

STF – SUPRA

O mito da sociedade aberta de intérpretes da Constituição

Supremo escolhe quem ouvir e quando ouvir

Fernando Leal

08/03/2018 – 15:29



Foto: Dorivan Marinho/SCO/STF

AMICUS CURIAE

DESTAQUES

DIREITO CONSTITUCIONAL

FUX

STF

SUPRA

O direito constitucional brasileiro é dominado por mantras. Expressões que se articulam com teorias normativas e pretendem orientar decisões, mas que se tornam vazias quando passam a ser usadas como atalhos para descrever uma realidade que não existe – como se a repetição do mantra fosse obrigar os fatos a se adaptarem às ideias.

Um exemplo é a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. O rótulo sugere que a jurisdição constitucional deve ser permeável à participação popular, ajudando o Supremo a lidar com o seu déficit democrático. De aspiração, porém, torna-se mantra quando se assume que a realidade de fato já é assim – i.e. que, no caso, a jurisdição constitucional brasileira já se abre à participação da sociedade civil. Nesse universo, prescrição e descrição se misturam de uma tal forma que forjam uma realidade ilusória. Assume-se que a interpretação constitucional é permeável à sociedade apenas porque deveria ser assim. Nessa perspectiva não está em jogo a avaliação do mérito da teoria em si, mas o quanto a sua incorporação retórica ao discurso jurídico pode ser compatível com a sua efetiva concretização no Supremo.

Na discussão sobre o auxílio moradia, **a recusa do ministro Fux em admitir os memoriais de amici curiae de entidades que não representem interesses corporativos** parece um retrocesso na jurisprudência da corte. No discurso tradicional sintetizado no mantra da “sociedade aberta”, o Supremo sempre permitiu participação ativa da sociedade civil no debate constitucional, seja nas audiências públicas convocadas pelos ministros – **apesar de sua baixa utilidade prática no processo decisório da corte** –, seja pela admissão de entidades como amigos da corte. A negativa de Fux seria só uma exceção pontual.

No discurso, tudo funciona. Na prática, porém, se a participação tão celebrada apenas produz manifestações que não serão de fato ouvidas, a “sociedade aberta” significa apenas que o Supremo escolhe quem ouvir quando ouvir. Não há necessariamente espaço efetivo para a consideração de diversos pontos de vista, em especial daqueles afetados pela decisão. Falar não significa ser ouvido, e fazer-se ouvir não significa influenciar.

Quando o tribunal pelo menos admite grupos sociais diferentes, a narrativa da permeabilidade da interpretação constitucional às suas visões pode ter algum significado potencial. No caso da negativa de Fux, porém, até esse possível efeito foi eliminado. O ministro impediu o tribunal de ouvir perspectivas diferentes sobre o tema e de enfrentar eventualmente o ônus de ter que dialogar com algumas delas. A abertura à sociedade, que costuma ser meramente simbólica, tornou-se aqui completamente inviável.

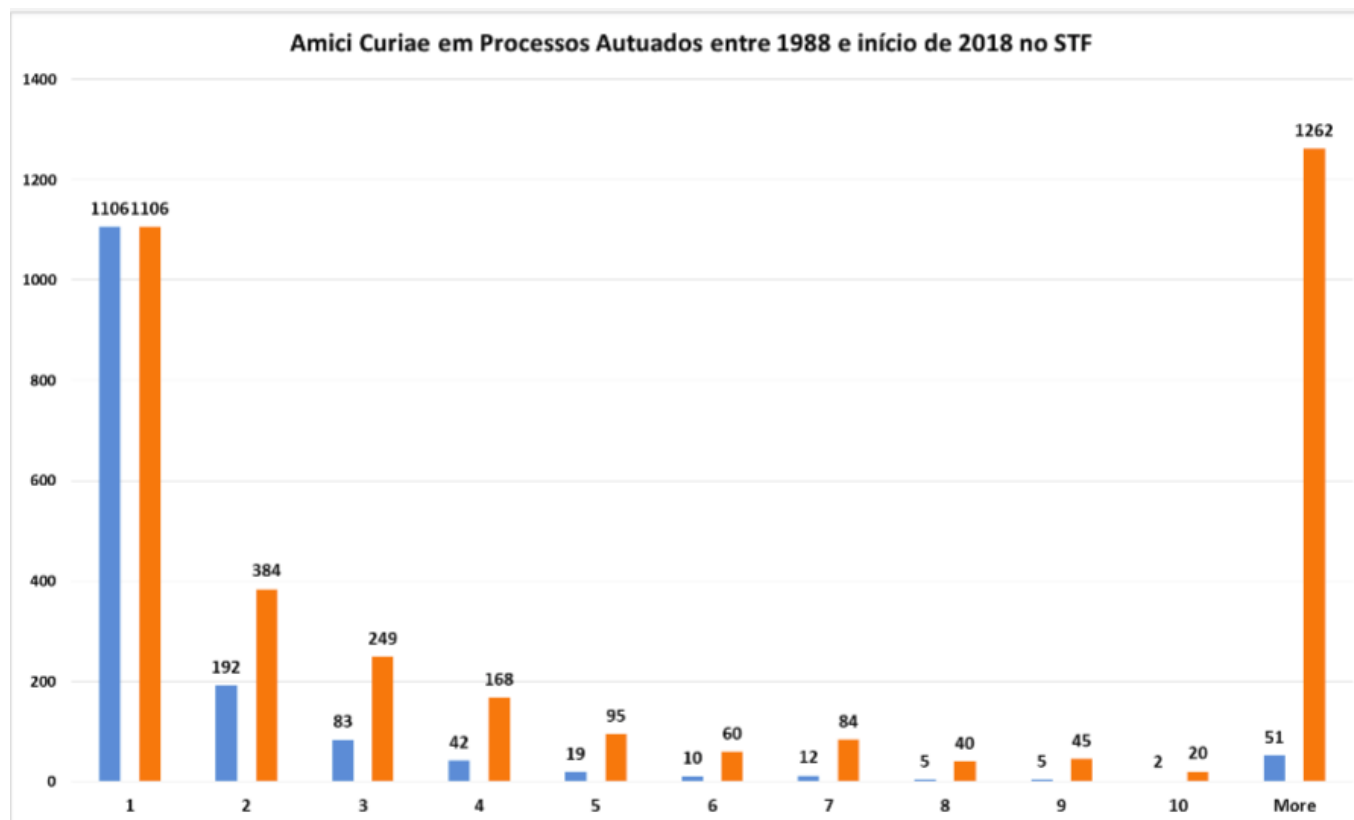
No entanto, não se trata aqui de um isolado contraexemplo à abertura do tribunal à sociedade. Ao contrário, a prática decisória do Supremo revela que a interpretação constitucional é um processo muito mais encastelado e de difícil acesso à população do que a ela permeável. Devido

à complexidade e à imprevisibilidade do processo decisório do tribunal, acompanhar e compreender os movimentos dos ministros se torna assunto para especialistas.

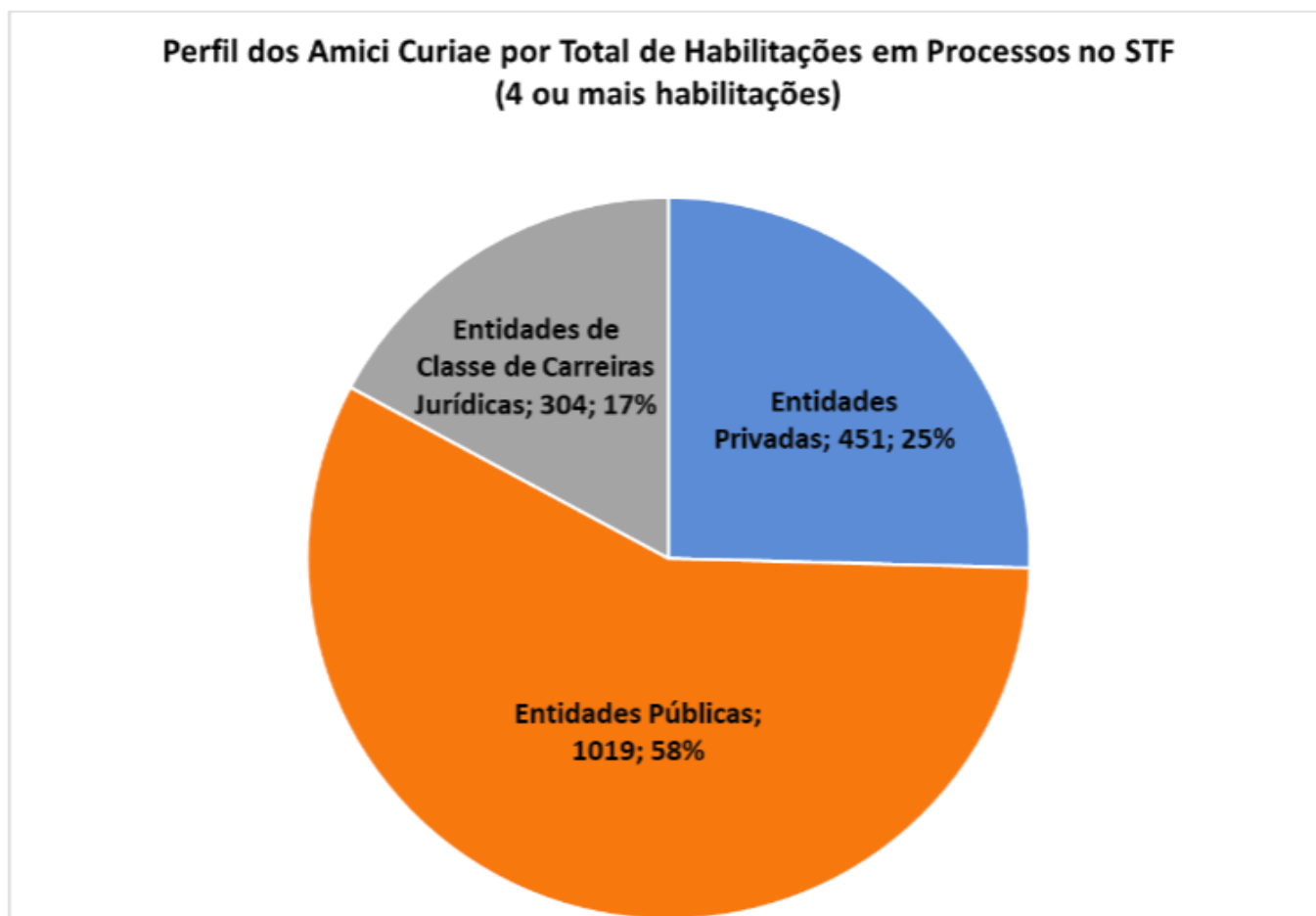
Esse não é um diagnóstico apenas nacional. Referindo-se ao tribunal constitucional federal alemão, Michaela Hailbronner faz alusão, em diálogo estreito com o artigo de Peter Häberle do qual se extraiu o lema da sociedade aberta, **a uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição**. Restrita aos experts que conseguem compreender minimamente o processo decisório do tribunal. Com isso, vê-se que o grau de abertura da jurisdição constitucional à sociedade civil não é só uma função de quem participa e de quem é capaz de influenciar as decisões da corte. O próprio processo decisório e os processos de construção e comunicação das decisões podem funcionar como barreiras para a abertura idealizada pelo lema da “sociedade aberta de intérpretes”.

No caso brasileiro, dados do projeto “Supremo em Números” da FGV Direito Rio sugerem que essa abertura também pode ser muito mais restrita do que se pensa.

No controle concentrado de constitucionalidade, por exemplo, os processos que contam com a participação de amici alcançam apenas 10,8%. Em todos os processos no Supremo, existem 1527 entidades que foram habilitadas para atuar como amigo da corte. Mas há uma enorme concentração: algumas poucas entidades representam a maioria das habilitações em diferentes processos.



Existem 1106 entidades que atuaram em apenas um processo. O número pode ser alto, mas não necessariamente expressa a diversidade da sociedade brasileira. No topo estão as entidades habilitadas em 4 ou mais processos – apenas essas 146 já representam 50,5% de todas as habilitações. Nesse grupo, há três principais tipos de amici:



Mais da metade das habilitações são de entidades públicas. Isso se torna mais forte quando os dez amici mais frequentes são considerados. Nesse universo, encontramos no topo o Estado de São Paulo, seguido pela União, o Estado do Rio Grande do Sul, o Conselho Federal da OAB, o Estado do Pará, o Banco Central do Brasil, o Estado de Goiás, o Estado do Amazonas, o Distrito Federal e o Estado de Sergipe.

Entre as entidades privadas, ainda de acordo com o projeto Supremo em Números, uma grande parcela é constituída por associações de classe de carreiras jurídicas, especialmente da magistratura. Embora importante, esse tipo de participação reforça a ideia de que o processo decisório do Supremo permanece acessível principalmente para os experts. A participação da sociedade civil “não-jurídica”, um dos pretensos focos da ideia de “abertura”, representa apenas 1 em cada 4 habilitações.

É até possível que no grupo de amici com 3 ou menos habilitações o perfil seja diferente. De qualquer forma, para além de estarem efetivamente autorizadas a participar, é importante saber se organizações da sociedade civil influenciam as decisões do tribunal. Um teste efetivo

do alcance da teoria de Häberle no Brasil exigiria, por exemplo, diferenciar participações que são ignoradas daquelas que chegam a ser citadas na fundamentação do voto de ministras e ministros.

De qualquer forma, os indicadores disponíveis sugerem uma realidade bem distante do estado de coisas imaginado por quem recorre ao lema da sociedade aberta. Isso não significa que as pretensões normativas por trás do rótulo devam ser abandonadas. Mas, se não levarmos a sério os descompassos entre descrição e prescrição, a repetição exaustiva do mote da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” servirá apenas como anestesia. O mantra da “abertura” irá, na verdade, obstruir os debates sobre a permeabilidade de fato da jurisdição constitucional brasileira à sociedade. O fechamento do ministro Fux a organizações da sociedade no caso do auxílio-moradia, antes de ser encarado como exceção, deveria funcionar como uma **lembrança de que há muito ainda a ser construído**.

****Este artigo expressa a opinião do autor, não representando necessariamente a opinião institucional da FGV.***

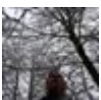
Fernando Leal – Professor da FGV Direito Rio

COMENTÁRIOS

0 comentários

Classificar por

Mais recentes



Adicionar um comentário...

[Plugin de comentários do Facebook](#)