

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**



FERNANDO HENRIQUE PIZZINI MENEZES

A Democratização da Jurisdição Constitucional: Instrumentos de Participação Social

Rio de Janeiro, maio de 2011.

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**



FERNANDO HENRIQUE PIZZINI MENEZES

A Democratização da Jurisdição Constitucional: Instrumentos de Participação Social

Trabalho de Conclusão de Curso, sob orientação do Professor Flávia Bahia Martins apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, maio de 2011.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO



A Democratização da Jurisdição Constitucional: Instrumentos de Participação Social

Elaborado por FERNANDO HENRIQUE PIZZINI MENEZES

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à FGV DIREITO RIO
como requisito parcial para obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do Orientador: Flávia Bahia Martins

Nome do Examinador 1: _____

Nome do Examinador 2: _____

Assinaturas:

Professor Orientador

Examinador 1

Examinador 2

Nota final:

Rio de Janeiro, ____ de junho de 2011.

Ao meu pai, anjo da guarda fiel e inseparável!

À minha família, em especial minha mãe, torcedora incansável pelo meu sucesso.

À Fernanda, o grande amor da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha mãe, que não mediu esforços para me oferecer sempre um ensino de excelência, que me ensinou a ter responsabilidade e que me mostrou a importância que o estudo teria em minha vida;

À Fernanda, agradeço todo amor, carinho e paciência nas infinitas horas de estudo;

À minha família, base da minha vida, pois sem ela eu nada seria.

Aos meus grandes amigos e futuros sócios Artur Lourenço e Paulo Leonardo Rodrigues que demonstraram ao longo de cinco anos uma inabalável lealdade formando uma amizade que nem mesmo a força do tempo irá destruir. Aos três mosqueteiros, até o fim!

À minha orientadora, Flávia Bahia Martins, a quem muito admiro, agradeço o acompanhamento deste trabalho, pois sem sua atenção e ajuda este trabalho jamais teria sido concluído.

RESUMO

Este trabalho se propõe a estudar a jurisdição constitucional sob a perspectiva pós-positivista com destaque para o controle de constitucionalidade concentrado. O pós-positivismo quebrou os paradigmas do direito constitucional clássico dando ao Poder Judiciário uma grande ascensão política realçando a dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade concentrado. Ademais, as diversas manifestações da jurisdição constitucional que alijam o cidadão comum da Corte fazem do Supremo Tribunal Federal um tribunal isolado. As novas facetas do Poder Judiciário, especialmente do STF, têm gerado um déficit democrático na jurisdição constitucional. Este déficit democrático gera desequilíbrio entre as duas dimensões do Estado Democrático de Direito, onde a democracia se encontra em desvantagem em relação ao ideal constitucionalista. Na tentativa de diminuir o déficit democrático da jurisdição constitucional este trabalho se assenta sobre a importância de se reforçarem os instrumentos de participação social no controle de constitucionalidade concentrado: *amicus curiae*, audiências públicas e visitas *in loco*. Além de reequilibrar o Estado de Direito, o reforço desses instrumentos traz a racionalização das decisões em sede de controle concentrado, uma vez que promove uma troca de experiência entre o julgador e a realidade possibilitando a ele proferir decisões mais eficientes.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional . Democratização . Instrumentos de participação social . *Amicus curiae*. Audiências públicas . Visitas *in loco*.

ABSTRACT

This study aims to examine the constitutional jurisdiction under the post-positivist perspective with emphasis on the judicial review. The post-positivism broke the paradigms of traditional constitutional law giving the Judiciary a great political rising underlining the difficulty of judicial review. Moreover, the various manifestations of the constitutional jurisdiction pushed away the common citizen of the Supreme Court, transforming it in a single Court. New aspects of the judiciary, especially the Supreme Court, have generated a democratic deficit in the constitutional jurisdiction. This democratic deficit creates an imbalance between the two dimensions of a democratic state, where democracy is at a disadvantage in relation to the constitutional ideal. In an attempt to reduce the democratic deficit of the constitutional jurisdiction, this work rests on the importance of strengthening the instruments of social participation in the judicial review: *amicus curiae*, public hearings and site visits. In addition to rebalance the rule of law, strengthening of these tools brings the rationalization of decisions in place of concentrated control, since it promotes an exchange of experience between the judge and the reality allowing them deliver more effective decisions.

KEYWORDS: Constitutional Jurisdiction. Democratization. Instruments of social participation. *Amicus curiae*. Public hearings . Site visits.

LISTA DE ABREVIATURAS E SÍMBOLOS

a.C.- Antes de Cristo

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Agr - Agravo

Art. - Artigo

CRFB/88 - Constituição Federal

d.C - Depois de Cristo

DJ - Diário de Justiça

EC - Emenda Constitucional

ED - Embargos de Declaração

HC – Habeas Corpus

MC - Medida Cautelar

MI - Mandado de Injunção

Min.- Ministro

MS - Mandado de Segurança

Pet - Petição

Rcl - Reclamação

RE - Recurso Extraordinário

Rel.- Relator

STA - Suspensão em Tutela Antecipada

STF - Supremo Tribunal Federal

II GM - Segunda Guerra Mundial

SUMÁRIO

1. A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	12
1.1 Antecedentes históricos: da antiguidade clássica ao constitucionalismo pós-moderno	12
1.1.1 A experiência constitucional inglesa	13
1.1.2 A experiência constitucional francesa	15
1.2 O surgimento do judicial review nos Estados Unidos	18
1.2.1 Caso <i>Marbury v. Madison</i>	20
1.3 O aparecimento do controle concentrado de constitucionalidade na Áustria.....	21
1.4 No direito brasileiro.....	23
1.4.1 O sistema de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988	25
2. OS INFLUXOS DO PÓS-POSITIVISMO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	27
2.1 A força normativa da Constituição	30
2.2 A nova hermenêutica constitucional.....	33
2.3 Judicialização da política.....	36
3. MANIFESTAÇÕES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	46
3.1 O Controle Concentrado	46
3.2 As súmulas vinculantes	49
3.3 A Repercussão Geral em Recurso Extraordinário	51
4. A DEFESA PELA DEMOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	55
4.1 “A sociedade aberta de intérpretes da Constituição” e a “nova jurisdição constitucional”	57
4.3 Instrumentos de participação social.....	61
4.3.1 <i>Amicus Curiae</i>	64
4.3.2 Audiências Públicas	69
4.3.3 Visitas <i>in loco</i>	75
CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS:	80

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo reforçar os instrumentos de participação social na jurisdição constitucional abstrata com o intuito de promover a democratização da jurisdição constitucional.

Em primeiro lugar é necessário estabelecer que a jurisdição constitucional se manifesta de duas formas. A primeira seria a atuação contramajoritária onde o Judiciário afasta ou suspende leis emanadas por órgãos dotados de representatividade democrática. A segunda seria na aplicação direta das normas constitucionais, conferindo a elas efetividade ou na resolução de conflitos de competências definidas na própria Constituição.

Este trabalho não pretende encontrar uma teoria que fundamente a jurisdição constitucional. Entretanto, a partir das características de fechamento da jurisdição constitucional à participação do cidadão comum, este trabalho pretende demonstrar a importância dos instrumentos de participação social na jurisdição abstrata (ou seja, somente quando atua no controle de constitucionalidade das leis) para que a Corte não se torne um Tribunal isolado, fechado que trabalha para si, mas sim para que mantenham abertos os canais de comunicação com a sociedade e que esteja conectada com a realidade.

Através da evolução histórica se pretende demonstrar que, sob a perspectiva pós-positivista, o Supremo se tornou uma Corte fechada, que em diversas manifestações se fechou para a sociedade compreendendo somente no seu corpo docente a possibilidade de interpretar a Constituição Federal.

Através da Teoria da Sociedade aberta de intérpretes da Constituição este trabalho defende também a importância de manutenção de instrumentos de participação social para promover a racionalização da jurisdição constitucional concentrada e abstrata.

Portanto, no primeiro capítulo foi trabalhada a evolução histórica da jurisdição constitucional, o surgimento do *judicial review*, nos Estados Unidos da América, e do controle de constitucionalidade concentrado, na Áustria, bem como a influência destes dois modelos para o surgimento da jurisdição constitucional brasileira e as suas atuais características. Este capítulo tem uma conotação didática para a compreensão dos conceitos ao longo do trabalho.

No segundo capítulo se buscou dar uma abordagem aos influxos do pós-positivismo na jurisdição constitucional brasileira. A partir da força normativa da Constituição, da mudança da maneira de se interpretar a Constituição e do fenômeno da judicialização, demonstra-se uma vertente concentração da hermenêutica constitucional no Supremo Tribunal Federal e o

déficit democrático da jurisdição constitucional. Demonstra-se com isso o deslocamento do centro de decisões políticas do Poder Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário.

No terceiro capítulo serão apresentadas manifestações da jurisdição constitucional brasileira, quais sejam: as particularidades do controle concentrado, as súmulas vinculantes e a repercussão geral em recurso extraordinário. O que se deseja deste capítulo é mostrar que estas manifestações contribuem ainda mais para o fechamento da hermenêutica constitucional e a sua concentração no Supremo Tribunal Federal.

No quarto capítulo se buscou defender a democratização da jurisdição constitucional e a abertura da interpretação da Constituição para além dos onze Ministros que compõe a Corte. Como fundamento filosófico desta defesa, temos a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de Peter Haberle; e como instrumentos efetivos de materialização desta teoria temos o *amicus curiae*, as audiências públicas e as visitas *in loco*, instrumentos estes extraídos do próprio ordenamento jurídico. O objetivo deste capítulo é de chamar a atenção para possibilidade de diminuir o déficit democrático da jurisdição constitucional e mostrar a racionalização do controle de constitucionalidade concentrado através do reforço dos instrumentos de participação social existentes no próprio ordenamento jurídico.

1. A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 Antecedentes históricos: da antiguidade clássica ao constitucionalismo pós-moderno

Ao longo da história, a Constituição tem demonstrado, cada vez mais, sua relevância no cenário político mundial. O constitucionalismo (movimento que deu origem às Constituições) foi providencial para evolução da sociedade como um todo. Até chegarmos à noção de Estado de Direito Democrático, um longo caminho foi percorrido.

As primeiras Constituições que deram origem ao constitucionalismo são frutos das Revoluções Liberais que ocorreram na Europa nos séculos XVII e XVIII. Desde então, este movimento tomou o mundo e hoje é uma realidade em boa parte dos países. Apresento agora os principais acontecimentos do movimento constitucionalista que levaram à formação do objeto de estudo deste trabalho, a jurisdição constitucional.

Constitucionalismo consiste em ser “uma teoria (ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”¹. Em simples definição a teoria constitucionalista representa a limitação do poder e a supremacia da lei.

A supremacia da lei - e como o próprio nome sugere, de uma Constituição - sobre o poder de homens foi o cerne do constitucionalismo e está intimamente ligada ao surgimento do que chamamos de jurisdição constitucional.

Para alguns autores, a Grécia antiga representa o marco inicial do ideal constitucionalista. Segundo eles, neste período já era possível observar um sistema de leis similar ao que temos hoje com uma norma superior e a submissão das demais leis e dos homens àquela norma.^{2 3}

Compartilhado pela República Romana em 509 a.C, o ideal constitucionalista ruiu junto com a sua queda e viu na ascensão do Império Romano em 27 a.C este ideal se perder

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

² Os gregos possuíam uma sociedade politicamente estruturada com bases em ideais e institutos modernos. Em Atenas, encontramos a distinção entre *nómos* – lei superior – e *pséfisma* – normas semelhantes ao que hoje chamamos de normas infraconstitucionais. Nestes termos, eventuais modificações das *nómoi* só poderiam ser realizadas após procedimento especial, extraordinariamente complicado, por meio de *nomothétes* – corpos legislativos especialmente eleitos para esse fim. (GAUDEMET, *Apud* SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.25).

³ O *pséfisma* era produto da Assembléia Popular e deveria guardar conformidade com os *nomói*. Não havendo compatibilidade, não poderiam ser aplicados pelos juízes e o autor da proposta poderia sofrer sanção penal por meio de uma ação penal pública ajuizada por qualquer cidadão perante o tribunal popular, chamado de *Heliaia*. (CAPPELLETTI. *Apud* SAMPAIO, José Adércio Leite, *op. cit.*, p.25).

por cerca de mil anos. Com a queda do Império, os povos da Europa se dividiram em principados locais e autônomos.

A redução do mando político marcou o início do período feudal na segunda metade do século IV d.C. O Feudalismo, que vigorou por toda Idade Média, teve suas origens na decadência do Império Romano e foi marcado pelas relações de vassalagem entre os donos de terra e seus vassalos. Neste período temos uma pequena amostra do que estaria por vir no cenário político mundial. No movimento constitucionalista inglês, durante o período feudal, os barões impuseram ao rei João Sem Terra, em 1215, a Magna Carta. Este documento resguardava os direitos feudais dos barões, relativos à propriedade, à tributação e às liberdades, inclusive a religiosa. Esta Carta de direitos é um marco na evolução da jurisdição constitucional, pois retrata, mesmo que de maneira embrionária, a limitação do poder pela lei.

Anos a frente surge, na Alta Idade Média, um processo de concentração de poder que levaria à formação dos Estados nacionais como organização política. Sob a ruína do feudalismo surge, no final do século XVI, o Estado Moderno, soberano e absolutista⁴, com os monarcas declarados Reis por direito divino. O modelo de Estado Absolutista concentrava o poder todo nas mãos do Rei. O monarca estava acima de tudo e de todos, não havendo limite ao seu poder.

A superação do Estado Absolutista se deu por intermédio das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII. Com estas revoluções o Estado Absolutista deu lugar ao Estado Liberal. Destas revoluções surge para o mundo o constitucionalismo. Com o seu enfraquecimento, o Estado absolutista se rende a nova classe dominante - burguesia - e o poder estatal antes ilimitado passa a ser limitado por uma norma positiva (com algumas exceções como, por exemplo, na Inglaterra onde a supremacia da Constituição foi transformada em supremacia do Parlamento).

1.1.1 A experiência constitucional inglesa

Diante do frágil regime absolutista que vigorava na Inglaterra, o parlamento inglês conseguiu criar fortes bases estruturais ainda no século XIII. Assim sendo, submeteu o governo à uma série de declarações de direitos, tendo como início a citada Magna Carta em

⁴ O período absolutista ficou marcado por frases famosas ditas pelos monarcas como: "*L'État c'est moi*" (O Estado sou eu) e "*The King can do no wrong*" (o Rei nunca está errado).

1215 e posteriormente o *Petition of Rights*,⁵ em 1627, e o *Bill of Rights*,⁶ em 1688. Este último, fruto da Revolução Gloriosa. Estes documentos políticos tinham como objetivo reconhecer e assegurar a liberdade individual dos ingleses.

A Revolução Gloriosa, ocorrida no final do século XVII, foi a primeira manifestação liberal contra o Estado Absolutista. Este movimento buscou fundamento filosófico nas idéias de John Locke.⁷ Apoiada nos pensamentos de Locke, a Revolução Gloriosa representou o marco inicial do liberalismo político. A teoria liberal de Locke buscava fundamento do jusnaturalismo racionalista que defende a existência de direitos preexistentes ao Estado e acima da existência humana – o direito natural. Através do respeito a esses direitos o poder político buscava a legitimidade de seu exercício. Aliás, todas as declarações de direitos supramencionadas simbolizam a proteção de direitos metaindividuais estabelecendo limites à invasão do Poder Público nas liberdades individuais.

Entretanto, o ideal constitucionalista sob a ótica de um documento escrito somente ganhou força com a promulgação da Constituição norte americana, em 1787.⁸ Fortalecido desde o século XIII, o parlamento inglês transformou a Supremacia da Constituição em Supremacia do Parlamento. Nas palavras de Ruy Barbosa, “o parlamento inglês seria a Constituição viva do país, a constituinte nacional em permanência, a vontade legislativa soberana.”⁹

Nestes termos, o parlamento poderia criar e revogar qualquer lei e nenhuma lei votada pelo parlamento poderia ser afastada ou invalidada por outro órgão. A partir desta premissa, pode-se dizer que não havia espaço para o exercício de controle de constitucionalidade no direito inglês.¹⁰

⁵ O *Petition of Rights* protestava, basicamente, contra o lançamento de tributos sem aprovação do Parlamento, as prisões arbitrárias, a imposição da lei marcial e o aquartelamento forçado das tropas.

⁶ O *Bill of Rights* previa a convocação regular do parlamento para afastar a interferência unilateral do Soberano em medidas como a criação das leis e a instituição de tributos. Previa também que a manutenção de exército permanente em tempos de paz dependeria do consentimento do parlamento. Assegurava ainda que não poderia haver interferência real na eleição dos membros do parlamento, bem como concedia imunidade e liberdade de expressão aos parlamentares por suas manifestações impedindo a aplicação de penas sem prévio julgamento.

⁷ Locke considerado o pai do liberalismo escreveu a obra *Dois Tratados sobre o Governo*. Esta foi a sua principal obra de filosofia política que contestava justamente o Estado absolutista, a doutrina do direito divino dos reis e do absolutismo real.

⁸ A experiência norte-americana será tratada em tópico específico mais adiante.

⁹ BARBOSA *apud* BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.18.

¹⁰ É bem de ver, no entanto, que na virada do século XX para o XXI, duas mudanças substantivas e de largo alcance prenunciaram uma possível revolução no direito inglês. Trata-se da aprovação, pelo Parlamento, de duas leis constitucionais: (i) o *Human Rights Act*, de 1998, que incorporou ao direito inglês os direitos previstos na Convenção Européia de Direitos Humanos. Sua grande inovação foi permitir a declaração de incompatibilidade, no caso concreto, entre uma lei e os direitos fundamentais previstos no novo Estatuto; e (ii) o *Constitutional Reform Act*, de 2005, que reorganizou o Poder Judiciário inglês, dando-lhe autonomia em relação ao Parlamento

Neste contexto, o direito constitucional inglês construiu suas raízes no *common law*, ou seja, no direito costumeiro, pautado na jurisprudência e não no direito escrito (*statutory law*).

Levando em consideração esta tradição, Edward Coke elaborou uma teoria que pode ser considerada o ponto de partida da idéia de jurisdição constitucional. Coke defendia a atuação de “juízes como mediadores entre rei e nação e como guardiões da supremacia da *common law* sobre a autoridade do parlamento e do próprio soberano”¹¹. Portanto, poder de juízes para analisar a conformidade, ou não, e, por conseqüência, a validade, ou não, da *statutory law* (leis escritas) com a *common law*. Não se pode, a esse respeito, desconsiderar o tradicional predomínio da *common law* sobre as leis escritas – *the control of the common law over statutes* –, convertido, por Coke, em *natural equity*, *iura naturae* e imutável.¹²

A teoria de Coke foi deixada de lado após a Revolução Gloriosa, com a afirmação da supremacia do Parlamento inglês. Entretanto, ela ainda viria a dar tempos a frente uma importante contribuição para a evolução da jurisdição constitucional na América.

Em que se pese a Revolução Inglesa tenha contribuído para o movimento constitucionalista no mundo pondo fim ao regime absolutista no Reino Unido, foi a Revolução Francesa que se tornou o grande marco histórico do surgimento de um novo modelo de Estado. Foi a Revolução Francesa que marcou o fim do Estado Absolutista e representou a sua transição para o Estado Liberal. “Foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, com seu caráter universal, que divulgou a nova ideologia, fundada na Constituição escrita, na Separação dos Poderes e nos direitos individuais.”¹³

1.1.2 A experiência constitucional francesa

Devido à herança deixada pela *common law*, a evolução do direito constitucional na Inglaterra se deu com menor influência teórica e mais pela atuação judicial. Em contrapartida, na França, uma vasta produção doutrinária precedeu a Revolução Francesa e a sua primeira Constituição.¹⁴ Por conta disso, durante o cenário revolucionário e até mesmo imediatamente

e criando uma Corte Constitucional. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p.14)

¹¹ CLÈVE *Apud* BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p.19.

¹² SAMPAIO, José Adércio Leite *op. cit.*, p.27.

¹³ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p.77.

¹⁴ No século XVIII, a França se tornara o berço cultural do mundo. O próprio Iluminismo, que influenciou diversos países, foi um movimento intelectual predominantemente francês. O iluminismo designa a revolução intelectual que se operou na Europa pela separação entre o campo da fé (religião) e a razão (ciência),

após a Revolução Francesa, diversos filósofos deram suas contribuições ao direito, especialmente o direito constitucional.

Perpassando pela teoria destes importantes filósofos, temos a obra de Jean-Jacques Rousseau. Os pensamentos de Rousseau¹⁵ contribuíram para fundamentar a Revolução Francesa e o movimento que culminou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Vejamos a teoria de Rousseau:

Partindo da visão da liberdade enquanto autonomia, Rousseau concebe que os homens seriam livres apenas na medida em que obedeçam somente à sua própria consciência. Projetando tal concepção para o plano comunitário, diante da evidência de que a liberdade individual irrestrita levaria a luta de todos contra todos, ele chega à idéia de um contrato social, fórmula associativa pela qual cada cidadão abriria mão de parcela de sua liberdade natural em prol de uma nova forma de liberdade, a liberdade convencional. Esta fórmula, no entanto, só será eficaz caso haja coincidência entre as pessoas dos súditos e a do soberano, o que ocorre apenas quando os destinatários das leis são também seus autores. Rousseau tras põe assim a liberdade enquanto autonomia, do plano individual, para a concepção, no plano comunitário, de liberdade como soberania popular. Se a lei é o produto da vontade geral – manifestada pelos próprios cidadãos – então, quem obedece à lei estaria em última análise, obedecendo a sua própria vontade.¹⁶

A principal crítica que se faz a teoria rousseauiana é que ela coloca a vontade da maioria como uma fonte absoluta de poder político. Portanto, se a lei respeitar, no seu processo de formação, a vontade da maioria ela será legítima independente do seu conteúdo. Esta é uma visão que se aproxima do positivismo jurídico que não foi o responsável, mas legitimou a formação regimes totalitários ao longo da história mundial.

Neste viés, Benjamin Constant¹⁷ critica a liberdade como autonomia pregada por Rousseau a fim de frear a soberania ilimitada do povo. Constant defendia que o povo não possuía poder suficiente para legitimar tudo o que desejasse. O autor ressalta a violação da

determinando diferentes modos de agir do homem. O Iluminismo defendia a causa burguesa contra o Antigo Regime.

¹⁵ Jean-Jacques Rousseau era um teórico político considerado um dos principais filósofos do iluminismo francês.

¹⁶ ROUSSEAU, *Apud* BINENBOJM, *op cit.*, p. 20.

¹⁷ A principal obra de Benjamin Constant foi "*Sobre a Liberdade dos Antigos Comparada com a dos Modernos*" em 1819. Em sua obra ele distinguia a "Liberdade dos Antigos" e a "Liberdade dos Modernos". A liberdade dos antigos era participativa na qual os cidadãos tinham o direito de influenciar diretamente nas políticas por debates e votos em assembleias públicas. A Liberdade dos Modernos, em contrapartida, era baseada na limitação da participação direta que seria apenas uma consequência necessária da evolução do tamanho dos Estados modernos. Em defesa da liberdade dos modernos defendia uma participação popular representativa, os representantes se preocupariam com as questões políticas e não mais o povo diretamente.

liberdade negativa¹⁸ e vincula-se ao jusnaturalismo, como Locke, para justificar a limitação da soberania popular nos direitos naturais. No entanto, o autor defendia que não bastava a limitação abstrata da soberania popular. Esta limitação deveria ser promovida por instituições políticas como, por exemplo, o sistema representativo, o voto censitário, o bicameralismo, a separação de poderes e o poder moderador. Com grande apego a este último instituto, sua teoria se torna incompatível com o ideal democrático hoje concebido. O exercício do poder moderador, na prática, mostrou-se como um verdadeiro abuso de poder responsável por gerar governos conservadores e autoritários. Na experiência brasileira temos como exemplo a Constituição Imperial de 1824.

Ainda destacando os filósofos que influenciaram a Revolução Francesa, temos a importante contribuição de Emmanuel Joseph Sieyès. No auge revolucionário do século XVIII, com base na doutrina do contrato social,¹⁹ Sieyès lançou a Teoria do Poder Constituinte convergindo a soberania popular rousseauiana e a limitação do poder jusnaturalista de Locke.

A Teoria do Poder Constituinte elaborada por Sieyès consiste em não apenas uma teoria de formação de poder político, mas uma teoria de formação do poder político com base na Constituição. O autor faz a separação do poder em poder constituinte e poder constituído. O poder constituinte seria inicial, incondicionado e ilimitado (limitado apenas pelos direitos naturais); já o poder constituído seria subordinado, condicionado e limitado. Este último estaria subordinado ao primeiro que tem como titular o povo. O povo, através de seus representantes exerceria o poder constituinte criando uma Constituição que ficaria responsável por estabelecer os limites do poder constituído. Trata-se de uma teoria anti absolutista, passando o governo de homens para o governo das leis.

Contextualizando: A sociedade francesa, no século XVIII, era dividida em três Estados: o primeiro e o segundo representavam a minoria da população francesa. Faziam parte destes dois Estados o Clero e a Nobreza. O restante da população representada pela burguesia, pelo proletariado e por um grande número de desempregados, formava o terceiro Estado. O terceiro Estado não tinha vez na vida política do país, era uma classe subjugada que não influenciava nas decisões políticas fundamentais.

Sieyès planta uma semente revolucionária no terceiro Estado através da publicação de um manifesto, às vésperas da Revolução Francesa, que, em síntese, dizia que o poder político

¹⁸A liberdade negativa é a liberdade como não constrangimento, sem impedimento.

¹⁹A teoria do contrato social consiste na idéia de um acordo entre os membros da sociedade, pelo qual reconhecem igualmente a autoridade de regras, de um regime político e de um governante sobre todos.

não poderia ser exercido no governo pela vontade de homens que representavam a minoria elitista da população e que deveria sim ser exercido de acordo com a vontade da nação, sob a forma de uma nova Constituição. O poder constituinte idealizado por Sieyès deveria ser ilimitado, sofrendo limitações somente do direito natural pré-existente ao ordenamento jurídico escrito.

Leciona Paulo Bonavides²⁰ que a teoria de Poder Constituinte representou para a França, no século XVIII uma verdadeira restauração de legitimidade do centro político de decisões.

A Teoria do Poder Constituinte representou a passagem do governo de homens para o governo de leis, respaldados pela vontade da nação. A teoria inaugura o movimento constitucionalista moderno e o seu fruto maior foi a Constituição.

A Revolução Francesa marcou a passagem do Regime Absolutista para o Estado Liberal. Este novo Estado aderiu a uma filosofia jurídica oposta à anterior e converteu esta nova filosofia em um texto escrito, transformando o poder de homens em direito.

A Constituição, como fruto da soberania popular e limitadora do poder político deu origem ao ideal mais importante da jurisdição constitucional, o de supremacia da Constituição.

Ainda sobre a ótica de sua teoria, Sieyès propõe a criação de um Tribunal Constitucional encarregado de preservar a ordem constitucional limitando a atuação legislativa e impedindo que normas contrárias à Constituição fossem criadas. A vontade do legislativo não poderia sobrepor-se à vontade superior geral da nação reduzida a termo na Carta constitucional. Antecipou, portanto, o surgimento do controle de constitucionalidade das leis que ganharia o mundo no desenrolar da história constitucional norte-americana.

O que se extrai das experiências constitucionais inglesa e francesa é que o constitucionalismo moderno, fruto das revoluções liberais, deu, ao ideal constitucionalista vivenciado ainda na antiguidade clássica, sentido, forma e conteúdo específicos²¹. Dá-se início a era das Constituições.

1.2 O surgimento do judicial review nos Estados Unidos

O surgimento do *judicial review* foi, sem sombra de dúvidas, um dos marcos mais importantes da evolução da jurisdição constitucional.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.143.

²¹ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p.74.

Não se pretende aqui expor uma completa e minuciosa história da experiência constitucional norte-americana, mas sim expor o surgimento do *judicial review* nos EUA.

Afirma com propriedade José Adércio L. Sampaio que o cenário político norte americano, mesmo antes da independência das treze colônias, sempre foi favorável a instalação do controle de constitucionalidade das leis. Isto se verifica, segundo o autor, na adoção do *Privy Council*²² pelas colônias, na recepção do direito norte americano dos ideais de Edward Coke (v. supra) e na “inspiração do Conselho de Censura”.²³

Devido a questões políticas, não objeto deste trabalho, o *judicial review* não foi expressamente contemplado pela Constituição de 1787, mas foi objeto de debate na Convenção de 1787 que antecedeu a própria Constituição²⁴.

Embora não estivesse expressamente previsto na Carta de 1787, o seu art. VI, §2º conhecido como *supremacy clause*²⁵ trazia o seguinte texto:

Constituição e as leis elaboradas de acordo com ela (Constituição) bem como os tratados celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos, constituirão a suprema lei do país; os juízes de todos os Estados ficam sujeitos a ela, não devendo prevalecer qualquer disposição em contrário na Constituição de qualquer dos Estados ou nas suas leis.²⁶

Aplicando a referida norma, a Corte norte americana já havia declarado o princípio da supremacia constitucional em face das leis estaduais nos casos *Vanhorne's v. Dorrance*; *Hylton v. United States* e *Ware Administrator v. Hylton*.²⁷ Faltava a afirmação da supremacia da Constituição em face de leis federais, que ocorreu no caso *Marbury v. Madison*.

²² O *Privy Council* do rei, ao longo do século XVIII declarava ou não a legitimidade e eficácia das leis promulgadas pelas colônias inglesas na América (*Plantation*), de acordo com as leis do Reino, leia-se do Parlamento de *Westminster*. Além deste controle, um outro se fazia, o da compatibilidade das leis aprovadas pelos colonos com as disposições das Cartas Coloniais que haviam sido outorgadas pela Coroa Britânica. Há registros de que entre 1696 e 1782, o *Privy Council* anulou mais de 600 leis coloniais, tanto em face de controle abstrato (*legislative review*), quanto de controle concreto (*judicial review*). (SAMPAIO, José Adércio Leite, *op. cit.*, p.27)

²³ O Conselho de Censura era um órgão popular encarregado de avaliar periodicamente o funcionamento e respeito da Constituição, previsto pelo texto constitucional da Pensilvânia de 1776. O plano de Virgínia como passou a ser chamado, visava controlar possíveis excessos do Legislativo, prevendo, na proposta de Edmund Randolph, a criação de um Council of Revision, composto por membros do Poder Executivo e do Poder Judiciário, com poderes para revisão ex ante das leis, ao lado de um Poder Judiciário nacional, eleito pela legislatura. (SAMPAIO, José Adércio Leite, *op. cit.*, p.29)

²⁴ Alexander Hamilton, no Federalista nº LXXVIII e, posteriormente, no nº LXXXI, sustenta a idéia de que a Constituição deve ser vista como lei fundamental, cabendo aos juízes proclamar a nulidade das leis ordinárias a ela contrárias. O Federalista reúne um conjunto de ensaios numerados, escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, publicados na imprensa de Nova York durante os debates sobre a ratificação da Constituição aprovada em 1787, pela Convenção de Filadélfia. (BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p. 27).

²⁵ Tradução: Cláusula de supremacia.

²⁶ O artigo destacado pode ser observado em: BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p.27

²⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite, *op. cit.*, p.29.

O caso *Marbury v. Madison* inaugura a teoria do *judicial review of legislation* que representou “a mais significativa inovação americana em relação à tradição inglesa”. Em outros termos, “representou a superação da supremacia do parlamento pela supremacia da Constituição. Ao judiciário caberia exercer a guarda de tal supremacia, ainda que isso importasse na invalidação de atos do Legislativo”.²⁸

Estes dados demonstram que o *judicial review* “não foi um gesto de improvisação, mas o resultado de um longo amadurecimento doutrinário e jurisprudencial”²⁹

A importância do caso *Marbury v. Madison* estaria no registro dos principais fundamentos teóricos do modelo difuso de controle judicial de constitucionalidade que viera a se assentar nos Estados Unidos e que mais tarde viria a influenciar o direito constitucional brasileiro.

1.2.1 Caso *Marbury v. Madison*

Nas eleições para Presidente realizadas no final de 1800, nos EUA, o presidente em exercício John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pela oposição republicana. O republicano Thomas Jefferson viria a ser o novo Presidente. John Adams, ciente de que seu partido havia perdido não só a presidência, mas também muitos cargos nos Poderes Executivo e Legislativo, resolveu realizar uma manobra para conservar sua influência política através do Poder Judiciário nomeando uma série de juizes de paz em diferentes Estados.

Assim sendo, no dia 13 de fevereiro de 1801, foi aprovada uma lei de reorganização do Judiciário federal e no dia 27 deste mesmo ano, uma nova lei autorizando o Presidente a nomear 42 juizes de paz. Todos esses atos de investidura assinados por John Adams foram entregues ao seu Secretário de Estado o então Presidente da Suprema Corte John Marshall que ficaria encarregado de entregá-los aos nomeados. Entre as nomeações estava o ato de investidura de juiz de paz de Willian Marbury.

Acontece que os atos de investidura foram entregues a Marshall no último dia do mandato de Adams. Tendo este curto espaço de tempo, Marshall não conseguiu entregar todas as nomeações, dentre elas a de Marbury.

No dia seguinte, o Presidente recém eleito Thomas Jefferson tomou posse e nomeou como seu Secretário de Estado James Madison. Thomas determinou a Madison que cancelasse todos os atos de investidura não formalizados no dia anterior, pois ele iria nomear

²⁸ BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p. 25.

²⁹ BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p. 29.

os novos juízes de paz. Madison, instruído pelo Presidente cancela as nomeações. Entre os juízes indicados, mas não nomeados, estava William Marbury que contrariado com a medida entra com ação (*writ of mandamus*) na Suprema Corte objetivando a nomeação ao cargo de juiz de paz dando início ao caso *Marbury v. Madison*.

O Presidente da Suprema Corte era justamente John Marshall, o responsável pela não entrega da nomeação de Marbury. Como Presidente da Suprema corte dos EUA, Marshall teve uma missão espinhosa pela frente, a de reunir e organizar argumentos jurídicos suficientes para garantir que Marbury fosse nomeado a juiz de paz.

Assim sendo, Marshall defendeu a nomeação de Marbury a partir de três fundamentos: 1º) nos termos do art. VI §2º da Constituição de 1787, nenhum ato produzido no país pode violar o disposto na Constituição;

2º) se um ato violar a Constituição ele será nulo de pleno direito e não poderá mais produzir efeitos jurídicos;

3º) cabe ao poder judiciário a última palavra sobre a defesa da Constituição e a realização do controle de constitucionalidade das leis. Com estes três pontos Marshall convenceu os demais juízes de que Marbury assumisse o cargo.

Esta decisão enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle de constitucionalidade: a supremacia da Constituição, a nulidade de lei que contrarie a Constituição e que é o poder judiciário o intérprete final da Constituição.

Deste precedente surgiu o controle difuso de constitucionalidade, ou aberto, que significa que todo juiz ou Tribunal pode deixar de aplicar uma lei violadora da Constituição para fins de defender a supremacia constitucional e os ideais de justiça.

1.3 O aparecimento do controle concentrado de constitucionalidade na Áustria

No início do século XX a Europa possuía “o terreno (...) preparado para que o intelecto genial de um austríaco desenvolvesse com certo requinte a teoria de uma justiça constitucional, destinada a dar ao ordenamento jurídico, concebido de forma piramidal e hierárquica, a solidez necessária”³⁰.

Hans Kelsen era o responsável pela elaboração do projeto de Constituição austríaco em 1920. Em seu projeto de Constituição, “Kelsen buscava resguardar os valores

³⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite, *op. cit.*, p. 37.

democráticos através do Direito, vislumbrando um sistema concentrado de jurisdição constitucional”³¹.

O sistema concentrado de jurisdição constitucional idealizado por Kelsen parte do pressuposto de que a Constituição é a norma hierarquicamente superior no ordenamento jurídico e atua como fonte de validade das demais normas infraconstitucionais. Esta supremacia deveria ser resguardada por um Tribunal Constitucional especialmente criado para controlar, de maneira abstrata, a compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição. Nos casos de incompatibilidade, a norma deveria ser anulada do ordenamento jurídico como uma espécie de sanção. Esta decisão teria efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Diferentemente do sistema difuso de jurisdição constitucional norte americano que havia surgido cerca de um século antes, o sistema concentrado reserva exclusivamente a um único órgão jurisdicional a prerrogativa de exercer o controle de constitucionalidade das leis. Se questões de inconstitucionalidade fossem suscitadas incidentalmente pelas instâncias ordinárias estas deveriam suspender o processo e submetê-lo a decisão do Tribunal.

Junto com a Constituição austríaca elaborada por Kelsen nasce para o mundo um novo modelo de jurisdição constitucional que previa o controle judicial de constitucionalidade concentrado, abstrato com decisões de efeitos *erga omnes*.

Outra diferença também entre o modelo difuso norte americano e o concentrado de austríaco é que o primeiro se deu mediante criação jurisprudencial pela influência dos precedentes, já o segundo surgiu de um projeto de Constituição que recebeu grande influência do direito escrito, herança esta deixada pelos movimentos positivistas pós Revolução Francesa.

Como um dos maiores defensores do positivismo jurídico Kelsen criou a Teoria Pura do Direito³². Nesta teoria Kelsen defendia uma maior aproximação entre Direito e norma, buscando fazer do direito uma ciência com resultados exatos e objetivos.

Isso impõe que a validade da norma decorre não de um conteúdo metafísico preexistente como no jusnaturalismo, mas do próprio processo de formação da norma, independentemente o seu conteúdo.

Nestes termos, a teoria de Kelsen extrai todo e qualquer componente axiológico da norma, separa o direito da moral e da ética e não respalda o ordenamento jurídico em nenhum fator sociológico, histórico e cultural, mas sim no pressuposto lógico de que todas as normas

³¹ SAMPAIO, José Adércio Leite, *op. cit.*, p.37.

³² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad: João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

elaboradas em um processo formal são feitas para serem cumpridas. Luís Roberto Barroso leciona que:

Kelsen concebeu a Constituição (e o próprio Direito) como uma estrutura formal, cuja nota era o caráter normativo, a prescrição de um dever-ser, independentemente da legitimidade ou justiça de seu conteúdo e da realidade política subjacente.³³

Kelsen dizia que as normas constitucionais eram “normas puras” e a tarefa do intérprete se resumia a aplicá-las mediante subsunção. Os princípios eram coadjuvantes no ordenamento. Não havia espaço para qualquer papel criativo do intérprete.

O modelo concentrado de jurisdição constitucional também influenciou a jurisdição constitucional brasileira como será visto adiante.

1.4 No direito brasileiro

A jurisdição constitucional brasileira percorreu um longo caminho até os dias atuais. Da Constituição do Império, de 1824, até a Constituição atualmente em vigor, de 1988, o controle judicial de constitucionalidade das leis passou por muitas mudanças. A cada Constituição novas características eram incorporadas e o controle foi, com o passar do tempo, se afirmando e formando, a cada nova decisão judicial, a jurisdição constitucional concentrada brasileira.

Na Constituição do Império, de 1824, nada se tem a dizer sobre o controle judicial de constitucionalidade das leis, pois este estava ausente nesta Carta.

Na Constituição Republicana, de 1891, o controle judicial de constitucionalidade surge no Brasil (arts. 59 e 60).³⁴ Rui Barbosa, o relator da Carta de 1891, influenciado pelo direito norte americano, resolveu importar o modelo de jurisdição constitucional difuso que havia surgido nos Estados Unidos (caso *Marbury vs. Madison*). Desde então, em nosso país, qualquer juiz ou Tribunal pode conhecer incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei nos julgamentos de casos concretos submetidos a sua análise. Diferentemente do modelo atual de controle difuso, o previsto na Carta de 81 permitia que os juízes e tribunais não só

³³ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p.80.

³⁴ Constituição Federal de 1891. Art. 59, §1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a interpretação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.” Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>>. Acesso em: 24.mai.2011.

conhecessem o incidente de inconstitucionalidade, mas também permitia que eles resolvessem este incidente afastando a aplicação de norma em casos concretos. O controle difuso, apesar de pequenas alterações, se manteve da mesma forma que foi previsto na Carta de 1891 até os dias atuais, onde encontra previsão na Carta de 1988.

Acontece que não foi só o direito norte americano que influenciou o direito brasileiro, pois sob a influência do direito austríaco, a Constituição de 1934 previu a primeira ação do controle concentrado de constitucionalidade, a representação interventiva. Prevista no art.12³⁵ da Constituição de 1934, a representação interventiva seria utilizada somente pelo Procurador Geral da República, seu único legitimado ativo, e teria como objetivo levar à apreciação da Suprema Corte a lei que decretasse a intervenção federal por violação de um dos princípios constitucionais denominados de princípios sensíveis previstos no art. 7º daquela Constituição cuja observância pelos Estados membros era obrigatória. Para que a intervenção fosse válida a Corte deveria julgar constitucional a lei que a tivesse decretado. Em relação ao controle difuso, duas alterações foram feitas na Carta de 1934, a declaração incidental de inconstitucionalidade agora exigia voto de maioria absoluta dos membros dos tribunais³⁶ e o Senado Federal passou a ter a competência de suspender a lei que fosse declarada inconstitucional pela Suprema Corte.³⁷

Na vigência da Constituição de 1946, mas apenas em 1965, a EC nº 16 instituiu a chamada ação genérica de inconstitucionalidade (art. 101, I, K).³⁸ Nesta ação o Supremo passou a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal mediante ajuizamento do Procurador Geral da República, o único legitimado para tal. A referida emenda em nada alterou o sistema de controle difuso de constitucionalidade, mas criou uma

³⁵ Constituição Federal de 1934 Art. 12: A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: V – Para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a* a *h* do art. 7º, n.I, e a execução das leis federais. §2º Ocorrendo o primeiro caso do n. V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a inconstitucionalidade. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>>. Acesso em: 24.mai.2011.

³⁶ Constituição Federal de 1934: Art. 179: Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>>. Acesso em: 24.mai.2011.

³⁷ Constituição Federal de 1934: Art. 91, IV: Compete ao Supremo Tribunal Federal: IV: Suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>>. Acesso em: 24.mai.2011.

³⁸ Constituição Federal de 1946: Art. 101, I, K: Ao Supremo Tribunal Federal compete I – processar e julgar originariamente: k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>>. Acesso em: 24.mai.2011.

via concreta e abstrata de controle de constitucionalidade antes somente prevista para um caso específico (representação interventiva).

A partir do surgimento da ação genérica de inconstitucionalidade, o controle de constitucionalidade brasileiro passou a ser misto ou híbrido, combinando o controle concreto, abstrato e principal por via de ação direta introduzido no Brasil sobre forte influência do direito austríaco (v. supra) e o modelo difuso, aberto e incidental que incorporamos mediante influência do direito norte americano (v. supra).

As seguintes Constituições mantiveram esta estrutura híbrida, com algumas alterações, umas menos outras mais relevantes, mas sempre com o desenho misto acima descrito.³⁹

1.4.1 O sistema de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

Na Constituição de 1988, o sistema misto ou híbrido foi mantido. Todavia, a referida Carta trouxe importantes mudanças, quais sejam:

- a) ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) dando fim ao monopólio do Procurador Geral da República para propor as ações na via concreta e abstrata – art. 103⁴⁰;
- b) surgimento do controle de inconstitucionalidade por omissão (ADO) – art. 103, §2º - e o mandado de injunção – art. 5º, LXXI;
- c) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade no âmbito estadual – art. 125 §2º;
- d) a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – art. 102, § 1º;

³⁹ “A Constituição de 1967 não trouxe modificações importantes ao sistema de controle de constitucionalidade, tendo deixado de reiterar a previsão da ação genérica estadual, contida na EC nº 16/65. A Constituição de 1969 – EC nº 1/69, por sua vez, previu a ação direta em âmbito estadual, mas limitada à hipótese de intervenção do Estado em Município. A EC nº 7/77, pôs termo a controvérsia acerca do cabimento de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo expressamente a competência do Supremo para deferi-la (art. 119, I, *p*). Além disso, por seu intermédio foi instituída a representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, por via da qual o STF, mediante representação do PGR, poderia fixar em tese e com caráter vinculante, o sentido da norma. A constituição de 1988 suprimiu a medida.” (BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 86).

⁴⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.out.1988: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; V - o Governador de Estado; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ainda como uma importante inovação, vale citar a EC nº 3/93 que inseriu na Constituição de 1988 a ação declaratória de constitucionalidade (ADC).

Sintetizando, o sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis no Brasil está estruturado da seguinte forma: temos o controle difuso e incidental exercido por juízes e tribunais mediante apreciação de incidentes de inconstitucionalidade de leis nos casos concretos; e o controle concentrado e abstrato exercido pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal e estadual em face da Constituição e ações declaratórias de constitucionalidade – art. 102, I, *a*, da CRFB/88 e exercido também pelo Tribunal de Justiça do Estado, quando se tratar de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual – art. 125, §2º da CF.

Ainda temos dentro do controle concentrado a ação direta de inconstitucionalidade por omissão prevista no art. 103 §2º e a ação de descumprimento de preceito fundamental prevista no art. 102, §1º.

Duas importantes mudanças ocorreram no que se refere às ações mais importantes do controle concentrado de constitucionalidade. O processo de julgamento da ADI e da ADC perante o STF veio a ser disciplinado pela lei nº 9.868/99 e o processo de julgamento da ADPF passou a ser disciplinado pela lei nº 9.882/99.

Além dessas leis temos também a recente lei nº 12.063/09 que acrescenta à lei nº 9.868/99, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Estas leis haveriam de dar uma contribuição muito importante para a jurisdição constitucional brasileira. Esta contribuição será tratada em momento oportuno neste trabalho.

2. OS INFLUXOS DO PÓS-POSITIVISMO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A evolução da jurisdição constitucional retrata um processo específico de evolução que a nova ordem jurídica mundial impôs ao direito constitucional. Após a Segunda Guerra Mundial - II GM -, a comunidade jurídica passou a notar que uma série de paradigmas do direito constitucional clássico foram quebrados.

O direito constitucional ganhou novos contornos a partir da segunda metade do século XX. Estes novos contornos impostos pela ordem jurídica internacional deram origem, no direito, a uma nova fase, a fase pós-positivista.

Trabalhando a partir das correntes filosóficas mais importantes do direito é possível estabelecer uma introdução que justifique as mudanças de paradigmas que ocorreram a partir da fase pós-positivista do direito.

Nas experiências constitucionais francesa e inglesa, as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII puseram fim ao jusnaturalismo divino que fundamentava os governos absolutistas e deram início ao jusnaturalismo racionalista de Locke (v. supra).

O jusnaturalismo, uma das principais correntes filosóficas do Direito, defende a existência de valores e princípios legítimos situados acima da norma escrita que devem ser garantidos independentemente do que venha a constar no direito positivo. Este conjunto de valores e princípios que se legitimam em si e impõe limites ao próprio Estado é o denominado direito natural.

Sobre a influência do jusnaturalismo racionalista, a jurisdição constitucional floresce com o surgimento do *judicial review* nos Estados Unidos. O *judicial review* não ganhou força no continente europeu e somente no início do século XX, já sob a égide do positivismo jurídico, é que, sob a influência da teoria Kelseniana, os Tribunais Constitucionais ganham força com a função de preservar as Constituições através do exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

O positivismo jurídico foi também uma das principais correntes filosóficas do Direito e teve como grande defensor de sua existência o filósofo jurídico Hans Kelsen.

Observando a evolução filosófica do direito em paralelo com a evolução da jurisdição constitucional, nota-se que o jusnaturalismo teve em seu apogeu com a era das codificações, momento este imediatamente posterior ao fim das revoluções burguesas. O fruto maior destas revoluções fundamentadas no jusnaturalismo era, justamente, a limitação do poder através do direito (excepcionalmente a Inglaterra que transformou a supremacia da lei em supremacia do parlamento).

Este momento histórico de grande importância para o Direito e para a humanidade representou, ao mesmo tempo o auge do jusnaturalismo, o início de sua decadência.

Sobre o tema, Luis Roberto Barroso leciona que:

O advento do Estado Liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.⁴¹

A queda do jusnaturalismo trouxe consigo a ascensão do positivismo jurídico que transformou a jurisdição constitucional em um processo sistematizado de controle de constitucionalidade a ser desempenhado por um Tribunal Constitucional especialmente criado para esta função.

O positivismo jurídico deu origem a uma visão hierarquizada do ordenamento jurídico, onde a Constituição representava a norma suprema. Aproximando direito e norma retirou todo o conteúdo axiológico do direito. Com todo o seu formalismo, o positivismo jurídico determinava que a validade da norma dependeria do seu processo de formação, sendo irrelevante seu conteúdo. Se a norma fosse editada de acordo com os parâmetros formais estabelecidos pela Constituição ela seria válida. Seu conteúdo era desimportante.

Além disso, sob a égide do positivismo jurídico, a hermenêutica constitucional passou por uma séria restrição. A Constituição, como um documento essencialmente político, representava um campo de atuação da conformação do Poder Legislativo e da discricionariedade do Poder Executivo. Ao Poder Judiciário caberia apenas aplicar a norma mediante subsunção, nenhuma realização das normas constitucionais estava em seu alcance.

O positivismo jurídico foi a corrente filosófica do direito que dominou a Europa até meados do século XIX. Porém, após a II Guerra Mundial, o positivismo jurídico não conseguiu assegurar sua influência nas Cartas constitucionais ao redor do mundo e o jusnaturalismo iniciou uma nova ascensão no cenário político e jurídico mundial.

O jusnaturalismo passou a ser a corrente filosófica do direito a influenciar as novas Constituições que surgiram no pós guerra.

⁴¹BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p.238.

A teoria positivista do direito foi superada justamente porque o que se observa juridicamente da guerra é que faltou à esta teoria uma análise de justiça do direito. Não existia na época, por exemplo, uma lei que assegurasse, principalmente aos judeus, alguma forma de proteção à nacionalidade e à cidadania. Assim, eles tiveram esses atributos retirados sob a égide da lei e foram transformados de sujeitos para objeto de direito. Com o fim da guerra as pessoas puderam perceber que toda atrocidade cometida naquele período possuía certo fundamento legal e a teoria filosófica até então dominante, que retirava todo conteúdo axiológico da norma, começa a ser questionada.

Surgem, então, as Constituições que começam a dar resposta à sociedade incorporando o ideal jusnaturalista. As Constituições, italiana e a alemã, de Bonn, surgiram pioneiras em 1948 e 1949, respectivamente. A Constituição italiana trouxe pela primeira vez a Dignidade da Pessoa Humana e a Lei Fundamental de Bonn, na Alemanha, seguiu o mesmo caminho.

Neste momento se inicia a fase pós-positivista ou, como preferem alguns autores, neoconstitucionalista do direito. O pós-positivismo representa uma nova fase do direito constitucional que aglutina os ideais jusnaturalistas e algumas características do positivismo jurídico.

Sobre o tema Luís Roberto Barroso leciona que:

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença quantitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Neste ambiente, promoveu-se uma aproximação entre o Direito e a ética.⁴²

A doutrina pós-positivista impôs uma releitura de paradigmas do direito constitucional. Alguns importantes paradigmas do direito constitucional clássico foram transformados para se adequar às tendências contemporâneas impostas pelo neoconstitucionalismo. Dentre estas quebras de paradigmas podemos citar três de fundamental importância para este trabalho: a ideia de Constituição como norma jurídica e não como documento essencialmente político; a formação de uma nova hermenêutica

⁴²BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p.249 e 250.

constitucional; e em consequência destas duas primeiras mudanças, a expansão da jurisdição constitucional e a judicialização da política.

Estes três novos conceitos do direito constitucional contemporâneo serão abordados nos tópicos seguintes dando sempre ênfase nas consequências geradas para a jurisdição constitucional brasileira.

A chegada do pós-positivismo no Brasil aconteceu tardiamente porque enfrentamos longos anos de ditadura militar. Nesta época não se falava em dignidade da pessoa humana. A única preocupação do Estado era de afirmar o poder da junta militar. Não havia, neste período, preocupação com o indivíduo, com direito a liberdade e a igualdade. O próprio AI-5 era uma expressão de antítese da afirmação dos direitos fundamentais, pois, dentre outras medidas, trazia a cassação dos direitos políticos, o fechamento do Congresso Nacional e a cassação do *habeas corpus*, o que possibilitava prisões arbitrárias.

O cenário mudou e o Brasil de 1988 é bem diferente. A ordem constitucional interna se encontrou com a nova ordem mundial que se instaurou com o fim da II GM. A Constituição de 1988 estabeleceu o Estado Democrático de Direito e passou a tratar da defesa do indivíduo e da dignidade da pessoa humana.

2.1 A força normativa da Constituição

A concepção da Constituição como norma jurídica representou a superação do modelo Europeu de visão da Constituição como documento essencialmente político. Esta quebra de paradigma trouxe três consequências básicas para toda norma constitucional:

- i) as normas constitucionais passaram a ter aplicabilidade imediata às situações que contempla;
- ii) toda norma constitucional servirá de parâmetro para o controle de constitucionalidade, bem como parâmetro para a recepção ou não recepção de normas pré-constitucionais;
- iii) toda norma constitucional que estabelece princípios e fins públicos a serem alcançados servirão ao intérprete como guia de interpretação.

No direito constitucional brasileiro alguns autores se dedicaram a estabelecer parâmetros para a aplicação das normas constitucionais. A mais importante classificação,

utilizada por boa parte da doutrina, é a classificação de José Afonso da Silva⁴³ sobre a eficácia das normas constitucionais, ou seja, sua aptidão para produzir efeitos no mundo jurídico.

Segundo o referido autor, as normas constitucionais se dividem em:

a) Norma constitucional de eficácia plena que seriam aquelas normas que estariam, desde a sua entrada em vigor, plenamente aptas a produzir seus efeitos essenciais. Seriam, portanto, normas, autoaplicáveis, com incidência direta, imediata e integral que não podem sofrer restrições⁴⁴;

b) Norma constitucional de eficácia contida que são normas também autoaplicáveis, mas que permitem certos condicionamentos por parte do Poder Público, pois possuem uma abertura favorável a esse condicionamento, de acordo com sua própria leitura⁴⁵;

c) Norma constitucional de eficácia limitada que são normas de efeitos jurídicos reduzidos, tendo em vista que dependem da atuação futura do Poder Público para a sua integração. Subdivide-se em: i) normas organizatórias - ou institutivas - que se relacionam com funções, órgãos ou institutos criados pela Constituição; e ii) normas programáticas que estabelecem programas e diretrizes relacionadas, normalmente, aos direitos de cunho social.⁴⁶

Esta classificação, apesar de ter bastante aceitação na doutrina e jurisprudência brasileira, já sofreu algumas críticas. Luís Virgílio Afonso da Silva⁴⁷ critica a classificação de normas constitucionais de eficácia plena, pois defende que todas as normas podem, eventualmente, sofrer restrições, até porque não há direito fundamental de natureza absoluta.

No contexto pós-positivista, Canotilho fala na teoria da efetividade máxima das normas constitucionais. Segundo Canotilho, o princípio da máxima efetividade, também chamado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, é aquele que confere a toda norma constitucional o sentido que maior eficácia lhe dê. Ainda que na atualidade esteja estritamente relacionado com as normas programáticas, para Canotilho ele também pode ser invocado no âmbito dos direitos fundamentais.⁴⁸

⁴³ DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 86.

⁴⁴ Temos como exemplos de normas constitucionais de eficácia plena os artigos 1º, 2º e 5º, III.

⁴⁵ Temos como exemplos de normas constitucionais de eficácia contida os artigos 5º, XIII e XV e 93 IX.

⁴⁶ Temos como exemplos de normas constitucionais de eficácia limitada institutiva os artigos 37, VII, 93, *caput*, e 134 §1º; e como exemplos de normas constitucionais de eficácia limitada programática os artigos 196, 205 e 211.

⁴⁷ DA SILVA, Luís Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 4, 2006, p. 48-51.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 1224

De toda forma, as normas constitucionais, agora com força normativa, passam a ser dotadas de imperatividade. Surge, a partir desta força normativa concedida às normas constitucionais, o estudo da efetividade das normas.

A efetividade da norma está relacionada ao seu real cumprimento na sociedade, com o esgotamento de suas proposições no mundo dos fatos.

A doutrina da efetividade fez surgir no direito constitucional o conceito de direito subjetivo. Isto significa dizer que na Constituição existem direitos cuja proteção representa um dever. Uma vez violado este direito, nasce ao seu titular a prerrogativa de exigí-lo através dos mecanismos judiciais destinados a este fim.

Para Luís Roberto Barroso:

(...) a doutrina da efetividade pode ser assim resumida: todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são elas, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.⁴⁹

A Constituição garantista de 1988 se propôs a conferir um rol extenso de direitos. Seguindo as tendências pós-positivistas, ela passou a se importar mais com o indivíduo, trazendo-o para o epicentro do ordenamento jurídico. Representou, portanto, a nossa “virada kantiana”⁵⁰.

O texto da Carta de 1988 apresentou mudanças tanto do ponto de vista formal como do ponto de vista material. A mudança formal já traz indícios da aproximação da ordem constitucional interna com a nova ordem mundial. A CRFB/88 trouxe para o início do texto o Direito das Pessoas, ou seja, a Carta se abre protegendo os direitos fundamentais. Nas Constituições passadas os textos se abriam para tratar de questões sobre a disposição e organização do Estado, somente ao final é que se vinham dispostos os direitos fundamentais. A CRFB/88 inovou também materialmente, pois é a Constituição mais garantista que já tivemos. Estabeleceu o Estado Democrático de Direito inaugurando um novo regime político: a democracia participativa; trouxe em seu texto a proteção à dignidade da pessoa humana reforçando a proteção ao indivíduo e aos direitos fundamentais; tratou dos direitos coletivos,

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p.223.

⁵⁰ A expressão é utilizada para descrever a inserção do indivíduo no epicentro do ordenamento jurídico como defendia Kant.

especialmente do meio ambiente; a saúde passou de serviço do Estado a direito fundamental dos indivíduos; o direito à alimentação reforçou os direitos fundamentais recentemente, dentre outros.

Portanto, se o Estado tem como interesse a defesa efetiva do indivíduo e se a Constituição é o planejamento do Estado, a evolução (e explosão) dos direitos constitucionais nos trouxe a um cenário de existência de uma relação simbiótica entre a defesa dos direitos fundamentais e a própria Constituição Federal.

Como consequência lógica desta relação, o Poder Judiciário, aplicador do direito, passou a exercer um papel relevante e mais ativo na realização do conteúdo da Constituição.

2.2 A nova hermenêutica constitucional

A queda do *jusnaturalismo* trouxe consigo a ascensão do *positivismo jurídico*. Do ponto de vista hermenêutico, a teoria positivista, capitaneada por Hans Kelsen, reduzia as normas jurídicas à regras e estas, objetivas e descritivas, deveriam ser aplicadas mediante subsunção. Apenas nos casos difíceis, onde não existia uma regra pronta, é que se traziam os princípios para nortear a decisão dos juízes que decidiam com ampla discricionariedade. Não havia espaço no *positivismo jurídico* para a discussão valorativa de normas, pois no direito não poderia haver incertezas. Portanto, o ordenamento era um sistema de regras, os princípios eram seus coadjuvantes e só eram invocados nos chamados casos difíceis.

Nestes termos, a teoria positivista determinava que a atividade do intérprete seria desprovida de qualquer atividade criativa. O positivismo acreditava que a aplicação direta da Constituição conferia ao intérprete uma posição neutra, única e exclusivamente de fazer valer sobre todas as normas infraconstitucionais a vontade do legislador constituinte originário. Do ponto de vista do princípio democrático, esta atuação seria legítima, pois estaria o intérprete apenas aplicando a Constituição atendendo à vontade da maioria.

Nas palavras de Gustavo Binenbojm:

No paradigma positivista, a neutralidade dos juízes é assegurada pela crença de que estes se limitariam a uma aferição formal e asséptica da compatibilidade entre lei e Constituição. Não havia espaço para a construção judicial, que demanda necessariamente uma atividade criativa por parte do Magistrado. Deste modo, a decisão que proclama a inconstitucionalidade de uma lei seria, em termos ideais, a expressão da vontade do legislador constituinte, e não a da Corte Constitucional que a proferiu. A questão da legitimidade democrática da justiça constitucional ficaria, assim, superada pelos mitos da neutralidade do

juiz e do formalismo hermenêutico que caracterizam o positivismo jurídico.⁵¹

Esta visão objetiva do direito não tem mais adesão no mundo jurídico moderno. A observação é de Luís Roberto Barroso e se encaixa muito bem neste trabalho:

Há praticamente consenso, na doutrina contemporânea, de que a interpretação e aplicação do direito envolvem elementos cognitivos e volitivos. Do ponto de vista funcional, é bem de ver que esse papel de intérprete final e definitivo, em caso de controvérsia, é desempenhado por juízes e tribunais. De modo que o Poder Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal, desfruta de uma posição de primazia na determinação do sentido e do alcance da Constituição e das leis, pois cabe-lhe das a palavra final, que vinculará os demais Poderes. Essa supremacia judicial quanto a determinação do que é o direito envolve, por evidente, o exercício de um poder político, com todas as suas implicações para a legitimidade democrática.⁵²

A conclusão do referido autor se respalda no fato de que, como consequência do fim da II GM, as sociedades, principalmente aquelas que sofreram com a guerra, clamavam para que a lei não fosse a resposta de tudo. Era preciso haver solução para todas as atrocidades cometidas na guerra fora do texto da lei. Portanto, as Constituições que sucederam este momento da história deram azo à ascensão dos princípios em seus textos, permitindo ao intérprete uma grande margem de criatividade.

No campo doutrinário, Ronald Dworkin na década de 70 escreve uma obra que representa a virada do jusnaturalismo: *Levando os Direitos a Sério - Taking Rights Seriously*, 1977. Nesta obra ele trazia o fundamento da abertura do ordenamento jurídico para além da norma. Ele observa as mudanças das Constituições com o fim da guerra e constata que elas não representavam mais apenas um conjunto de regras, pois ao falar em liberdades, em boa-fé, em função social da propriedade e, principalmente, em dignidade da pessoa humana, as novas Constituições traziam consigo um forte conteúdo axiológico. O referido autor leciona que os princípios deixam de ser meros coadjuvantes e assumem papel de protagonistas ao lado das regras e mais, os princípios, agora ao lado das regras, teriam normatividade que a teoria positivista não lhes conferia. Para Dworkin, as normas passaram a se subdividir em normas princípios e normas regras, ambos dotados de força normativa.⁵³

⁵¹ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.145.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 379.

⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. Trad: Nelson Bobeira São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Atualmente podemos dizer que há uma abertura do ordenamento constitucional aos princípios. Os princípios são diferentes das regras, pois apresentam carga normativa aberta e fluida, são axiológicos, éticos e mais subjetivos. Os princípios não são aplicados mediante subsunção como no positivismo jurídico, mas sim pela ponderação.

Esta reviravolta do jusnaturalismo influenciou diretamente o papel do intérprete da Constituição. Pode-se dizer que o intérprete, diante da maior abstração do texto, passou a ser também um co-autor do direito na medida em que o conteúdo indeterminado destas normas princípios possibilitaria, nos lindes da razoabilidade e proporcionalidade, certo grau de discricionariedade na tomada de decisão.

Outra problemática deste novo papel do intérprete é um possível conflito com o princípio democrático no que tange ao fato de a Constituição estabelecer limites formais e materiais para a sua alteração pelo poder constituinte derivado reformador, e ao mesmo tempo permitir que o Judiciário de maneira informal, principalmente através da mutação constitucional, altere o seu sentido.

Ademais, com o reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, o Poder Judiciário passou a ter um papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. Somado a isso, o papel criativo do intérprete foi também determinante na concretização dos direitos constitucionais, que deixou de ser uma tarefa exclusiva do Legislativo e do Executivo e passou a integrar as funções do Poder Judiciário, na medida em que aqueles dois poderes falhassem nesta difícil missão.

Sobre o tema, Bianca Stamato problematiza perfeitamente:

(...) o problema da interpretação das normas constitucionais, que surge com o reconhecimento de que a Constituição, em razão da sua natureza política e da estrutura aberta de suas normas não se sujeita aos métodos de hermenêutica tradicionais, o que implica em um sério questionamento acerca do papel do juiz no exercício da jurisdição constitucional. Com efeito, fica atente que aos juízes é conferido um poder incomparável, pois estes não se limitam a desempenhar um papel de “boca da Constituição”, declarando o sentido e alcance das normas constitucionais. Ao revés, cabe aos juízes concretizar os princípios sobre os quais houve um acordo fundamental em termos demasiadamente genéricos, realizando uma aplicação particular sobre a qual não há consenso no seio da sociedade e cuja dificuldade tampouco os órgãos de representação estão aptos a enfrentar. Chega-se até a falar em direitos indeferidos e não expressos ou direitos enumerados pela Constituição em contraposição em direitos imputados, isto é, criados pelo Judiciário.⁵⁴

⁵⁴ STAMATO, Bianca. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.13 e 14.

A força normativa da Constituição e os novos conceitos acerca da hermenêutica constitucional trouxeram a necessidade de que o Poder Judiciário tivesse um papel mais ativo no cenário político. A jurisdição constitucional a partir deste momento sofreu uma notória expansão e surge no mundo um fenômeno chamado judicialização que será tratado a seguir com grande enfoque na jurisdição constitucional brasileira.

2.3 Judicialização da política

A Constituição de 1988 é fruto da redemocratização que passou o Brasil com o fim do Regime Militar e, neste contexto, estabeleceu, em seu artigo 1º, que o Estado brasileiro teria a forma de um Estado de Direito Democrático.

O Estado de Direito Democrático possui duas características fundamentais: É democrático porque busca fundamento na soberania do povo - vontade da maioria; e é um Estado de Direito porque se institucionaliza a partir da juridicização do poder, ou seja, do estabelecimento de direitos fundamentais, direitos estes que limitam o poder político – constitucionalismo.

Para que haja um Estado de Direito Democrático ideal, é preciso que estas características estejam em equilíbrio. A vontade da maioria, muitas vezes, precisa ser controlada para impedir que maiorias passageiras desconstituam os direitos fundamentais assegurados na Constituição pelo legislador constituinte originário. É por isso que o Supremo muitas vezes desempenha um papel contramajoritário em suas decisões. Por outro lado, a completa imutabilidade dos princípios que orientam os direitos fundamentais assegurados pelo legislador constituinte originário pode resultar na violação do próprio fundamento democrático do Estado, impedindo a manifestação da vontade soberana do povo. É por isso que o Supremo tem utilizado com frequência a mutação constitucional, adequando a norma à realidade.

Manter o equilíbrio entre constitucionalismo e democracia não é uma tarefa fácil. Entre eles podem surgir inúmeros conflitos. Neste véis assevera Bianca Stamato:

A promessa nas democracias constitucionais é a conquista de um fino equilíbrio entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais. Mas tal promessa situa-se em um plano ideal, pois nem no plano normativo a acomodação entre as noções apresenta-se como questão de fácil solução.⁵⁵

⁵⁵ STAMATO, Bianca, *op. cit.*, p.1.

Conforme adiantado, os órgãos do Poder Judiciário, no desempenho de suas funções, realizam a manutenção deste desejado equilíbrio, ora atuando de maneira contramajoritária, ora adequando norma à realidade. É através da jurisdição constitucional que o Poder Judiciário busca garantir que a maioria se atenha ao direito prescrito e não viole os consensos mínimos estabelecidos pela Constituição. A Jurisdição Constitucional é, portanto, o equalizador do Estado Democrático de Direito.

Em linhas gerais, Jurisdição Constitucional consiste na aplicação da Constituição, diretamente aos casos nela contemplados e indiretamente na sua utilização como parâmetro de validade das normas infraconstitucionais onde se realiza um controle de toda produção legislativa do país para assegurar que nenhuma lei seja contrária a Constituição.

A competência para exercer a jurisdição constitucional é do Poder Judiciário com todos seus juízes e tribunais. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal figura como órgão máximo do sistema.

Justamente quando ela se apresenta através do controle de constitucionalidade é que surgem as maiores discussões sobre os conflitos existentes entre democracia e constitucionalismo.

A doutrina tem levantado sobre o tema a expressão “dificuldade contramajoritária”⁵⁶ para retratar a contradição existente entre o fato de órgãos formados por agentes públicos não eleitos tenham o condão de afastar ou adequar normas e políticas públicas formuladas por agentes públicos eleitos.

No Brasil, apesar de o sistema de controle judicial de constitucionalidade difuso ter surgido em 1891 e o concentrado em 1934 (v.supra), foi sobre a égide da Constituição de 1988 que a jurisdição constitucional brasileira sofreu expressiva expansão proporcionada pelo aumento de litigiosidade envolvendo direitos constitucionais. Até porque, foi a partir deste momento que a ordem jurídica interna se abre as influências pós-positivistas e passa a tutelar uma série de direitos em esfera constitucional antes não previstos.

O “sentimento constitucional”⁵⁷ vivido no país sob a égide da Constituição de 1988 provocou a excessiva judicialização da política. O Poder Judiciário se afirmou como um Poder Político e o STF passou a ter um papel em destaque no cenário político do país.

⁵⁶ A expressão é de Alexander Bickel. BICKEL *Apud* STAMATO, Bianca, *op. cit.*, prefácio xxii.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil” In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Marins Riccio de (org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.54.

A palavra judicialização tem sido usada pela doutrina para descrever o fato de que questões relevantes de cunho político, social, econômico e moral da sociedade estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário.

Em regra, as decisões de cunho político deveriam ser tomadas pelos Poderes cujo seus agentes foram eleitos pelos cidadãos quais sejam, Poder Executivo e Poder Legislativo, e não pelo Poder Judiciário.

Nos termos acima apresentados podemos dizer que a judicialização decorre de dois fatores:

I) Modelo institucional da Carta de 1988 que trouxe uma ampla constitucionalização com descrição pormenores dos direitos nela tutelados;

II) A existência de um sistema misto de controle judicial de constitucionalidade. Na via difusa temos que qualquer juiz ou Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma em um caso concreto; e na via concentrada temos a possibilidade da propositura de variadas ações para declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da lei, bem como omissão inconstitucional e violação de preceito fundamental pelo STF ampliada, inclusive, pela expansão do rol de legitimados⁵⁸ (art. 103 da CRFB/88)

Assim pensa também Luís Roberto Barroso que conclui da seguinte forma:

Neste contexto, a judicialização constitui fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e Tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão.⁵⁹

O fenômeno da judicialização é passível de ser aferido pelos temas levados a apreciação do Poder Judiciário abaixo:

i) Instituição de contribuições dos inativos da Reforma da Previdência – ADI 3105/DF; ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário – ADI 3367; iii) pesquisas com células tronco embrionárias – ADI 3510/DF; iv) liberdade de expressão e racismo – HC 82424/RS caso Ellwanger; v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos – ADPF 54/DF; vi) restrição ao uso de algemas – HC 91952/SP e súmula vinculante nº11; vii) demarcação da reserva indígena Raposa Terra do Sol – Pet 3388/PR; viii) legitimidade de

⁵⁸ Apesar da ampliação do rol de legitimados para a propositura das ações diretas ter proporcionado um acesso maior ao Supremo contribuindo para o fenômeno da *judicialização*, se contrastarmos esta inovação da Carta de 1988 com o princípio democrático a ampliação dos legitimados pode ser vista como um dos mecanismos de democratização da jurisdição constitucional como se verá a seguir neste trabalho.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto: **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 363.

ações afirmativas e quotas sociais e raciais – ADI 3330; ix) vedação ao nepotismo – ADC 12/DF e súmula nº13; x) não recepção da Lei de Imprensa – ADPF 130/DF; xi) extradição do militante Cesare Battisti – Extradição 1085/Itália e MS 27875/DF; xii) importação de pneus usados – ADPF 101/DF; xiii) proibição do uso de amianto – ADI 3937/SP; xiv) análise de caso de fidelidade partidária – MS 26603/DF; xv) análise de casos da Lei de Crimes Hediondos – Rcl 4335-5/Acre; xvi) Reconhecimento de união civil entre casais do mesmo sexo – julgamento conjunto da ADI 4277 e ADPF 132; xvii) análise da “Lei da Ficha Limpa” (LC 136/10) - ADC 30 e RE 633703/MG e outros.

Atualmente, todas as questões relevantes de cunho social, político econômico e moral parecem ter a última palavra do Poder Judiciário. Isto porque conforme já assinalado, o Poder Judiciário é quem decide estas questões de maneira final através de seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal.

O fenômeno da judicialização não é um fenômeno exclusivo do nosso país. Nas palavras de Alec Stone Sweet⁶⁰:

A visão prevalecente nas democracias parlamentares tradicionais de ser necessário evitar um governo de juízes, reservado ao Judiciário apenas uma atuação como legislador negativo, já não corresponde à prática política atual. Tal compreensão da separação de poderes encontra-se em crise profunda na Europa continental.

Nota-se que a crítica foi formulada para o cenário europeu, mas se encaixa perfeitamente no cenário político do país. Não se pode afirmar com veemência que vivemos em um governo de juízes, pois isso seria ignorar a presença dos demais poderes políticos, mas a crítica é válida porque ressalta a tendência de que a judicialização ganhe força até porque o desenho institucional brasileiro não aponta para outra direção, muito pelo contrário fortalece o fenômeno.

Outro fator importante que fortalece a judicialização é o vácuo deixado pelos demais poderes políticos, principalmente o Legislativo. Em estudo realizado pelo jornal “O GLOBO” ficou constado que se o Congresso resolvesse votar todos os projetos pendentes sem apresentar nenhum novo e mantendo o ritmo de trabalho, levaria um século trancado em sessões de votação.⁶¹

⁶⁰ SWEET, *Apud* BARROSO. Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.360.

⁶¹ Disponível em <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2011/05/14/legislativo-precisaria-de-um-seculo-para-votar-mais-de-30-mil-projetos-em-tramitacao-924465598.asp>>. Acesso em 20.mai.2011

Um exemplo extremamente recente desta “crise legislativa”, também abordado na matéria do jornal, é o caso da união homoafetiva, cuja proposta está para ser votada há mais de dezesseis anos. Neste vácuo o STF decidiu e interpretou a Constituição.

No Brasil, a judicialização caminhou para o que se denomina “Supremocracia”⁶². Além de trazer uma constitucionalização excessiva, a constituinte de 1988 também concentrou amplos poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, dando origem ao termo.

A “Supremocracia” seria um fenômeno espécie do gênero judicialização. O termo se refere à expansão de autoridade do Poder Judiciário, mas especificamente do Supremo Tribunal Federal.

Com a Carta de 1988, o STF passou a acumular as funções de Tribunal Constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado.⁶³ Este acúmulo de competências do Supremo muito contribuiu para o processo de judicialização e como dissemos, para a “Supremocracia”.

Como **Tribunal Constitucional**, o Supremo tem a tarefa de apreciar pela via de ações diretas a constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais além de apreciar via mandados de injunção as omissões inconstitucionais do legislador e do executivo. Podendo inclusive segundo a jurisprudência da Corte suprir a lacuna do legislador.⁶⁴

Como **foro especializado** o STF tem a competência de apreciar originalmente processos de extradição, homologação de sentenças estrangeiras, um enorme número de habeas corpus, mandados de segurança e outras ações cíveis em face do status do réu, transformando-o em um verdadeiro foro privilegiado e em juízo de primeira instância em alguns casos.

Como **tribunal de apelação de última instância judicial** o STF possui a competência de revisar as decisões de índole constitucional proferidas por tribunais inferiores. Só nesta competência, o Supremo, de 1988 até 2009, julgou mais de um milhão de recursos

⁶² Supremocracia é o termo utilizado por Oscar Vilhena Vieira. O autor diz que o termo possui dois sentidos. O primeiro refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário alcançada, segundo o autor, pelo surgimento das súmulas vinculantes em 2005; o segundo refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes, chegando a comparar inclusive o STF a um poder moderador tendo em vista a tarefa que possui de guardar tão extensa Constituição.

⁶³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de DireitoGV**, Rio de Janeiro, v. 8, 2009, p.447-449.

⁶⁴ Salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou-se caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 721**. Rel. Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, 30 de agosto de 2007. DJ: 30.11.2007).

extraordinários e agravos de instrumentos, o que significa 95,10% dos casos distribuídos e 94,13% dos casos julgados pelo Tribunal.^{65 66}

Nota-se que, no Brasil, houve um grande acúmulo de competências na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Com a guarda da Constituição em suas mãos e o status de órgão máximo do Poder Judiciário o STF passou a ser o grande ator no cenário político brasileiro. Em todo instante é instado a decidir, em caráter final, demandas sociais extremamente relevantes.

O STF, como guardião da Constituição, passou a ser o responsável por decidir eventuais demandas decorrentes da violação de direitos subjetivos contidos na Carta. Nesta tarefa ele acaba por interpretar e dar o sentido à norma constitucional e mais, fica responsável por efetivar os inúmeros direitos dispostos na Constituição.

Sob esta atribuição, o Supremo Tribunal Federal tem tomado as principais decisões do país, tornando-se o foro de discussões que deveriam ser feitas no âmbito do Poder Legislativo e Executivo, como no recente caso do reconhecimento de união estável entre casais do mesmo sexo.

Não só o desenho institucional estabelecido na Carta de 1988 foi responsável por estes fenômenos supramencionados, mas mudanças oriundas do Poder Constituinte Derivado também deram a sua contribuição.

Acompanhando a expansão da jurisdição constitucional, o constituinte derivado fortaleceu ainda mais o controle de constitucionalidade das leis e a atuação do STF. Um novo quadro normativo se instalou sobre a necessidade de ampliar os instrumentos da jurisdição constitucional (EC nº 03/93⁶⁷, EC nº 45/05⁶⁸ e leis nº 9.868/99⁶⁹, 9.882/99⁷⁰ e 12.063/09⁷¹) para dar conta da litigiosidade de massa que assolou o STF a partir de 1988.

Em números, o aumento de litigiosidade do Supremo foi abordado por Oscar Vilhena Vieira:

⁶⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena, *op. cit.*, p.450.

⁶⁶ Um dado interessante é que tabelas encontradas no sítio do Supremo demonstram que o Tribunal julga mais de cem mil casos por ano, em média, não significa, entretanto, que a Corte efetivamente aprecie tantos casos. A somatória das decisões tomadas pelas duas turmas mais as decisões proferidas em plenário, pouco ultrapassam a 10% do total de casos julgados pelo Supremo, sendo que os casos julgados pelo plenário do Tribunal, em 2006, consistem em apenas 0,5% do total de casos julgados, ou seja: 565 casos. A maioria dos casos, portanto, refere-se a decisões monocráticas (VEIRÍSSIMO *apud* VIEIRA, Oscar Vilhena, *op. cit.*, p.449).

⁶⁷ Introduziu a ação declaratória de constitucionalidade.

⁶⁸ Trouxe uma série de alterações, porém duas de importante valia para este trabalho: introduziu a Súmula Vinculante e a Repercussão Geral.

⁶⁹ Lei que disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

⁷⁰ Lei que disciplina o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal.

⁷¹ Lei que disciplina a ação direta de inconstitucionalidade por omissão perante o Supremo Tribunal Federal.

Em 1940, o Supremo recebeu 2.419 processos; este número chegará a 6.376 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda sua história. Em 2007, foram 119.324 processos recebidos. Este crescimento é resultado imediato da ampliação de temas entrincheirados na Constituição, mas também de um defeito congênito do sistema recursal brasileiro, que até a Emenda 45 encontrava-se destituído de mecanismo que conferisse discricionariedade ao Tribunal para escolher os casos que quisesse julgar, bem como de mecanismo eficiente pelo qual pudesse impor suas decisões às demais esferas do judiciário.⁷²

Atualizando a pesquisa, em 2008 foram 100.781 processos protocolados, em 2009 foram 84.369, em 2010 foram 71.670, em 2011 já foram 20.472 processos protocolados até o dia 30 de abril de 2011. O número tem diminuído porque conforme ressalta o autor acima, a EC nº 45/04 trouxe mecanismo ao STF que lhe conferiram discricionariedade para escolher os casos que quisesse julgar – Repercussão Geral – e mecanismo que lhe fizesse impor suas decisões às demais esferas do judiciário – Súmula Vinculante. Ambos serão analisados oportunamente neste trabalho.⁷³

Esta crescente busca pela satisfação de direitos não é maléfica. Quanto maior for o número de pessoas com seus direitos assegurados maior será a efetividade da Constituição e a nossa Carta, que é extremamente garantista, ainda tem um longo caminho pela frente na efetivação dos direitos que contempla. O importante é que esta procura pela jurisdição constitucional demonstra uma maior identidade da Constituição com os titulares de sua criação, o povo.

Fato é que a jurisdição constitucional brasileira diante da força normativa das normas constitucionais, da abertura das Constituições aos princípios e a excessiva constitucionalização de direitos sofreu uma significativa expansão.

Diante deste cenário, é importante destacar que o Poder Judiciário, em nome do princípio da separação dos poderes, tem o papel de controlar os demais poderes Executivo e Legislativo – assim como de ser controlado por eles - e tem na jurisdição constitucional a ferramenta essencial que lhe possibilita exercer este controle: o controle judicial de constitucionalidade de leis e atos normativos emanados do Executivo e do Legislativo.

⁷² VIEIRA, Oscar Vilhena, *op. cit.*, p.447.

⁷³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso em 18.mai.2011.

Ao exercer o controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário atua de maneira contramajoritária, pois torna inválido ato normativo editado pelos Poderes formados por agentes públicos eleitos que indiretamente representam a vontade da maioria. Esta postura é necessária para preservar os direitos fundamentais presentes na Constituição. Este papel contramajoritário é positivo para a preservação do Estado Democrático de Direito. Não é porque o controle de constitucionalidade das leis exerce um papel contramajoritário que ele seja antidemocrático. A sua contribuição para a manutenção do Estado Democrático de Direito é patente.

Todavia, a nova ordem constitucional fez com que o Judiciário passasse a atuar, não só como um legislador negativo, mas também como legislador positivo realçando a “dificuldade contramajoritária” da jurisdição constitucional. Ademais, a praxe no controle de constitucionalidade demonstra que é o STF, um órgão formado por onze Ministros não eleitos que, que dá a última palavra sobre o sentido e aplicação das normas constitucionais.

A partir destes fatos a expansão da jurisdição constitucional se tornou objeto de críticas no que diz respeito à legitimidade democrática das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

Considerando as observações a respeito da “dificuldade contramajoritária” da jurisdição constitucional, a doutrina constitucional chega a temer que o Judiciário se transforme em uma “instância hegemônica”⁷⁴ de poder.

As decisões judiciais não estão sujeitas a qualquer controle democrático posterior e normalmente, os debates que são travados no exercício do controle judicial de constitucionalidade são limitados aos operadores do direito e a quem de fato tem acesso à discussão. Um exemplo simples desta limitação ocorre quando o Supremo se vale do instituto da mutação constitucional para dar interpretação a uma norma constitucional. Quem não lida com o direito ou não teve acesso à discussão não saberá, mesmo lendo a letra da lei, o conteúdo daquela norma. O Direito possui procedimentos e linguajares próprios não acessíveis a todas as pessoas. Assim é também na Engenharia, na Medicina e em outras carreiras. A problemática se dá no fato de que as decisões no âmbito jurídico, principalmente aquelas proferidas pela jurisdição constitucional abstrata têm impacto em toda a sociedade.

Estamos diante de um cenário, institucionalmente criado, onde um Poder formado por agentes públicos não eleitos é responsável por tomar os rumos da sociedade, por decidir de

⁷⁴ A expressão é do Ministro Celso de Mello (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 23.452**. Rel. Min. Celso de Mello. Rio de Janeiro, 16 de setembro de 1999. DJ 12.05.00).

maneira final e sem controle democrático posterior todas as questões relevantes de índole social, econômica, política e moral.

A problemática só aumenta se analisarmos a forma de escolha dos Ministros do STF. No Brasil, a escolha dos Ministros é feita pelo Presidente da República e deve passar pela sabatina do Senado (art. 101 p. único da CRFB/88⁷⁵). Após estes dois atos o Ministro é de fato nomeado à função e tem direito à vitaliciedade do cargo.

Trata-se de uma escolha política que, na realidade brasileira, é mesmo realizada apenas pelo Presidente, pois nunca o Senado se posicionou contra a escolha de um Ministro.

Na maioria dos tribunais europeus, a escolha é política heterogênea.

Na Alemanha, a escolha de metade dos membros (oito) é feita pelo *Bundestag* e a outra metade é feita pelo *Bundesrat*, o Ministro tem mandato de doze anos não renovável e para ser Ministro precisa ser magistrado federal supremo e preencher as condições para ser juiz alemão;

Na Itália, a escolha é dividida entre o Presidente da República (5 membros), o Parlamento (5 membros) e Magistraturas Supremas (5 membros), os Ministros tem mandato de nove anos não renováveis e para exercer o cargo há o requisito de ser magistrado, professor de direito ou advogado;

Na França a escolha também é dividida entre o Presidente da República (três membros), Presidente da Assembléia Nacional (três membros) e Presidente do Senado (três membros) e os Ministros tem mandato de nove anos não renováveis;

Na Espanha a nomeação é feita pelo Rei por proposição do Congresso (quatro membros), do Senado (quatro membros), do governo (dois membros) e do Conselho Geral Judiciário (dois membros), os Ministros possuem mandato de nove anos sem possibilidade de renovação, para ser Ministro é preciso ser jurista – magistrado, professor ou advogado.⁷⁶

Demonstra-se através da comparação com os Tribunais Europeus que o Tribunal Constitucional brasileiro é um órgão que não possui oxigenação de seus membros. Em todos estes Tribunais expostos acima, além da escolha ser feita por diferentes autoridades públicas, o mandato possibilita a oxigenação do argumento democrático indireto da nomeação de um membro do Poder Judiciário por um membro do Executivo. O mandato do Ministro do

⁷⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.out.1988: Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

⁷⁶ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2004, p.30 e 31.

Supremo é sem dúvida um instrumento de democratização da jurisdição constitucional, sua ausência no âmbito jurídico brasileiro é lamentável.

Portanto, admite-se que o Poder Judiciário tenha que exercer competência contramajoritária, pois este é de fato um importante exercício para manutenção do Estado Democrático de Direito. Todavia, no atual cenário político brasileiro caracterizado por todos os dados trazidos acima podemos dizer que o controle de constitucionalidade concentrado abstrato apresenta um visível déficit democrático.

Neste contexto, a jurisdição constitucional tem manifestado características que caminham em sentido contrário ao equilíbrio do Estado Democrático de Direito. Em diversas manifestações, a jurisdição constitucional brasileira agiganta a competência da Corte, concentrando, de toda sorte, a interpretação e concretização da Constituição nos onze Ministros do STF e inibe a entrada do cidadão comum em sua esfera de atuação isolando-se cada vez mais da sociedade.

3. MANIFESTAÇÕES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

3.1 O Controle Concentrado

Em síntese do que já foi exposto, o controle de constitucionalidade concentrado brasileiro pode ser exercido no plano federal tendo como parâmetro a Constituição Federal e neste caso somente o Supremo Tribunal Federal tem a competência para exercê-lo nos termos do artigo 102, I, *a*, através da ação direta de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual e da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Ainda temos a ação direta de inconstitucionalidade por omissão prevista no art. 103 §2º e a ação de descumprimento de preceito fundamental prevista no art. 102, §1º.⁷⁷

O controle concentrado de constitucionalidade é o principal instrumento da jurisdição constitucional brasileira, é nele que o Supremo promove a guarda da Constituição. Embora tenha esta fundamental importância, a jurisdição concentrada é extremamente fechada, pois se limita, em regra, à interpretação apenas dos onze Ministros que compõe a Corte.

Ademais, o fechamento que se descreve aqui diz respeito também à legitimação para a propositura das ações. Apesar da boa inovação trazida pela Carta de 88 em ampliar o rol de legitimados para a propositura da ação, o cidadão comum continua alijado da possibilidade de ajuizá-las.

Em outra dimensão, o fechamento também pode ser visto pelo fato de que a ação é objetiva, sem partes. A lei é levada para apreciação em tese pelo Supremo, não há caso concreto a ser apreciado.

Entretanto, nos termos do art. 102 §2º da CRFB/88⁷⁸ as decisões proferidas em sede de controle concentrado possuem efeitos vinculantes e *erga omnes*, ou seja, além de vincular as demais esferas de Poder, com exceção do Poder Legislativo, as decisões proferidas pela Corte geram efeitos a todos os cidadãos. Os principais interessados nas decisões, ou seja, aqueles que sofrem seus efeitos não tem possibilidade, em regra, de participar do processo que envolve necessariamente a tarefa interpretativa da Constituição.

⁷⁷ Neste tópico se achou melhor não mencionar o concentrado exercido no plano estadual, pois este não é o enfoque do trabalho, mas sim a atuação do STF e suas consequências para a jurisdição constitucional.

⁷⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.out.1988:Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: §2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Reforçando os efeitos das decisões, nos termos do art. 102, I, ⁷⁹ caberá Reclamação Constitucional para garantir a autoridade das decisões do Supremo. Em outras palavras, se os efeitos de suas decisões forem desrespeitados, a Reclamação tem o condão de alertar o Supremo para que ele assegure sua decisão e assim garanta sua autoridade sobre os destinatários de suas decisões.

O controle concentrado apresenta ainda, uma tendência na adoção da transcendência dos motivos determinantes nas decisões proferidas pelo STF. Esta é mais uma manifestação de expansão da autoridade da Corte em detrimento dos demais poderes políticos.⁸⁰

Com base na transcendência dos motivos determinantes, o Supremo diz que, nos termos do art. 102 §2º da CRFB/88, os efeitos vinculantes de suas decisões no controle concentrado não se estendem apenas à parte dispositiva da sentença. Os fundamentos, a *ratio decidendi*, que levaram o julgador a chegar àquela decisão também vinculam o Poder Judiciário e a Administração Pública.

Vale ressaltar a jurisprudência da Corte que em sede de Reclamação Constitucional - Rcl 2986 MC/SE - onde se questionava a violação dos motivos determinantes de decisão de improcedência proferida na ADI 2.868/PI que fora ajuizada em face da lei 5.250/02 do Estado do Piauí, lei esta que trazia a possibilidade de fixação, por este Estado, de valores inferiores ao disposto no art. 87 do ADCT para obrigações de pequeno valor no sistema de precatórios.

Neste julgado a Corte asseverou a possibilidade de transcendência dos motivos determinantes para legitimar a propositura da Reclamação Constitucional em questão com fundamento no descumprimento da *ratio decidendi* da ADI 2.868/PI.⁸¹

⁷⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.out.1988: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

⁸⁰ A transcendência dos motivos determinantes poderia ter sido citada ao se falar de “Supremocracia”, mas dada a aproximação com o tema sob análise se achou por melhor inseri-la nesta discussão.

⁸¹ O litígio jurídico-constitucional suscitado em sede de controle abstrato (ADI 2.868/PI), examinado na perspectiva do pleito ora formulado pelo Estado de Sergipe, parece introduzir a possibilidade de discussão, no âmbito deste processo reclamatório, do denominado efeito transcendente dos motivos determinantes da decisão declaratória de constitucionalidade proferida no julgamento plenário da já referida ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA. Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da “transcendência dos motivos que embasaram a decisão” proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria “*ratio decidendi*”, projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, “*in abstracto*”, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.” (...) “Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade (...) Na realidade, essa preocupação, realçada pelo magistério

Apenas com intuito de harmonizar o trabalho ressalta-se a justificativa do Min. Rel. Celso de Mello para a transcendência dos motivos determinantes. O Ministro a justificou na necessidade de se preservar, integralmente, a força normativa da Constituição.

Ademais, o julgador ressalta extremo agigantamento da Corte frente os demais poderes políticos quando afirma:

Cabe destacar (...) que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de ‘guarda da Constituição’ (...) confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental.

Diante o exposto, constata-se que atualmente, o controle de constitucionalidade concentrado consiste em um foro de interpretação constitucional com características de fechamento, ou seja, um foro de interpretação que diz respeito apenas aos onze Ministros que compõe a Corte. Estes decidem, em caráter final, questões de extrema relevância social que surtirão efeitos em todos os indivíduos. Os principais interessados das decisões proferidas pela Corte não tem, em regra, a possibilidade de participar do processo, pois não são, sequer, legitimados para propor as ações nesta sede. Isto tudo contribui para o fechamento da jurisdição constitucional.

Ademais, com a transcendência dos motivos determinantes, e não só as decisões da Corte, mas também os fundamentos destas decisões têm força vinculante suficiente para invalidar leis ou atos normativos editados pelo Legislativo e Executivo, o que ressalta o agigantamento de suas funções frente aos demais poderes políticos.

doutrinário, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, hão de ser valorizadas, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico (...) “Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema: “(...) A interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. (...) A não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição. (...)” (RE 203.498-AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES) Impende examinar, no entanto, antes de quaisquer outras considerações, se se revela cabível, ou não, na espécie, o emprego da reclamação (...) O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar esse aspecto da questão, tem enfatizado, em sucessivas decisões, que a reclamação reveste-se de idoneidade jurídico-processual, se utilizada com o objetivo de fazer prevalecer a autoridade decisória dos julgamentos emanados desta Corte, notadamente quando impregnados de eficácia vinculante: “O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE, DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE, AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rel 2986 MC**. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 11 de março de 2005. DJ 11.05.05).

3.2 As súmulas vinculantes

Introduzida na jurisdição constitucional brasileira pela EC. 45/2004, a súmula vinculante visa conferir ao Supremo o poder de editar súmulas de observância obrigatória pela Administração Pública e demais órgãos do Poder Judiciário. Estas súmulas são editadas com o objetivo de retratar a jurisprudência da Corte em matéria constitucional.

Sobre o tema Gilmar Ferreira Mendes leciona que:

(...) a súmula vinculante, como o próprio nome indica, terá o condão de vincular diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade de que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo, não mediante simples interposição de recurso, mas por meio de apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial (CF, art. 103-A §3º).⁸²

Portanto, para impedir o descumprimento das súmulas vinculantes o § 3º do art. 103-A⁸³ da Constituição prevê a Reclamação Constitucional contra a decisão ou ato administrativo que deixar de aplicar a súmula vinculante pertinente ou aplicá-la de forma indevida.

A súmula vinculante se encontra positivada no art. 103-A⁸⁴ da CRFB/88 e é regulamentada pela lei nº 11.417/06. Os requisitos para sua edição se encontram na Constituição Federal e na respectiva lei, são eles:

- a) a matéria constitucional deve estar sedimentada, ou seja, a matéria da súmula não pode versar sobre assunto novo, pois a questão prescinde de debate qualificado⁸⁵;
- b) Controvérsias judiciais ou administrativas, pois o objetivo da súmula é de uniformizar a jurisprudência defendendo a segurança jurídica e a economia processual. Sem controvérsia não há propósito para criação da súmula;

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1009.

⁸³ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.out.1988: Art. 103-A § 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

⁸⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.out.1988: Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁸⁵ Min. Sepúlveda Pertence: “Pelo menos três decisões com relatório lido” (Brasil. Supremo Tribunal Federal. **CC 7204**, Rel. Min. Carlos Britto. Minas Gerais, DJ 09.12.05).

c) voto de 2/3 dos Ministros, o que corresponde a oito Ministros. Importante frisar que os requisitos são cumulativos.

Nos termos do art. 103-A, *caput*, e §2º⁸⁶ da CRFB/88, assim como a edição, o cancelamento ou a revisão da súmula só poderá ser feita mediante decisão de 2/3 dos membros do Supremo, de ofício ou por provocação de pessoas ou entes autorizados em lei, dentre eles os legitimados para a propositura de ADI.

Apresentados os aspectos processuais, temos que mais uma vez, os cidadãos estão afastados da possibilidade de propor a edição, alteração e cancelamento de súmulas vinculantes o que demonstra mais uma porta fechada à participação da sociedade na jurisdição constitucional.

Ademais, o instituto da súmula vinculante é um dos principais responsáveis pela “Supremocracia” tendo em vista que um dos sentidos do termo é justamente a supremacia do Supremo Tribunal Federal sobre as demais instâncias do Poder Judiciário.

Através de uma jurisdição constitucional não baseada em precedentes, a súmula vinculante assegurou à Corte que as demais instâncias deveriam obedecer ao que estivesse sumulado, ou seja, a obedecer a posição da Corte.

A súmula vinculante pode sim ser considerada mais um instrumento de expansão de autoridade e concentração da competência para interpretar a Constituição na medida em que impede que as instâncias inferiores adotem posicionamentos particulares e determina o cumprimento ao que nelas está disposto, ou seja, as decisões devem estar de acordo com os termos sumulados, sob pena de serem reformadas. Em tons exagerados podemos imaginar um engessamento das instâncias inferiores pela edição de súmulas vinculantes caso a produção de súmulas se torne uma prática constante da Corte.

Cada vez mais os precedentes judiciais ganham força no ordenamento jurídico. Até o momento, o STF editou trinta e duas súmulas vinculantes⁸⁷. Algumas delas foram editadas sobre críticas. Como exemplo emblemático, temos a edição da súmula vinculante nº 11⁸⁸

⁸⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.out.1988: § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

⁸⁷ Dado atualizado até o dia 22 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032>. Acesso em: 20.mai.2011.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil, e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

editada com base no julgamento do *Habeas Corpus* 91952⁸⁹, onde a Corte anulou a condenação do réu decretada pelo Tribunal do Júri que o julgava por homicídio triplamente qualificado. O Supremo fundamentou a anulação na violação do princípio da dignidade da pessoa humana pela manutenção do réu algemado durante o julgamento sem que houvesse necessidade para tal. Ademais, alegou também que esta iniciativa teria influenciado na sua condenação.

O caso é polêmico porque o Supremo não seguiu os requisitos constitucionais para a edição da Súmula Vinculante em comento. Conforme já assinalado, a edição de súmula vinculante depende de reiteradas decisões uniformes sobre a matéria o que não ocorreu neste caso, pois o Supremo criou a súmula vinculante nº 11 baseado apenas na decisão do HC 91952.

Ademais, também não se respeitou a necessidade de controvérsia judicial ou administrativa. Como a inexistência de controvérsia retira o propósito da criação da súmula, a edição da súmula vinculante nº 11 foi bastante criticada.

Nota-se que a cristalização dos precedentes judiciais é procedimento bastante similar à produção normativa. A nova hermenêutica constitucional pós-II GM gerou uma consideração maior aos precedentes que também são co-participativos na formação do direito. Embora prático ao direito, as súmulas vinculantes estimulam discussões acerca dos limites do Poder Judiciário que envolve a separação de poderes e o princípio democrático. A discussão ganha ainda mais sentido quando o Supremo passa a não respeitar mais os requisitos constitucionais para sua edição.

3.3 A Repercussão Geral em Recurso Extraordinário

A EC. 45/2004 também inseriu no texto constitucional o §3º do art. 102⁹⁰ trazendo o instituto da repercussão geral. Como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a repercussão geral foi regulamentado pela lei nº 11.418/06 que alterou a redação do art. 543-A,

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91952**. Rel. Min. Marco Aurélio. São Paulo, 07 de agosto de 2008. DJ 19.12.08.

⁹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.out.1988. Art. 102 § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.(Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

caput, e §2º⁹¹ do CPC, reafirmando o disposto a Constituição.

Todavia, segundo o próprio STF a repercussão geral apenas se tornou efetivamente exigível a partir da publicação da Emenda Regimental nº.31/30 de março de 2007.

O quórum exigido para que o Supremo deixe de conhecer eventual recurso extraordinário pela inexistência de repercussão geral é de 2/3 de seus membros. Somente o STF tem a competência para avaliar a existência ou não de repercussão geral. No entanto, o Tribunal admite que a existência de demonstração formal e fundamentada da repercussão geral pode ser feita tanto na origem como o STF.⁹²

A repercussão geral, dentro do cenário atual da jurisdição constitucional, faz com que o STF não só decida as questões de maior relevância social, mas como também tenha o poder de escolha sobre quais casos deseja julgar.

Estas escolhas deveriam ser pautadas em critérios minimamente objetivos, mas não o são, os requisitos que a lei determina para aferição de repercussão geral são todos subjetivos, fazendo do próprio conceito de repercussão geral um conceito indeterminado. (com exceção à hipótese de decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal – art. 543-A §3º do CPC).

O §1º do art. 543-A do CPC dispõe que “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.” Permitir que a repercussão geral seja aferida apenas por estes elementos subjetivos é certamente aceitar que ela, na verdade, pode ser aquilo que o intérprete desejar.

Nestes termos, por permitir uma escolha tão aberta, a repercussão geral pode vir a ser um instrumento político de manipulação das decisões.

Somado a este fato, é importante frisar que a Corte não está obrigada a demonstrar detalhadamente a decisão sobre a existência ou não da repercussão geral. A própria lei determina que apenas súmula da decisão sobre repercussão geral constará de ata, substituindo o acórdão, vide art. 543-A §7º do CPC.⁹³

⁹¹ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro 1973. Institui o Código de Processo Civil. Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

⁹² Brasil. Supremo Tribunal Federal. **AI 664.567**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Rio Grande do Sul, DJ 02.02.10.

⁹³ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro 1973. Institui o Código de Processo Civil. Art. 543-A, §7º. A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006)

O art. 543-A §5º⁹⁴ ainda estabelece que a existência da repercussão geral valerá para todos os recursos que versem sobre a mesma matéria ressalvados entretanto a possibilidade de revisão de orientação da Corte. Esta possibilidade somente reforça o caráter subjetivo da repercussão geral e demonstra a possibilidade de ser utilizada como um instrumento político de escolhas sobre o que se deseja julgar.

A constitucionalização abrangente e analítica gerou uma litigiosidade de massa com a qual o Supremo não conseguiu lidar. Diante disso o Supremo resolveu limitar a entrada dos indivíduos à Corte e daí surgem os institutos da súmula vinculante (v. supra) e da repercussão geral.

Este instrumento possibilita que Corte possa filtrar as ações a ela direcionadas e isso, se pararmos para olhar a inflação de ações no Supremo, pode parecer em um primeiro momento benéfico ao sistema judicial, entretanto, a repercussão geral também é responsável por aumentar o déficit democrático da jurisdição constitucional.

Isto porque, o recurso extraordinário é, sem dúvidas, a principal porta de entrada do cidadão comum na Corte, já que a propositura de ações na jurisdição abstrata e a propositura de Súmula Vinculante são restritas aos legitimados constitucionais (art. 103 CRFB/88). Portanto, a repercussão geral nos termos que se insere na jurisdição constitucional funciona como um extremo limitador do acesso do cidadão à Corte.

Conforme enunciado, a Repercussão Geral apenas se tornou efetivamente exigível a partir da publicação da Emenda Regimental n.31/ 30 de março de 2007. Coincidentemente, a partir de 2007, a distribuição dos recursos extraordinários no âmbito do STF sofreu uma queda vertiginosa. No segundo semestre de 2007 foram distribuídos 17.236 recursos extraordinários. No primeiro semestre de 2008 o número já cai para 10.753. No segundo semestre de 2008 o número chega a 3.650 recursos distribuídos. A queda continua e no segundo semestre de 2010 chegamos ao número de 1.156 recursos extraordinários distribuídos. Em 2011, até o dia 11 de março, foram distribuídos apenas 230 recursos extraordinários no Supremo.⁹⁵

Pelo visto as medidas que visam alijar o cidadão comum de ingressar na Corte não irão parar por aqui. Outra medida que se encontra em pauta é a proposta de emenda

⁹⁴ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro 1973. Institui o Código de Processo Civil: §5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006)

⁹⁵ Disponibilizado em
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=distribuicaoREeAI>>. Acesso em 22.mai.2011.

constitucional do Ministro Cezar Peluso que prevê que os processos sejam finalizados e executados após a decisão judicial em segunda instância, com o objetivo de diminuir o número de ações que tramitam no Supremo. A PEC promove a alteração dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal para transformar os recursos extraordinários e especiais em ações rescisórias. Desta forma as decisões definitivas se dariam em segunda instância, ou seja, haveria trânsito em julgado já em segunda instância.⁹⁶

A cada nova medida o Supremo atesta a incompetência da justiça para lidar com a demanda existente justificando nela a morosidade e a falta de estrutura das instâncias inferiores.

Os dados apresentados demonstram que está cada vez mais difícil o ingresso do cidadão à Corte e este quadro se a PEC for aprovada tende a se agravar. A expansão da autoridade da Corte em detrimento dos demais poderes políticos e da participação do cidadão em suas decisões coloca em evidência o déficit democrático da jurisdição constitucional brasileira.

⁹⁶ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2011/05/18/pedro-simon-defende-aprovacao-da-pec-dos-recursos-924491034.asp>> e <<http://diretorio.fgv.br/node/1474>> Acesso em 23.mai.11.

4. A DEFESA PELA DEMOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O direito constitucional sofreu uma revolução. As mudanças de paradigmas promovidas pelo pós-positivismo trouxeram seus reflexos para o direito constitucional brasileiro.

O ideal constitucionalista ganhou o cenário político nacional com a Carta de 1988. Os direitos fundamentais em alta fizeram do reconhecimento da força normativa da Constituição um fator impulsionador da afirmação do Poder Judiciário como agente político. Assim sendo, o STF passou a ter presença constante na agenda política do país.

A dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade das leis demonstrou um patente déficit democrático na jurisdição constitucional. Déficit este demonstrado pela nova hermenêutica constitucional e pela concentração e expansão dos poderes da Corte sempre em detrimento da participação do cidadão comum na Corte e conseqüentemente na tarefa interpretativa da Constituição, pois o exercício da jurisdição constitucional é senão um exercício constante de interpretação das normas constitucionais.

Neste contexto, muitos autores criticam um possível ativismo do Supremo e cobram uma postura deferente da Corte, mas acontece que questionar desta forma o atual papel do Supremo Tribunal Federal no cenário político brasileiro é ir contra as próprias instituições, é ir contra a própria Constituição de 1988. No cenário político brasileiro a situação é bastante polêmica porque o Poder Legislativo é, de fato, um Poder que se mostra incapaz de cumprir com suas atribuições políticas. As leis não são votadas a tempo, como deveriam ser, e isso abre espaço para uma maior atuação do Poder Judiciário que, uma vez demandado, não pode se negar a conceder um direito constitucionalmente assegurado, é de certo um direito fundamental de todos os jurisdicionados ter amplo acesso ao Poder Judiciário – art. 5º XXXV.

É bem verdade que antes de criticar a atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo é preciso tentar encontrar caminhos que possam harmonizar esta realidade com o Estado Democrático de Direito diminuindo o déficit democrático da jurisdição constitucional brasileira.

Admite-se, portanto, que a atuação do Supremo nos termos atuais é sim necessária ao cumprimento do que preconiza a Constituição Federal. Admite-se também a importância da atuação contramajoritária no controle de constitucionalidade das leis para o equilíbrio do Estado Democrático de Direito. Todavia constata-se que estas duas formas de atuação do Poder Judiciário trazem um déficit democrático para a jurisdição constitucional, visto que este poder não possui membros eleitos pelo povo. As imposições pós-positivistas não deram outra

saída à jurisdição constitucional, mas apenas fortaleceram este déficit e isto não quer dizer que a jurisdição constitucional atual tenha se tornado pior daquela que havia anteriormente que compartilhava os dogmas clássicos do direito constitucional.

Este déficit supramencionado só aumenta com o afastamento do cidadão comum às diversas manifestações da jurisdição constitucional (controle concentrado, súmula vinculante e repercussão geral em recursos extraordinários).

Portanto, no equilíbrio do Estado Democrático de Direito a democracia se encontra em patente desvantagem. O deslocamento da tomada de decisões políticas para a esfera do Poder Judiciário nos demanda enxergar o princípio democrático como um princípio que exige não só a participação dos cidadãos no processo representativo, mas também a participação no processo de tomada de decisão a respeito das normas constitucionais. Isto está por fortalecer a idéia de autogoverno imposta pelo constitucionalismo sem deixar de lado o ideal democrático do Estado Democrático de Direito. O cidadão deve se sentir o destinatário e o autor da norma. Na medida em que o judiciário, a partir da nova hermenêutica constitucional, atua também como um legislador positivo, é de todo razoável que a decisão seja tomada em meio ao debate público.

O caráter concentrado e fechado da jurisdição constitucional brasileira é incompatível com o equilíbrio almejado no Estado Democrático de Direito, entre democracia e constitucionalismo.

Neste contexto, se torna pertinente e apropriado defender a abertura da jurisdição constitucional para um maior número de intérpretes. É na defesa da democratização da jurisdição constitucional que este trabalho se assenta trazendo não só o argumento filosófico para tal, mas também importantes contribuições que tem surgido na legislação, principalmente nas leis nº 9.868/99, 9.882/99 e 12.063/09 para reforçar os institutos de democratização no controle concentrado de constitucionalidade com o fim de encontrar um caminho que harmonize esta jurisdição com o Estado de Direito Democrático em que vivemos.

4.1 “A sociedade aberta de intérpretes da Constituição”⁹⁷ e a “nova jurisdição constitucional”⁹⁸

Há na jurisdição constitucional brasileira um campo propício à defesa de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” proposta por Peter Haberle, segundo a qual seria necessário ampliar o número de intérpretes da Constituição para além dos Tribunais Constitucionais no exercício do controle de constitucionalidade incluindo nesta tarefa todos os cidadãos e grupos sociais que vivenciam a realidade daquela Constituição.

Peter Haberle defende que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”⁹⁹, para ele, “cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública representam forças produtivas de interpretação; (...) eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos como pré-intérpretes”¹⁰⁰. Todavia, ressalta com importância que, “subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação.”¹⁰¹

Destaca o referido autor que:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição¹⁰².

Trazer a teoria de Peter Haberle para o cenário brasileiro, seria defender que a sociedade, como um todo, deveria ter espaço garantido no processo de interpretação da Constituição. Embora o Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo do Poder Judiciário, tenha a palavra final sobre o significado da norma não se pode ignorar a participação social no exercício da jurisdição constitucional. O debate deve necessariamente ser aberto à opinião pública. Esta abertura visa racionalizar o debate acerca das normas constitucionais conferindo

⁹⁷ HABERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista “procedimental” da Constituição**. Trad: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

⁹⁸ Termo utilizado por Gustavo Binenbojm para descrever o novo cenário legislativo em tema de controle de constitucionalidade concentrado com a promulgação das leis 9.868/99, 9.882/99, 12.063/09.

⁹⁹ HABERLE, Peter. *Op. cit.*, p.13.

¹⁰⁰ HABERLE, Peter. *Op. cit.*, p.14.

¹⁰¹ HABERLE, Peter. *Op. cit.*, p.14.

¹⁰² HABERLE, Peter. *Op. cit.*, p.15.

às decisões que emanam do exercício da jurisdição constitucional maior legitimidade democrática.

Neste sentido afirma com autoridade Gustavo Binimbojm que “a democratização do acesso e da participação social nos processos de interpretação e aplicação da Constituição é condição imperiosa de legitimidade das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional”.¹⁰³

O surgimento da súmula vinculante, da repercussão geral e ainda os efeitos vinculantes e *erga omnes* das decisões do controle concentrado torna ainda mais relevante defender a participação do cidadão comum na Corte. Estes são, na verdade, os principais interessados, pois sofrem os efeitos das decisões tomadas pelo Poder Judiciário. Neste contexto, a teoria de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição faz ainda mais sentido.

A necessidade de participação social, à luz do que defende Konrad Hesse¹⁰⁴, é dentro da jurisdição constitucional exatamente o que se busca para democratizá-la. Através da defesa por uma “cidadania procedimentalmente ativa” Peter Haberle propõe que o procedimento da jurisdição constitucional seja aberto a participação de cidadãos e grupos sociais.

Afinal de contas, toda lei é criada com o objetivo de produzir efeitos concretos sobre a realidade e somente na sua aplicação no caso concreto é que a norma revela todo seu conteúdo significativo.¹⁰⁵ Assim, a interpretação de normas constitucionais, especialmente no controle judicial de compatibilidade de uma lei com a Constituição deve se pautar, não exclusivamente em questões jurídicas, mas em problemas sociais concretos que ensejam a aplicação daquela norma. Não há como negar a comunicação entre norma e realidade.

Em síntese do que foi exposto até aqui, Peter Haberle leciona que:

A interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada,

¹⁰³ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.154.

¹⁰⁴ Konrad Hesse defende a existência de uma relação simbiótica entre a Constituição e a realidade do país. Muitas vezes a interpretação cederá espaço para a realidade e em outras situações é a norma que deverá modificar a vida social do país.

¹⁰⁵ LARENZ *Apud* BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p.177.

há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action*.¹⁰⁶

Uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição é, de fato, uma forma de racionalizar a jurisdição constitucional pluralizando o debate acerca da interpretação da norma. Além de conferir maior legitimidade às decisões proferidas pela Corte esta abertura também possibilita que elas sejam mais eficientes, já que levam em consideração os anseios sociais.

A abertura dos intérpretes possibilita que a sociedade, principal interessada nas decisões proferidas pelo STF, possa trazer para as discussões travadas na jurisdição constitucional, opiniões e situações concretas que advém da realidade vivida no país.

Sob a ótica do princípio democrático, Peter defende sua teoria da seguinte forma:

No Estado constitucional democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática (da Teoria de Democracia). A Ciência do Direito Constitucional, as Ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente competente, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da paxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais, tema muitas vezes referido sob a epígrafe do aspecto democrático dos Direitos Fundamentais (...) Povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania (...) Dessa forma, os direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes. Na democracia liberal o cidadão é intérprete da Constituição!¹⁰⁷

Ressalta-se oportunamente que ainda que a Corte se mostre aberta ao debate, ela ainda detém o Poder jurisdicional para si. O exercício da jurisdição constitucional é exclusivo do Poder Judiciário e nenhum outro órgão ou entidade terá competência para substituir ou

¹⁰⁶ HABERLE, Peter, *op. cit.*, 30 e 31.

¹⁰⁷ HABERLE, Peter, *op. cit.*, p.36-37.

sobrepôr suas decisões. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição não divide o exercício da jurisdição constitucional, mas a racionaliza através da democratização dos seus procedimentos.

A influência que a intervenção de um novo intérprete terá na decisão de cada magistrado dependerá da sua convicção, que pode levar muito ou pouco em consideração as questões levantadas pelos cidadãos, órgãos ou entidades sociais no processo decisório. A função destes novos intérpretes é auxiliar a decisão da Corte com o intuito de torná-la mais eficiente.

Seguindo esta tendência democratizante e incorporando a teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, não só a própria Constituição de 1988, mas também as leis nº 11.417/06 (disciplina a edição, alteração ou cancelamento de súmula vinculante), 11.418/06 (regulamenta a repercussão geral), 9.868/99 (disciplina a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade), 9.882/99 (disciplina a ação de descumprimento de preceito fundamental) e mais recentemente a lei 12.063/09 (disciplinando o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão) criaram um quadro normativo solidário à democratização da jurisdição constitucional.

A Constituição de 1988 deu duas importantes contribuições à democratização da jurisdição constitucional. A primeira delas foi a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Até então, a ação era monopolizada pelo Procurador Geral da República e isto restringia a participação da sociedade civil e de outras autoridades públicas à jurisdição constitucional. Gustavo Binimbojm descreve esta situação como “um caso exemplar e emblemático de sociedade fechada de intérpretes da Constituição, no qual o cidadão é reduzido à condição de mero espectador passivo das interpretações ditadas pelos tradutores oficiais da vontade constitucional.”¹⁰⁸

A segunda contribuição foi deslocar a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para dispor sobre o procedimento aplicável aos processos de sua competência originária e recursal (EC. nº 01/69 art. 119 §3º, *c*¹⁰⁹) para a competência do legislador ordinário, nos termos do art. 22, I da CRFB/88¹¹⁰. Assim sendo, o regimento interno foi

¹⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p.128.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EC. 01/69: Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

§ 3º O regimento interno estabelecerá:

c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal;

¹¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.out.1988: Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

recepcionado pela nova Constituição naquilo que não lhe era contrário sob a forma de lei ordinária.

Todavia, o Regimento Interno recepcionado como lei ordinária não se encontrava em condições de acompanhar o ritmo ditado pela “nova jurisdição constitucional” e a extensão que esta havia alcançado.¹¹¹ Era preciso que o legislador ordinário, agora competente, criasse um fundo normativo capaz de lhe dar com o novo cenário constitucional que desse conta da expansão da jurisdição constitucional.

Diante desta necessidade foram criadas duas importantes leis, a lei nº 9.868/99 e a lei nº 9.882/99. Mais recentemente temos a edição da lei 12.063/09. Estas leis foram responsáveis por formalizar os instrumentos de democratização do controle de constitucionalidade concentrado dando vida no ordenamento jurídico brasileiro à teoria defendida por Peter Haberle.

Conferindo forma à teoria, as leis nº 9.868/99, 9.882/99 e 12.063/09 também contribuíram para a democratização da jurisdição constitucional. Guardando relação com a teoria de Peter Haberle, as referidas leis passaram a admitir expressamente a possibilidade de que outros órgãos ou entidades, além das partes formais, se manifestassem no processo de controle abstrato. Além disso, deram aos Ministros do STF a possibilidade de realizar audiências públicas para apreciação de argumentos técnicos formulados por peritos e de argumentos trazidos por pessoas externas que possuam significativo conhecimento a respeito do direito que se pretende decidir. Em outras palavras, instituíram um procedimento mais democrático no controle de constitucionalidade abstrato.

4.3 Instrumentos de participação social

A partir daqui serão expostos os instrumentos de participação social inseridos na jurisdição constitucional por intermédio das leis nº 9.868/99, 9.882/99 e 12.063/09 que trouxeram importantes mudanças no controle concentrado de constitucionalidade, bem como a introdução dos instrumentos de participação social também por intermédio das leis nº 11.417/06 e 11.418/06.

As leis nº 9.868/99, 9.882/99 procedimentalizaram a participação da sociedade civil no processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

¹¹¹ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.154.

constitucionalidade e na argüição de descumprimento de preceito fundamental. A lei 12.063/09 trouxe o art. 12-E que determina a aplicação no procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, as disposições constantes da Seção I do Capítulo II da lei 9.868/09, admitindo os instrumentos de participação social também em sede de ADO.

Já a lei 11.417/06 procedimentalizou a participação do *amicus curiae* no processo de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante (art. 3º §2º¹¹²) e a lei 11.418/06 inseriu o art. 543-A §6º¹¹³ no CPC admitindo a participação do *amicus curiae* na análise da repercussão geral em sede de recurso extraordinário. Estas criações normativas foram todas de muita valia para a democratização da jurisdição constitucional.

A importância dos instrumentos de participação social já foi objeto de debate do próprio Supremo Tribunal Federal. O precedente é a ADI 3494/GO de relatoria do Min. Gilmar Mendes¹¹⁴ - Julgamento: 22/02/2006. O caso é extremamente relevante, pois a Corte

¹¹² BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm>. Acesso em: 20.mai.2011. Art. 3º §2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

¹¹³ BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm>. Acesso em: 20.mai.2011. §6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

¹¹⁴ DECISÃO: (...) Essa construção jurisprudencial sugere a adoção de um modelo procedimental que ofereça alternativas e condições para permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões. (...)

Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados.

O chamado "*Brandeis-Brief*" – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no "*case Müller versus Oregon*" (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher - permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples "questão jurídica" de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição. (Cf., a propósito, HALL, Kermit L. (organizador), *The Oxford Companion to the Supreme Court of United States*, Oxford, New York, 1992, p. 85).

Hoje não há como negar a "comunicação entre norma e fato" (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos. (Cf., MARENHOLZ, Ernst Gottfried, *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht*, in: *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53 (54).

Nesse sentido, a prática americana do *amicus curiae brief* permite à Corte Suprema converter o processo aparentemente subjetivo de controle de constitucionalidade em um processo verdadeiramente objetivo (no sentido de um processo que interessa a todos) -, no qual se assegura a participação das mais diversas pessoas e entidades.

A propósito, referindo-se ao caso *Webster versus Reproductive Health Services* (...), que poderia ensejar uma revisão do entendimento estabelecido em *Roe versus Wade* (1973), sobre a possibilidade de realização de aborto,

admitiu a participação de “órgãos ou entidades” na qualidade de *amicus curiae* levantando a bandeira da importância da pluralidade do debate no que diz respeito à oferta de novos argumentos e visões sobre o direito que se pretende decidir.

A análise da jurisprudência é importante porque este também é um meio de recepção dos instrumentos e assim, a Corte admitiu que a comunicação entre norma e realidade é condição própria da interpretação constitucional.

Ademais, ressaltou a importância da participação de diferentes grupos em processos de grande significado para o cumprimento de uma função relevante ao Estado de Direito. Chegou a citar a teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, de Peter Häberle, para concluir que a pluralidade de intérpretes mune o Tribunal de conhecimentos técnico, jurídicos e econômicos contribuindo para a qualidade e eficiência do julgamento e para conferir maior legitimidade às decisões da Corte.

Em seguida teremos a apresentação dos instrumentos de participação social no controle concentrado realçando sempre a sua importância para as decisões da Corte através de sua própria jurisprudência.

afirma Dworkin que a Corte Suprema recebeu, além do memorial apresentado pelo Governo, 77 outros memoriais (*briefs*) sobre os mais variados aspectos da controvérsia - possivelmente o número mais expressivo já registrado - por parte de 25 senadores, de 115 deputados federais, da Associação Americana de Médicos e de outros grupos médicos, de 281 historiadores, de 885 professores de Direito e de um grande grupo de organizações contra o aborto (cf. DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Cambridge- Massachussetts. 2.^a ed., 1996, p. 45).

Evidente, assim, que essa fórmula procedimental constitui um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema. Não há dúvida, outrossim, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito.

Em consonância com esse modelo ora proposto, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às "intervenções de eventuais interessados", assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição (cf. Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997, p. 47-48).

Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos "amigos da Corte". Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição.

É certo, também, que, ao cumprir as funções de Corte Constitucional, o Tribunal não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria.

Entendo, portanto, que a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito.

Assim, em face do art. 7º, §2º, da Lei no 9.868/1999, defiro o pedido do Conselho Nacional de Chefes de Polícia Civil (CONCPC), para que possa intervir no feito, na condição de *amicus curiae*. À Seção de Autuação de Originários para a inclusão dos nomes do interessado e de seu patrono. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3494**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Goiás, 22 de fevereiro de 2006. DJ: 08.03.06).

4.3.1 *Amicus Curiae*

O art. 7º §2º da Lei nº 9.868/99¹¹⁵ trouxe para o controle concentrado de constitucionalidade a possibilidade da manifestação de “outros órgãos ou entidades” no procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade. Esta participação disposta no §2º do art. 7º é a participação do *amicus curiae*. A definição abaixo é perfeita:

AMICUS CURIAE – Lat.: friend of the court; one who gives information to the court on some matter of law which is in doubt. The function of an amicus curiae is to call the court’s attention to some matter which might otherwise escape its attention. An amicus curiae brief (or amicus brief) is submitted by one not a party to the lawsuit to aid the court in gaining the information it needs to make a proper decision or to urge a particular result on behalf of the public or a private interest of third parties who will be affected by the resolution of the dispute. The plural is amici curiae.¹¹⁶

A participação do *amicus curiae* em processos de controle concentrado é, sem dúvida, uma inovação positiva na jurisdição constitucional e está em perfeita harmonia com a teoria defendida por Peter Haberle (v.supra), pois permite a abertura da interpretação constitucional através do ingresso do cidadão comum no âmbito do STF, pluraliza o debate e assim confere maior legitimidade democrática as decisões emanadas da jurisdição abstrata.

Apesar de a figura do *amicus curiae* já ser contemplada em outras situações do ordenamento jurídico brasileiro,¹¹⁷ a Lei nº 9.868/99 permitiu, pela primeira vez, que essa intervenção ocorresse no controle de constitucionalidade concentrado e abstrato.

Nos termos legais, o “órgão ou entidade” na qualidade de *amicus curiae* irá apresentar um memorial trazendo a sua visão da questão constitucional a ser julgada. Oferecerá,

¹¹⁵ BRASIL. Lei 9868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 29.abr.2011. Art. 7º §2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

¹¹⁶ GIFIS, Steven H., Barron’s Legal Guides. **Law Dictionary**. 6ª edição. Nova Jersey: Barron’s, 2010, p. 27. Tradução: “*Amicus Curiae* é o “Amigo da Corte”, aquele que lhe presta informações à Corte sobre matéria de direito, objeto da controvérsia. A função do *amicus curiae* é de chamar a atenção da Corte para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe ao conhecimento. Um memorial de *amicus curiae* é produzido, assim, por quem não lhe é parte no processo, com vistas a auxiliar a Corte para que esta possa proferir uma decisão acertada, ou com vistas a sustentar determina da tese jurídica em defesa de interesses públicos ou privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pelo desfecho da questão. No plural *amici curiae*”

¹¹⁷ Já está previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde 1976 no art. 31 da lei nº 6.385/76 que admite a intervenção da CVM – Comissão de Valores Mobiliários – nos processos em que se discute questão de direito societário que compete a esta entidade.

portanto, à Corte a sua interpretação do direito em questão, participando ativamente do processo decisório contribuindo para a formação de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Gustavo Binenbojm disserta sobre o tema defendendo a teoria de Peter Haberle:

O propósito do art. 7º §2º da Lei é claramente o de pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Tribunal venha a tomar conhecimento, sempre que julgar relevante, dos elementos informativos e das razões constitucionais daqueles que, embora não tenham legitimidade para deflagrar o processo, sejam destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida. Visa-se, ademais, a alcançar um patamar mais elevado de legitimidade nas deliberações do Tribunal Constitucional, que passará formalmente a ter o dever de apreciar e dar a devida consideração às interpretações constitucionais que emanam dos diversos setores da sociedade.¹¹⁸

Em aspectos processuais, somente poderá atuar na qualidade de *amicus curiae* órgão ou entidade, não sendo reconhecida a participação como *amicus curiae* de pessoa física.¹¹⁹ A participação deste terceiro anômalo está relacionada com a relevância da questão e a repercussão do caso na ordem pública, do contrário o STF não tem admitido sua participação.¹²⁰

O pedido de participação do *amicus curiae* deverá ser direcionado ao relator da ação¹²¹ que somente irá apreciá-lo até a liberação do processo para pauta.¹²² Sobre a decisão que nega a participação do *amicus curiae* não cabe recurso.¹²³

¹¹⁸ BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, 163 e 164.

¹¹⁹ A Associação Nacional de Defesa dos Concursos para Cartórios - ANDECC, (...), a Associação dos Notários e Registradores do Brasil ANOREG/BR, (...), requerem admissão no processo na condição de *amicus curiae*. (...) Não assiste razão ao pleito (...) É que os requerentes são pessoas físicas, terceiros concretamente interessados no feito, carecendo do requisito de representatividade inerente à intervenção prevista pelo art. 7º, § 2º, da Lei 9.868, de 10-11-99, o qual, aliás, é explícito ao admitir somente a manifestação de outros 'órgãos ou entidades' como medida excepcional aos processos objetivos de controle de constitucionalidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.178**. Rel. Min. Cezar Peluso. Goiás, 07 de outubro de 2009. DJ: 16.10.09).

¹²⁰ O Sindicato da Indústria do Fumo do Estado de São Paulo – SINDIFUMO requer sua admissão na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, na condição de *amicus curiae* (§2º do artigo 7º da Lei n. 9.868/99). (...) Em face da relevância da questão e tendo em vista a sua repercussão na ordem pública, admito o ingresso do peticionário na presente ação direta, na qualidade de *amicus curiae* (...) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.061**. Rel. Min. Eros Grau. Distrito Federal, 09 de junho de 2009. DJ: 16.06.09). No mesmo sentido: **ADI 4.355**. Rel. Min. Celso de Mello. Distrito Federal, 10 de março de 2010. DJ: 16.03.10.

¹²¹ Nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei no 9.868/99, compete ao relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, por meio de despacho irrecorrível, admitir ou não pedidos de intervenção de interessados na condição de *amicus curiae*. (...) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.214**. Rel. Dias Toffoli. julgamento: 17.12.09. DJ: 01.02.10).

¹²² O *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.071**. Rel. Min. Menezes Direito. Distrito Federal, 22 de abril de 2009. DJ: 16.10.09). No mesmo sentido: **ADI 4.067**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Distrito Federal, 10 de março de 2010, DJ de 23.04.2010; **RE 586.453**. Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática. Sergipe, 10 de setembro de 2009, DJ de 02.10.09. **ADI 4.214**. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento: 02.03.10. DJ de 09.03.10;

Tratados os principais aspectos processuais, é importante avançar no plano prático para demonstrar a importância do *amicus curiae* para a jurisdição constitucional.

A Corte tem visto com bons olhos a participação do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade concentrado e abstrato. Em uma série de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Relator decidiu pela possibilidade de intervenção do *amicus curiae* no processo.

Na ADI 4.167/CE, o Min. Rel. Joaquim Barbosa admitiu o ingresso do *amicus curiae* levantando a questão da pluralidade do debate e da importância deste para a qualidade e eficiência da decisão da Corte.¹²⁴

Em outro julgado, na ADI 2130-MC¹²⁵ de relatoria do Min. Celso de Mello, ficou decidido que a admissão de terceiro na qualidade de *amicus curiae* tem o condão de conferir legitimidade social às decisões do Supremo, enquanto Tribunal Constitucional, na medida em que viabiliza ao postulado democrático a abertura da fiscalização concentrada de constitucionalidade permitindo sempre realizar um debate pluralístico entre entidades e órgãos que representam efetivamente os interesses sociais.

Na ADI 3474/BA¹²⁶ de relatoria do Min. Cezar Peluso a Corte destacou a importância de uma maior participação do *amicus curiae* na jurisdição abstrata, pois esta participação contribui para a qualidade da decisão e garante legitimação dos julgamentos daquele Tribunal.

¹²³ (...) ‘Observem o disposto no artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99. Não cabe recurso contra o ato mediante o qual o relator decide sobre a admissibilidade, ou não, da intervenção de terceiro no processo revelador de ação direta de inconstitucionalidade. O precedente do Tribunal citado não resultou no deslinde de controvérsia sobre a impugnação de que trata a espécie. Lançamento de óptica, à margem das balizas próprias à matéria suscitada, corre à conta de opinião isolada do autor do voto.’ (...) Surgiria conflito caso fosse negado seguimento ao agravo e, mesmo assim, viesse a submetê-lo ao Plenário. Importa ressaltar que a norma especial da Lei nº 9.868/99 sobrepõe-se ao Regimento Interno. Isso já ficou consignado no que aponte o não cabimento de recurso contra decisão do relator sobre pedido de admissibilidade de terceiro.’ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.346-AgR-ED**. Rel. Min. Marco Aurélio. Diário Federal, 28 de abril de 2009. DJ: 12.05.09)

¹²⁴ (...) admissão de terceiros na qualidade de *amicus curiae* traz ínsita a necessidade de que o interessado pluralize o debate constitucional, apresentando informações, documentos ou quaisquer elementos importantes para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. Calcado em tais parâmetros, admito a manifestação dos postulantes (...) porquanto entidades representativas do grupo social que será diretamente afetado pela norma cuja validade se encontra sob o crivo do Supremo Tribunal Federal. (...) (Brasil. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.167**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Diário Federal, 17 de dezembro de 2008. DJ: 30.04.09).

¹²⁵ (...) A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. (...) (Brasil. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.130-MC**. Rel. Min. Celso de Mello. Santa Catarina, 3 de outubro de 2001. DJ: 14.12.2001)

¹²⁶ (...) essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição’. Exatamente pelo reconhecimento da alta relevância do papel em exame é que o Supremo Tribunal Federal tem proferido decisões admitindo o ingresso desses atores na causa após o término do prazo das

No mesmo sentido dos julgados acima apresentados, na ADI 3.045/DF¹²⁷, o Min. Rel Celso de Mello dispôs sobre o *amicus curiae* dizendo que sua intervenção no processo de jurisdição abstrata tem por objetivo pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo venha a dispor de todos os elementos possíveis e necessários a resolução da controvérsia, o que está ainda por promover a legitimidade democrática das decisões da Corte.

Colocando em prática os entendimentos já assentados, em recente julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132, onde o STF decidiu pelo reconhecimento da união civil entre casais do mesmo sexo, foi dada a possibilidade de participação, na qualidade de *amicus curiae*, ao grupo Arco Íris de Conscientização Homossexual. A sustentação oral aconteceu no primeiro dia de julgamento, dia 04 de maio de 2011.

Em breve sustentação oral realizada em sessão plenária do STF, o representante do grupo Arco Íris de Conscientização Homossexual trouxe para a Corte o argumento de que se espera da decisão proferida pela Corte coloque toda a nação brasileira para refletir sobre liberdade, dignidade humana e segurança jurídica. Em outro ponto, o grupo traz o argumento da importância contramajoritária do Supremo na função de proteção de minorias, já que democracia não é só procedimento formal, mas também conteúdo. Há uma dimensão substancial de democracia. Não há democracia sem respeito aos direitos ora citados. Então, quando o Poder Legislativo se omite, marginaliza, discrimina pela omissão, há um vício na democracia que só pode ser sanado pelo Judiciário. É por isso que aquele *amicus curiae*, e outros, estavam ali. Para se colocarem com vozes da minoria que não tem voz no Poder Legislativo, mas que mesmo sem voz possuem direitos a serem protegidos para que se possa dizer que o Brasil é sim um Estado Democrático de Direito.¹²⁸

Proferindo seu voto, o Ministro Celso de Mello ressaltou:

Em um dos memoriais apresentados à esta Suprema Corte, Sr. Presidente, e aqui me refiro aquele em particular apresentado pelo grupo Arco Íris de Conscientização Homossexual, trouxe em relevo outro aspecto pertinente ao litígio ora em exame, destacando-se a

informações. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.494**. Rel. Min. Cezar Peluso. Goiás, 22 de fevereiro de 2006. DJ: 08.03.06)

¹²⁷ (...) Impõe-se destacar, neste ponto, por necessário, a idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do *amicus curiae* no processo de fiscalização normativa abstrata. Não se pode perder de perspectiva que a regra inscrita no art. 7º, §2º da Lei n. 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte (...). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.045**, voto do Rel. Min. Celso de Mello. Distrito Federal, 10 de agosto de 2005. DJ: 01.06.2007) No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 41-Agr**. Rel. Min. Ellen Gracie. São Paulo, 15 de junho de 2009. DJE: 19.06.09.

¹²⁸ Disponível em <<http://diretorio.fgv.br/memorial-uniaohomoafetiva-stf>> Acesso em 20.mai.11.

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 da fundação IBGE (...). Por isso que tenho como inteiramente procedentes as observações que fez em precisa abordagem do tema o grupo Arco Íris de Conscientização Homossexual (...).¹²⁹

Neste ponto o Ministro traz a argumentação constante no memorial de *amicus curiae*, a qual, segundo o mesmo, foi providencial para fundamentar seu voto.

Papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre da limitação imposta pelo princípio do Estado de Direito que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular e do fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado. (...) Da mesma forma que se veda à maioria que se faça determinadas escolhas, suprimindo direitos necessários a participação política de determinados cidadãos, é igualmente vedado a esta mesma maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos. Ao não estabelecer regras jurídicas que regulem a construção de uma vida afetiva em comum pelos casais homossexuais, o Poder Legislativo, representando a maioria da população, exclui marginaliza e diminui o papel social dos indivíduos que mantêm relações homoafetivas. Retira-lhes a condição de igualdade necessária para que possa haver igualdade de participação no debate público. Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, o Judiciário é chamado a tomar a posição de vanguarda garantindo o livre exercício da liberdade e da igualdade, atributos da cidadania e principalmente da dignidade humana.¹³⁰

A análise do caso acima demonstra o quão importante é a contribuição da pluralidade do debate em sede de controle de constitucionalidade. A decisão em um caso como este não leva apenas e consideração a análise de enunciados normativos, é preciso um estudo substancial da realidade para então adequar a norma aos fatos. A decisão pela união civil entre casais do mesmo sexo é baseada mais em dados fáticos, da realidade do que em direito. Daí a participação social no debate a respeito da interpretação que seria dada à norma ser tão importante.

Neste caso a participação do *amicus curiae* foi essencial para o voto do Ministro Celso de Mello. Assim se demonstra nas palavras do próprio Ministro. Munindo-o de argumentação jurídica e social, o memorial do *amicus curiae* lhe deu fundamento para decidir.

¹²⁹ Disponível em <<http://direitorio.fgv.br/memorial-uniaohomoafetiva-stf>> Acesso em 20.mai.11.

¹³⁰ Disponível em <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/Pet-Protocolada_memorial-fgvdireitorio.pdf> Acesso em 20.mai.11.

Esta postura da Corte em admitir a pluralização do debate só enriquece o julgamento, pois confere às decisões um caráter mais robusto de legitimidade democrática. Ademais, o julgamento pelo STF sobre o reconhecimento dos direitos de união estável a casais do mesmo sexo foi realizado no dia seguinte ao da sustentação do *amicus curiae* e teve como resultado o reconhecimento da legalidade da união homoafetiva como entidade familiar exatamente como defendia o *amicus curiae* em questão.

Estes julgados são apenas uma pequena amostra da importância do reforço aos instrumentos de participação social na jurisdição constitucional abstrata brasileira.

Além do *amicus curiae*, existem outros instrumentos de democratização, porém este é o que vem sendo utilizado com mais frequência pela Corte. A jurisdição constitucional hoje é tão fechada que o reforço destes instrumentos, especificamente na jurisdição abstrata, se torna de real importância para os rumos da sociedade.

Além de conferir maior legitimidade democrática às decisões da jurisdição abstrata, a participação do *amicus curiae* racionaliza as decisões do STF munindo-o de informações técnicas, jurídicas e econômicas. Possibilita, portanto, uma postura mais eficiente da Corte.

4.3.2 Audiências Públicas

A lei 9.868/99, em seu artigo 9º §1º¹³¹ também trouxe a possibilidade da formação de audiências públicas na jurisdição constitucional abstrata. Mais uma vez é possível ressaltar a necessidade de uma relação simbiótica entre norma e realidade e o impacto positivo, à luz do princípio democrático que a aceitação deste instrumento terá na jurisdição constitucional.

O Supremo, em cinco ocasiões, já convocou audiências públicas em processos de jurisdição constitucional abstrata.

A primeira audiência realizada foi no bojo da ADI nº 3.510/DF¹³², que questionava dispositivos da Lei 11.105/05 - Lei de Biossegurança, precisamente o art. 5º que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões

¹³¹ BRASIL. Lei 9868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 29.abr.2011. Art. 9º. Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3510**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Distrito Federal, 29 de maio de 2008. DJ: 27.05.10

humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento, e estabelece condições para essa utilização.

O Min. Rel. Carlos Ayres Britto, nos termos do art. 9º §1º, resolveu fixar data para audiência pública. Dado que a matéria em discussão envolve extremo conhecimento, ninguém melhor do que órgãos e profissionais especializados no assunto para munir o tribunal de informações necessárias ao julgamento do caso.

A lei em questão autorizava a utilização de material embrionário em estudos científicos. Este assunto, além de gerar polêmica social é um assunto que diz respeito ao futuro da sociedade brasileira. O estudo com material embrionário desenvolvido em diversos outros países promove a idéia de que é a chave para a cura de doenças hoje ainda não descobertas. Sendo de extrema importância para o futuro da saúde no país é natural que seja dado maior atenção a questão. Além do mais a decisão de um caso como este não é feita com atenção apenas no texto legal, mas com base em conhecimentos científicos somente capazes de chegar aos ouvidos dos julgadores Ministros do STF através do debate público e participação de especialistas no processo decisório.

Neste contexto, o Min. Rel. ressaltou a necessidade de audiência pública para subsidiar a Corte e o fato de que a permissão da participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional certamente legitimaria ainda mais a decisão final da Corte.

Esta ADI foi julgada improcedente. Tendo sido explicitado pelo Min. Rel. Carlos Ayres Britto que as células-tronco embrionárias, por serem capazes de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto, constituiriam tipologia celular que ofereceria melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos. Utilizou, portanto, dentre outros argumentos, argumentação científica, realçando a importância do debate acerca da matéria com especialistas.

Em sede de ADI, esta foi a única convocação de audiência pública que se tem registro.

Em outro caso o Supremo também promoveu audiência pública, todavia com fundamento no art. 6º §1º da Lei 9.882/99¹³³, lei que disciplina a ADPF. O referido artigo tem redação bem semelhante ao art. 9º §1º da Lei 9.868/99.

¹³³ BRASIL. Lei 9.882 de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm > Acesso em: 30.abr.2011. Art. 6º. Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

A audiência pública foi promovida na ADPF nº 101/DF onde se discutiam a legitimidade de decisões judiciais que permitiam a importação de pneus usados. No caso havia uma série de normas que estavam sendo infringidas quais sejam: Portaria do Departamento de Operações de Comércio Exterior – Decex, Secretaria de Comércio Exterior – Secex, as Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama e os Decretos Federais que expressamente vedavam a importação de bens de consumo usados, especialmente pneus usados, normas estas disciplinadoras da garantia prevista no art. 225 da CRFB/88¹³⁴.

Havia a possibilidade de violação do meio ambiente, ou seja, um direito difuso *lato sensu*, e também de uma série de normas técnicas, conforme se evidencia acima. Portanto, a Min. Rel. Cármen Lúcia entendeu pela necessidade de convocar uma audiência pública dada a relevante repercussão social, econômica e jurídica do assunto, bem como pelo alta tecnicidade com a qual as discussões seriam travadas.

A Corte julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ADPF e declarou inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações que permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie. Ficaram ressalvados os provimentos judiciais transitados em julgado. Entendeu-se que a importação de pneus usados ou remoldados violaria os direitos constitucionais à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado dos arts. 196¹³⁵ e 225 da CRFB/88.¹³⁶

Merece destaque também as audiências públicas realizadas na área da saúde. No site do STF se extrai que audiências públicas convocadas pelo Presidente do STF à época, o Min. Gilmar Mendes, que ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde – SUS, nos dias 27 a 29 de abril e 04, 06 e 07 de maio de 2009. Neste caso, o Supremo

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

¹³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.out.1988: Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹³⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.out.1988: Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 101**. Rel. Min. Cármen Lúcia. Distrito Federal, 11 de março de 2009.

admite que os esclarecimentos prestados pela sociedade nestas audiências públicas são de grande importância para o julgamento dos processos que versam sobre direito à saúde.¹³⁷

Um desses casos foi a ADPF 45¹³⁸. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto presidencial incidente sobre o §2º do art. 55¹³⁹ (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na lei nº 10.707/2003 destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004 - LDO. A ADPF alegava que o veto presidencial importou em desrespeito ao preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

A ação em comento objetivava viabilizar a concretização de políticas públicas previstas na Constituição, no caso a EC nº 29/00, que estava sendo descumprida pelas instâncias governamentais competentes.

Ficou assentado em sede de decisão monocrática final que a jurisdição constitucional conferida ao STF não pode demitir-se do encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional. Todavia, a realização destes direitos depende, em grande medida, da possibilidade financeira do Estado (reserva do possível) de maneira que se comprovada a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal não é razoável exigir, considerada esta limitação material, a imediata efetivação do direito constitucional.

Outro exemplo referente à área da saúde é a STA 175/CE¹⁴⁰. Neste caso, uma jovem de 21 anos possuía uma doença rara neurodegenerativa comprovada clinicamente. Relatórios médicos emitidos por especialistas relataram que um determinado medicamento seria capaz dar um aumento de sobrevida e possibilitar a melhora na qualidade de vida da enferma. A família não havia dinheiro para custear o tratamento com este medicamento orçado em cinquenta e dois mil reais por mês. Sendo este o único medicamento capaz de deter o avanço

¹³⁷ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>> Acesso em 01.mai.11.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45**. Rel. Min. Celso de Mello. Distrito Federal, 29 de abril de 2009

¹³⁹ BRASIL. Lei 10.707 de 30 de julho de 2003. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.707.htm>. Acesso em: 02.mai.2011. Art. 55(...) §2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175**. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Rel. Min. Gilmar Mendes. Ceará, 17 de março de 2010. DJ 30.04.2010.

da doença foi deferida tutela antecipada determinando que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza solidariamente fornecessem o medicamento em questão em favor da enferma.

Sem adentrar no mérito da decisão que foi agravada posteriormente e seguiu uma série de trâmites processuais até ser mantida pela Corte, ressalta-se nestes dois casos onde se discutem controvérsias referentes à saúde pública são de extrema importância. O direito à saúde está estritamente relacionado ao direito à vida, cujo conteúdo axiológico é o mais importante de nosso ordenamento jurídico.

A realização de audiências públicas em casos referentes à saúde pública é de grande valia para informar o juiz constitucional sobre a importância e o alcance de suas decisões. Conforme ficou assinalado, as decisões que envolvem concretizações de políticas públicas na área da saúde envolvem certamente despesas financeiras por parte do Estado o que confere ao contato do julgador com a realidade caráter essencial, pois somente assim terá acesso às possibilidades econômicas do Estado. Munido destas informações ele poderá decidir de maneira mais eficiente.

É de todas estas problemáticas apresentadas neste trabalho que se defende a efetiva colaboração social e a pluralização do debate realizado na esfera do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato. A abertura da Corte contribui para racionalizar as suas decisões tornando-as mais eficiente, já que confere voz aos anseios sociais.

O Estado necessita deste debate público para melhor concretizar os direitos fundamentais.

Outro caso em que foi realizada audiência pública foi a ADPF nº 54, ainda pendente de julgamento, onde se discute a possibilidade de antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencéfalo. Reconhecendo a relevante repercussão do caso sob análise, o Min. Rel. Relator Marco Aurélio convocou a audiência pública nos termos do art. 6º §1º da Lei nº 9.882/99.

A ação foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CTNS) e busca demonstrar que esta antecipação terapêutica do parto difere de aborto, pois este só estaria configurado se houvesse expectativa de vida do nascituro, o que não ocorre com fetos anencéfalos, pois estes quando nascem com vida, vivem apenas por semanas. Ademais, alegam que a gestação é muito difícil para a mulher, além de causar sérios riscos à sua saúde, ela deve carregar por nove meses um feto que sabe que não nascerá com vida, ou se nascer, viverá por pouquíssimo tempo. Isto na opinião dos propositores da ação seria capaz de gerar

na gestante dor, angústia e frustração, ofendendo a dignidade da pessoa humana e a liberdade de autonomia da vontade, além de como já mencionado oferecer riscos a sua saúde.

Mais uma vez a decisão da Corte estará envolvida com critérios técnicos e questões científicas exatamente como na ADI nº 3.510/DF, como demonstração dos riscos à saúde da mulher, o que seria aborto ou não do ponto de vista médico, a própria anencefalia é algo que só se compreende, em todos os seus aspectos, através de explicação médica. Portanto, é mais do que necessário, é fundamental que seja realizada audiência pública em casos como este. O reforço da diversidade de informações é essencial para uma decisão justa e eficiente.

Fechando os exemplos de audiências públicas temos a ADPF nº 186, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski que dada a relevante repercussão do caso também convocou audiências públicas a serem realizadas para orientar o julgamento da Corte.

Na referida ADPF questionavam-se atos administrativos que resultaram na utilização de critérios sociais para programas de admissão na Universidade de Brasília – UnB. Trata-se da política de cotas, tema extremamente complexo, pois envolve questões étnicas que fogem da alçada legal e camba para uma discussão histórica e antropológica. Ademais, mais uma vez estar-se diante do fomento de políticas públicas referentes à educação. Conforme já assinalado, nestes casos a Corte necessita de informações técnicas para decidir de forma eficiente, sendo, portanto, indispensável a realização da audiência pública.

Portanto, a audiência pública, além de ser um instrumento de democratização da jurisdição constitucional, possibilita que as decisões proferidas pela Corte sejam mais eficientes.

Na medida em que os Ministros do STF não são conhecedores de toda e qualquer matéria, a possibilidade de que peritos e pessoas que vivem a realidade daquela norma questionada possam dar o seu depoimento perante a Corte passa a ser fundamental para o julgamento.

Friso que a influência destes depoimentos, assim como na intervenção do *amicus curiae*, no voto a ser proferido será medido pela sensibilidade de cada Ministro. Embora se abra o debate na jurisdição constitucional permitindo que novos intérpretes participem do procedimento decisório, a palavra final sobre a interpretação que deve prevalecer da norma eventualmente questionada é Supremo Tribunal Federal.

4.3.3 Visitas *in loco*

A visita *in loco* surgiu na jurisdição constitucional abstrata de maneira mais tímida que o *amicus curiae* e as audiências públicas. Porém, isto não retira sua importância na democratização do controle concentrado de constitucionalidade.

Este instrumento consiste em comissões de Ministros formadas com o intuito de visitar locais eventualmente atingidos pelas suas decisões.

Em determinadas situações, a simples informação não é suficiente para levar ao julgador os verdadeiros limites do caso concreto e somente o contato *in loco* do intérprete constitucional com a realidade será suficiente para que ele tenha a completa convicção do que irá decidir.

Este instrumento não está presente na lei que disciplina a ADI e a ADC e nem na lei que disciplina a ADPF. Todavia, consta no Código de Processo Civil, nos arts. 440 a 443¹⁴¹ e pode sim funcionar como um importante instrumento de legitimação social das decisões proferidas pela Corte, já que permite a troca de experiência do direito com a realidade.

No âmbito da jurisdição constitucional, a visita *in loco* só foi realizada uma única vez, na Pet 3388/RR. Assim, ressalta-se a necessidade de reforçá-la em sede de controle de constitucionalidade abstrato para que seja utilizada mais vezes pela Corte.

No dia 22 de maio de 2008, os Ministros Gilmar Ferreira Mendes, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Carlos Ayres Britto foram ao Estado de Roraima conhecer a terra indígena Raposa Serra do Sol com o objetivo de conhecer a posse indígena sobre determinado território, sobre a qual incidiria diretamente a decisão.

Em sede de decisão, o Min. Rel. Ayres Britto abre seu voto com os seguintes dizeres:

¹⁴¹ BRASIL. Lei 5869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 15.mai.2011. Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.

Art. 441. Ao realizar a inspeção direta, o juiz poderá ser assistido de um ou mais peritos.

Art. 442. O juiz irá ao local, onde se encontre a pessoa ou coisa, quando:

I - julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar;

II - a coisa não puder ser apresentada em juízo, sem consideráveis despesas ou graves dificuldades;

III - determinar a reconstituição dos fatos.

Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que repute de interesse para a causa.

Art. 443. Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Parágrafo único. O auto poderá ser instruído com desenho, gráfico ou fotografia. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 01.10.1973)

(...) imperioso é confirmar a incomum relevância político-social desta causa, toda ela a suscitar investigações teóricas e apreciações empíricas da mais forte compleição constitucional.¹⁴²

Continuando a respeito da ação em comento, o Min. trouxe os elementos necessários para a demarcação de terra indígena cuja análise seria indispensável no caso:

(...) a demarcação de qualquer terra indígena se faz no bojo de um processo administrativo que tem suas fases disciplinadas a partir da Constituição e passando tanto pela lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) quanto pelo Decreto nº 1.775/96, que alterou o Decreto nº 22/91. a) identificação e delimitação antropológica da área; b) declaração da posse permanente por meio de portaria do Ministro de Estado da Justiça; c) demarcação propriamente dita; ou seja, assentamento físico dos limites, com a utilização dos pertinentes marcos geodésicos e placas sinalizadoras; d) homologação mediante decreto do Presidente da República; e) registro, a ser realizado no Cartório de Imóveis da comarca de situação das terras indígenas e na Secretaria do Patrimônio da União.¹⁴³

De início, o Ministro ressaltou a complexidade do caso. Em um segundo momento ele explicita as questões administrativas sobre a demarcação de terras indígenas. Estes dados administrativos representam apenas uma parcela do que deverá ser apreciado pela Corte.

O Min. Gilmar Mendes nos propicia uma noção melhor da ampla complexidade do caso quando ressalta que questões antropológicas, políticas e federativas deverão ser apreciadas:

O caso Raposa Serra do Sol é, certamente, um dos mais difíceis e complexos já enfrentados por esta Corte em toda a sua história. Os múltiplos e diversificados fatores sociais envolvidos numa imbricada teia de questões antropológicas, políticas e federativas faz desse julgamento um marco em nossa jurisprudência constitucional.¹⁴⁴

Diante desta complexidade explícita, sem intervir no mérito e sem explorar os detalhes do caso, é imperioso que sejam utilizados pela Corte os mais amplos instrumentos informativos possíveis.

Adiante, em seu voto, o Ministro expõe a visita *in loco* como importante instrumento de obtenção de informações necessárias ao julgamento do complexo caso em análise:

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet nº. 3388**. Rel. Min. Carlos Britto. Roraima, 19 de março de 2009. DJ 25.09.2009.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Pet nº. 3388**. Rel. Min. Carlos Britto. Roraima, 19 de março de 2009. DJ 25.09.2009.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Pet nº. 3388**. Rel. Min. Carlos Britto. Roraima, 19 de março de 2009. DJ 25.09.2009.

A decisão de hoje, dessa forma, tem um inegável cunho pedagógico que não podemos menosprezar. As considerações que fiz após muito refletir sobre o problema – inclusive por meio de verificação *in loco* de suas reais dimensões -, levam em conta esse conteúdo propedêutico que nossa decisão pode assumir em relação a outros processos de demarcação.¹⁴⁵

Diante das passagens extraídas dos votos dos Ministros é possível se ter uma noção de que o caso era extremamente complexo e que diante desta complexidade a visita *in loco* se torna um importante instrumento de obtenção de informações técnicas e científicas.

Por oportuno, o Min. Gilmar Mendes no fim de seu voto também salienta que uma maior proximidade aos fatos possibilita rápidas respostas às lides, conferindo ao processo maior rapidez e eficiência.¹⁴⁶

Assim, exatamente da mesma forma como os dois instrumentos antes apresentados, a visita *in loco* possui a capacidade de aproximar o intérprete constitucional da realidade que julga, a ter contato com a situação sobre a qual sua decisão gerará efeitos.

Portanto, este é um instrumento democrático que pode ser utilizado na jurisdição constitucional abstrata que permitirá ao julgador obter maiores detalhes sobre o caso para decidir de maneira mais eficiente.

Ora a realidade deverá influenciar o direito, ora o direito deverá influenciar a realidade. Assim Konrad Hesse defende a relação simbiótica entre realidade e Constituição.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Pet nº. 3388**. Rel. Min. Carlos Britto. Roraima, 19 de março de 2009. DJ 25.09.2009.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Pet nº. 3388**. Rel. Min. Carlos Britto. Roraima, 19 de março de 2009. DJ 25.09.2009.

CONCLUSÃO

A fase pós-positivista do direito trouxe para o direito constitucional a quebra de paradigmas clássicos. A Constituição deixou de ser um documento essencialmente político e passa a ter força normativa. A hermenêutica constitucional também sofreu suas mudanças, os princípios passam a integrar as novas Constituições e o intérprete constitucional diante da possibilidade fluida de proferir o direito passa a desempenhar um novo papel. Somado a estes fatos, a explosão de direitos proveniente da “virada kantiana” fez do Poder Judiciário um agente político ativo.

A judicialização passa a ser um fenômeno mundial e a Supremocracia se instala no cenário político brasileiro.

Ademais, em diversas manifestações, a jurisdição constitucional brasileira demonstrou um fechamento do Supremo à participação do cidadão comum.

Neste contexto, demonstrou-se o déficit democrático da jurisdição constitucional com atenção especial ao controle de constitucionalidade concentrado abstrato. Põe-se em questão a dificuldade contramajoritária e a problemática evidente da atuação do Poder Judiciário em não possuir, diante da nova hermenêutica constitucional, limites à interpretação evolutiva da Constituição enquanto que o Poder Legislativo possui limites formais de reforma, sendo que este último possui o respaldo democrático que aquele outro não possui.

O Estado Democrático de Direito preconizado pela Constituição Federal de 1988 depende do equilíbrio entre as duas dimensões do seu conceito: democracia e constitucionalismo. Ao se conceber um déficit democrático na jurisdição constitucional constata-se que no Estado Democrático de Direito há um desequilíbrio entre suas dimensões, com a democracia em desvantagem.

O cenário apresentado abre espaço para o reforço dos instrumentos de participação social presentes no controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, na forma em que leciona Peter Habermas em “A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.” Tão importante ao reequilíbrio do Estado Democrático de Direito os instrumentos de participação social também possibilitam a racionalização das decisões da Corte.

Inseridos no controle de constitucionalidade pelo legislador ordinário os instrumentos de participação social *amicus curie*, audiências públicas e visitas *in loco* passam a ter aceitação da jurisprudência, como ficou demonstrado neste trabalho.

Ademais, ficou demonstrada também a importância que a participação da sociedade nas decisões tem nas decisões dos Ministros. Através de casos emblemáticos demonstrou-se

que as experiências com a realidade e os fatos, por intermédio do debate público, fizeram com que os Ministros fossem munidos de informações que lhes possibilitaram proferir melhores decisões. Ressaltou-se que apesar de o julgador deter o poder da jurisdição e não vincular-se à opinião pública ele a leva em consideração na hora de decidir e quando faz isso acaba por proferir decisões mais eficientes. Fortalecendo a democracia sem deixar de lado seu papel contramajoritário.

Portanto, a importância de se reforçar a defesa dos instrumentos de participação social no controle de constitucionalidade concentrado e abstrato se instala no déficit democrático apresentado pela jurisdição constitucional brasileira proporcionado em muito pelos influxos pós-positivistas e por suas manifestações posteriores, como, por exemplo, o surgimento das súmulas vinculantes e repercussão geral. Este déficit democrático desestabiliza o Estado Democrático de Direito.

Em prol do reequilíbrio desta forma de Estado em objetivando um controle de constitucionalidade racionalizado é que o reforço dos instrumentos de participação social se assenta.

Estes instrumentos acabam por harmonizar a jurisdição constitucional com o princípio democrático e isto é fundamental para o equilíbrio desejado em um Estado Democrático de Direito entre constitucionalismo e democracia.

O déficit democrático da jurisdição constitucional não necessariamente é negativo ao Estado Democrático de Direito, mas constata-se que houve um deslocamento do centro político das decisões (do Poder Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário) que deve ser seguido pelo princípio democrático. Somente assim poderemos falar que vivemos em um Estado Democrático de Direito.

O contexto institucional e político promovido pelas próprias instituições do Estado demonstram que estamos diante de uma realidade posta em que a jurisdição constitucional apresenta sim sinais de fechamento. O reforço dos poucos instrumentos que temos no ordenamento jurídico brasileiro capazes de estabelecer o canal entre a sociedade e o Supremo passa a ser assunto de extrema relevância.

REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil” In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Marins Riccio de (org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.51-91.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BINENBOJM, Gustavo: **Temas de direito administrativo e constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Lei 5869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em : <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 15.mai.2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.out.1988.

BRASIL. Lei 9868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 29.abr.2011.

BRASIL. Lei 9.882 de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm> Acesso em: 30.abr.2011

BRASIL. Lei 10.707 de 30 de julho de 2003. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.707.htm>. Acesso em: 02.mai.2011

BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm>. Acesso em: 20.mai.2011

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DA SILVA, Luís Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 4, 2006, p. 23-51.

DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. Trad: Nelson Bobeira São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad: Dunia Marinho Silva 1ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2004.

GIFIS, Steven H., Barron's Legal Guides. **Law Dictionary**. 6ª ed. Nova Jersey: Barron's, 2010.

HABERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista "procedimental" da Constituição**. Trad: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad: João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STAMATO, Bianca in Revista Direito. **Estado e Sociedade**, PUC/RJ, nº 24, 2004, p. 15-31.

_____. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 8, 2009, p. 441-464.

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>
Acesso em 01.mai.11

<<http://direitorio.fgv.br/memorial-uniaohomoafetiva-stf>> Acesso em 20.mai.2011.

<http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/Pet-Protocolada_memorial-fgvdireitorio.pdf> Acesso em 20.mai.2011.

<<http://direitorio.fgv.br/memorial-uniaohomoafetiva-stf>> Acesso em 20.mai.11

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=distribuicaoREeAI>>. Acesso em 22.mai.2011

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032>. Acesso em: 20.mai.2011

<<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2011/05/18/pedro-simon-defende-aprovacao-da-pec-dos-recursos-924491034.asp>> e <<http://direitorio.fgv.br/node/1474>> Acesso em 23.mai.11.

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em 18.mai.2011

<<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-anteriores-1#content>>. Acesso em: 24.mai.2011.