STF. **Reclamação constitucional nº 4.335**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262988>. Acesso em: 21 mar. 2014.

BRASIL, STF. **Relatório de atividades do ano de 2010**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/Relatorio2010.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Quatro perguntas e quatro respostas sobre o amicus curiae**. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Amicus%20curiae.pdf>. Acesso em: 07 de maio de 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no Projeto de novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242885/000923086.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 de jan. 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.
- CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Limitada, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas**. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Norfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Tradución de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, pp. 75-98.
- COMELLA, Víctor Ferreres. El control judicial de la constitucionalidade de la ley. El problema de su legitimidade democrática. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010, pp. 356-380.
- COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIEIRO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012.
- DANTAS, Ivo. **Da defesa do Estado e das Instituições Democráticas**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.
- DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir as cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal**. Tradução: Sandra Regina Filgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.
- DEXHEIMER, Vanessa Grazziotin. Atuação do juiz na condução do processo civil no Estado Constitucional. In: MITIDIEIRO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012.
- DIDIER JR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

- GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HÄBERLE, Peter. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Org. Diego Valadés. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HÄBERLE, Peter. Mexico y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum. In: Häberle, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un dialogo europeo-latinoamericano**. Trad. Hector Fix-Fierro. Mexico, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.
- HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2003.
- HÄBERLE, Peter. **Teoria de la constitucion como ciencia de la cultura**. Madrid: Tecnos, 2000.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. rev. Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LIMA, Fernando Rister de Souza. **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Curitiba: Juruá, 2009.
- LIMA, Rafael Bellem de. Audiências públicas no controle de constitucionalidade – A representação técnica das partes no caso das pesquisas com células-tronco. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de *et al.* **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- LÜHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas**. Org. Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Editora Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2003.

MACIEL, Omar Serva. **Princípio da subsidiariedade e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e do Poder Judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MEDINA, Damares. **Amigo da corte ou amigo da parte? Amicus curiae no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: http://www.idp.edu.br/component/docman/doc_download/174-amigo-da-corte-ou-amigo-da-parte. Acesso em 04 jun. 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma Corte Deliberativa *in* Jurisdição Constitucional no Brasil. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Et al. Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Teses, estudos e pareceres de processo civil**. Volume 1: direito de ação, partes e terceiros, processo e política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Audiências públicas: novas práticas no sistema de justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Naumann. Rev. Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NADAL, Fábio. **A Constituição como mito: o mito como discurso legitimador da constituição**. São Paulo: Método, 2006.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado democrático de direito a partir e além de Lühmann e Habermas**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A constituição viva: Poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. **Jurisdição constitucional do processo legislativo: legitimidade, reinterpretação e remodelagem do sistema no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

PINTO, Marcos Barbosa. **Constituição e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SALDANHA, Nelson. **A tradição humanística: ensaio sobre filosofia social e teoria da cultura**. Recife: Editora Universitária, 1981.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SEGADO, Francisco Fernández. **La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional**. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/449/Direito%20Publico%20n22003_Francisco%20Fernandez%20Segado.pdf?sequence=1. Acesso em: 08 out. 2013.

SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2008.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [s. ed.], 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. O controle de constitucionalidade no Brasil. Recife: **Revista da ESMape**, v. 13, n. 27, jan./jun. 2008, pp. 249 – 264.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Et al.* **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VENEZUELA. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html. Acesso em: 15 jul. 2014.

VESTENA, Carolina Alves. **Participação ou formalismo? O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

VIDAL, Jânio Nunes. **Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição**. Salvador: JusPodivm, 2009.

VOLPATO DUTRA, Delamar José. A dedução do princípio da democracia em Habermas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 51, abril/jun. 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 278-294.

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

ZANETI JR., Hermes. Brasil: um País de “commom law”? As tradições jurídicas de “commom law” e “civil law” e a experiência da Constituição Brasileira como constitucionalismo híbrido. In: DIDIER JR, Fredie (Org.). **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Salvador: JusPodivm, 2013.