

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO



Eduardo Vieira Carniele

Judicialização da Política
Uma Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
sobre a Participação da Comunidade de Intérpretes da Constituição
nos Processos de Fiscalização Abstrata de Normas

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Teoria de Estado e Direito Constitucional.

Orientadora: Prof^a. Gisele Guimarães Cittadino

Rio de Janeiro
Abril de 2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.



Eduardo Vieira Carniele

Judicialização da política: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a participação da Comunidade de intérpretes da Constituição nos processos de fiscalização abstrata de normas

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof^a. Gisele Guimarães Cittadino
Orientadora
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Florian Fabian Hoffmann
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Joaquim Leonel de Rezende Alvim
Departamento de Direito – UFF

Prof. João Pontes Nogueira
Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro de Ciências
Sociais - PUC-Rio

Rio de Janeiro, 05 de abril de 2006

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e da orientadora.

Eduardo Vieira Carnele

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES

Ficha Catalográfica

Carnele, Eduardo Viera

Judicialização da política: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a participação da comunidade de intérpretes da constituição nos processos de fiscalização abstrata de normas / Eduardo Viera Carnele ; orientadora: Gisele Guimarães Cittadino. – Rio de Janeiro : PUC, Departamento de Direito, 2006.

105 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Direito constitucional. 3. Judicialização da política. 4. Expansão do poder judiciário. 5. Interpretação constitucional. 6. Poder judiciário e questões políticas. 7. Democracia e poder judiciário. 8. Dworkin, Ronald. 9. Habermas, Jürgen. 10. Comunidade de intérpretes da constituição. I. Cittadino, Gisele Guimarães. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Para meu avô, José Merçon Vieira, e minha mãe,
Maria das Graças Vieira Carniele, pela confiança
e apoio.

Agradecimentos

Ao encerrar este trabalho, quero manifestar minha gratidão às instituições e pessoas que contribuíram para sua realização.

Começo pela minha família. A Maria das Graças Vieira Carniele, pela educação e incondicional apoio em todos os momentos. Sou grato também a meus irmãos, Alexandre e Raquel, e a meus avós, José e Genilda, pela confiança que depositam em mim.

Aos amigos, a começar pelo casal Jean Calmon e Mariana Pimentel, amigos de todas as horas e grandes incentivadores deste desafio. Agradeço pela acolhida que ambos me deram no Rio de Janeiro. Da mesma forma, agradeço aos amigos Leonardo Gabrieli, Jennifer Satiko, Jussara Pimentel, Krishnamurti Jareski, Gustavo de Jesus e André Klewer, bem como a todos os colegas da Pós-Graduação, pelo excelente convívio nestes anos.

Aos professores da PUC-Rio, especialmente a Florian Fabian Hoffmann, pelas valiosas sugestões na defesa de projeto, e a Gisele Guimarães Cittadino, cujas lições me despertaram para o tema. Ao Professor da Universidade Federal Fluminense Joaquim Leonel de Rezende Alvim, pela leitura atenta do original.

Aos funcionários Marcos, Cármen e Anderson.

Agradeço, por último e com não menos relevância, à PUC-Rio e ao CNPq, que ofereceram o apoio institucional necessário para a realização deste trabalho.

Resumo

CARNIELE, Eduardo Vieira; CITTADINO, Gisele Guimarães (orientadora). **Judicialização da Política: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a participação da comunidade de intérpretes da Constituição nos processos de fiscalização abstrata de normas.** Rio de Janeiro: 2006. 105p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Nas democracias contemporâneas, é notável a presença do Poder Judiciário e dos Tribunais Constitucionais na tomada de decisões que potencialmente dizem respeito a todos os integrantes de uma comunidade política. No Brasil, este fenômeno, designado por judicialização da política, fortaleceu-se com a promulgação da atual Constituição, que, além de ampliar as possibilidades interpretativas, aumentou sobremaneira a importância do Supremo Tribunal Federal nos processos de fiscalização abstrata de normas. Para analisá-lo, que põe em tensão “Estado de Direito” e “Democracia”, utiliza-se do debate teórico entre a perspectiva substancialista de Dworkin, acerca da democracia e do *Judicial Review*, e do procedimentalismo de Habermas, cuja ênfase no processo democrático resulta na defesa do Judiciário como protetor das condições necessárias à manutenção da democracia. Habermas supõe o potencial racionalizador do diálogo com uma ampla comunidade de intérpretes da Constituição para se produzir decisões corretas. Assim, dada a premissa – expansão judicial no Brasil –, e a opção teórica que aposta no diálogo oriundo da esfera pública no processo de concretização dos dispositivos constitucionais, esta dissertação analisa como o constituinte brasileiro concebeu o STF e a forma de seu acesso, para depois verificar, por meio das respectivas decisões, se o STF adota uma orientação que privilegia ou não o diálogo emergente da esfera pública, notadamente através do reconhecimento da comunidade de intérpretes, para legitimar suas decisões.

Palavras-Chave: Judicialização da Política, Expansão do Poder Judiciário, Interpretação Constitucional, Poder Judiciário e questões políticas, Democracia e Poder Judiciário, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, Comunidade de Intérpretes da Constituição, Supremo Tribunal Federal, Controle de Constitucionalidade, Legitimidade Processual.

Abstract

Carniele, Eduardo Vieira; Cittadino, Gisele Guimarães (Advisor). **Judicialization of Politics: an analyse of Brazilian Supreme Court decisions about interpreters community of Constitution in judicial review.** Rio de Janeiro, 2006. 105p. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica.

In contemporary democracies, it's notable the presence of Judicial Branch and Constitutional Courts taking decisions that potentially refers all whole members of a politic community. In Brazil, this phenomenon, called by "Judicialization of Politics", braced with the promulgation of the current Constitution. This Constitution, besides to amplify interpretative possibilities, increased the authority of "Brazilian Supreme Court" in judicial review. To analyse this phenomenon, that causes a shock between "Law State" and "Democracy", it takes theoretic debate among the substantialist perspective of Dworkin about democracy and Judicial Review and the procedimentalism of Habermas, whose emphasis in democratic process results in defense of Judicial Branch as guardian of necessary conditions for democracy maintenance. Habermas supposes rationalized potential of dialogue with a wide Constitution interpreters community to produce correct decisions. So, this premise – judicial expansion in Brazil – and this theoretic option that bets in dialogue derived from public sphere in the materialization process of constitutional dispositives, this dissertation analyses how Brazilian constituent conceived "Brazilian Supreme Court" and its access way, for after verify, through "Supreme Court" decisions, if this tribunal adopts an orientation that favour or not the emergency dialogue of public sphere, notably through recognition of interpreters community to legitimate its decisions.

Keywords: Judicialization of Politics, Expansion of Judicial Power, Constitutional Interpretation, Judicial Branch and Policies Questions, Democracy and Judicial Power, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, Interprets Community of Constitution, "Supremo Tribunal Federal", Judicial Review, Procedural Legitimacy.

Sumário

1. Introdução, 9

2. Democracia e Tribunais Constitucionais: um Diálogo entre Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, 24
 - 2.1. Democracia e Tribunais Constitucionais em Ronald Dworkin, 26
 - 2.1.1. O Conceito Substancialista de Democracia Constitucional, 27
 - 2.1.2. Controle da Discricionariedade Judicial, *Judicial Review* e a Proteção dos Direitos Fundamentais, 33
 - 2.2. Democracia e Tribunais Constitucionais em Jürgen Habermas, 40
 - 2.2.1. Democracia Deliberativa, Espaço Público e Legitimidade do Direito, 41
 - 2.2.2. Tribunais Constitucionais e a Defesa do Procedimento Democrático em Jürgen Habermas, 52

3. O Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988, 61

4. O Supremo Tribunal Federal e a Configuração do Sistema de Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade Brasileiro, 75

5. Conclusão, 94

6. Referências, 101

1

Introdução

Em uma conhecida passagem da obra *Espírito das Leis*, Montesquieu qualificou o Poder Judiciário como um poder nulo,¹ e, em outra passagem igualmente famosa, o pensador francês afirmou que os juízes não passam da boca que pronuncia as palavras da lei, ou seja, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.² Ambas as passagens representam determinada linha de pensamento que trata o Poder Judiciário como uma instância de caráter autômato, ou seja, como um mecanismo que aplicaria automaticamente, sem vontade própria, as normas oriundas das instâncias legislativas. Entretanto, a atual compreensão do Poder Judiciário, de suas funções políticas no Estado democrático de direito e no sistema de separação de poderes, enquanto aplicador de um texto constitucional dotado de normatividade jurídica, distingue-se em alguns aspectos constitucionais relevantes da antiga concepção liberal, dado que juízes, Cortes superiores e Tribunais Constitucionais desempenham papéis cada vez mais importantes no cenário político. Com efeito, o Judiciário apresenta-se como uma instância de importantes debates de interesse público, e suas decisões têm surtido efeitos que dizem respeito a todos os integrantes de uma comunidade política. Tanto é assim que os tribunais, através de suas decisões, ganham cada vez mais destaque na mídia, nos discursos políticos e em trabalhos acadêmicos, que os relacionam com a vida política nas democracias contemporâneas.

Corroborando esse fenômeno, mas com vista à realidade francesa atual, Antonie Garapon destaca que, cada dia, cresce o número de juízes chamados a pronunciar-se em um número cada vez mais extenso de questões, de modo que hoje os efeitos políticos das decisões das Cortes podem ser aferidos pelo fato de que grandes debates sociais são frequentemente realizados por ocasião de processos de enorme repercussão popular.³ No mesmo diapasão, em estudo comparado sobre a

¹ MONTESQUIEU, *Espírito das Leis*, p. 205.

² *Ibid*, p. 208.

³ GARAPON, *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*, p.23.

composição, o funcionamento, os tipos de controle de constitucionalidade, as atribuições e a influência da jurisprudência constitucional sobre a ordem jurídica e política de cada país, o jurista francês Louis Favoreu destaca a influência dos tribunais sobre a ordem política em países como a Áustria,⁴ Alemanha,⁵ Itália,⁶ França,⁷ Espanha,⁸ Portugal⁹ e Bélgica,¹⁰ entre outros países do velho continente e fora dele.¹¹ Sem falar que a influência dos Tribunais em questões de grande repercussão política constitui fato bem mais antigo em um dos modelos do constitucionalismo, os Estados Unidos, onde a Suprema Corte cumpriu e cumpre uma função central na definição do sistema político estadunidense, e serviu de modelo para Tribunais de inúmeros países.¹²

Note-se que no Brasil, a introdução das condições jurídicas para a presença mais ativa de um Judiciário em assuntos político-constitucionais ocorre exatamente por influência do modelo norte-americano, que exerceu grande influência a partir da Constituição republicana de 1891, no que tange à configuração do Supremo Tribunal Federal, através da incorporação, por intermédio de Rui Barbosa, do sistema difuso do controle de constitucionalidade, reservando ao STF a última palavra sobre as questões constitucionais. Neste sistema, qualquer juiz ou tribunal tem a competência para, diante de um caso concreto, declarar a inconstitucionalidade de uma lei, sendo que a matéria cuja constitucionalidade estivesse em discussão poderia ser levada à mais alta instância judiciária via recursos processuais. Entretanto, diferentemente da matriz norte-americana, o sistema jurídico brasileiro, de influência romano-germânica, não comporta o princípio do *stare decisis*, segundo o qual os precedentes judiciais, notadamente os das altas instâncias, vinculam os próprios órgãos jurisdicionais. Disso resultou que as decisões do STF não produziam os mesmos

⁴ FAVOREU, *As Cortes Constitucionais*, p. 57.

⁵ *Ibid*, p. 76.

⁶ *Ibid*, p. 91.

⁷ *Ibid*, p. 101-102.

⁸ *Ibid*, p. 111.

⁹ *Ibid*, p. 1103-117.

¹⁰ *Ibid*, p. 122.

¹¹ *Ibid*, p. 129-131.

¹² MELO, *A Suprema Corte dos EUA e a Judicialização da Política*, p. 63-89.

efeitos que as da Suprema Corte americana.¹³ Ainda assim, o STF não deixou de estar presente em alguns momentos políticos no Brasil, notadamente através da doutrina brasileira do *Habeas Corpus*, quando o STF, por meio de sua jurisprudência, consolidou o entendimento de que essa ação constitucional, que, em seu sentido clássico, destinava-se tão-somente à proteção do direito de ir e vir, poderia ser utilizada para a proteção de outros direitos individuais relacionados à liberdade pessoal.¹⁴

Com a Revolução de 1930, e concentração ainda maior de poderes no Executivo, a importância do STF foi diminuída. Em nível normativo, porém, vale notar que o papel reservado ao Supremo Tribunal Federal como última instância do controle difuso de constitucionalidade foi mantido pela brevíssima Constituição de 1934, que, além disso, introduziu o instituto da representação interventiva, através do qual o STF controlava eventual afronta ou omissão em relação aos princípios constitucionais fundamentais.¹⁵ A Constituição de 1934 também conferiu ao Senado Federal a faculdade de *suspender a execução* de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo, conferindo, assim, eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade.¹⁶ A Carta de 1937 manteve esses aspectos sobre o controle de constitucionalidade da Constituição de 1934, mas criou a possibilidade de suspender mediante ato legislativo, a decisão judicial que declarasse a inconstitucionalidade do ato normativo, o que deveria ser feito por uma maioria qualificada de dois terços dos votos do parlamento (CF/1937, art. 96). Com a redemocratização, em 1946, promulgou-se uma Constituição que não mencionou mais a possibilidade de revisão legislativa das declarações de inconstitucionalidades pelo STF, e manteve o controle

¹³ VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*, p. 120.

¹⁴ “Foi um período extremamente fértil para a jurisprudência político-constitucional brasileira. Os debates e, torno da amplitude que se deveria dar ao *Habeas Corpus*, enquanto instrumento de defesa dos direitos inscritos na Constituição, tiveram grande repercussão na esfera política, embora a questão da cidadania quase não tenha se alterado para as classes populares, especialmente nas zonas rurais, onde o liberalismo dos republicanos jamais alcançou qualquer êxito. Não se pode negar, entretanto, a relevância do debate constitucional e das ações levadas a cabo pelo Supremo”. Cf. VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*, p. 119.

¹⁵ MENDES, *Jurisdição Constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha*, p. 26. Vale notar que o autor trata a representação interventiva como um antecedente da Ação Direita de Inconstitucionalidade.

¹⁶ *Ibid.* 27.

incidental, com possibilidade de suspensão da execução da lei pelo Senado, nos moldes até então estabelecidos.

Apenas após o golpe de 1964, em um ambiente político inadequado para um exercício independente da jurisdição constitucional, introduziu-se, no sistema constitucional brasileiro, com a Emenda Constitucional 16/65, o controle abstrato dos atos legislativos federais e estaduais, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), mantida pela Constituição de 1967/69, com legitimidade processual exclusiva do Procurador-Geral da República. Este, por sua vez, era nomeado pelo Presidente da República e demissível *ad nutum* pelo próprio chefe do Poder Executivo, o que, do ponto de vista democrático, fazia da ADIn um instrumento de pouco valor no controle de constitucionalidade.

Frise-se que, em meio à ditadura militar, com o fortalecimento do Executivo, o ambiente político não era favorável a um Judiciário atuante. Basta mencionar o Ato Institucional n. 2, que aumentou de 11 para 16 o número de ministros, possibilitando que o Presidente nomeasse novos Ministros do STF afinados com o regime militar, e suspendeu as garantias da magistratura. O AI-5, por sua vez, conferiu poderes ditatoriais ao Presidente da República e, novamente, suspendeu as garantias da magistratura. Com base nesse Ato, foi decretada a aposentadoria compulsória de três ministros: Hermes Lima, Vitor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva, além de terem sido retiradas da esfera de competência do STF medidas relacionadas com os Atos Institucionais,¹⁷ o que fez do Judiciário um poder submisso e limitado a questões menores em termos políticos.¹⁸

Desse modo, pode-se afirmar que o fenômeno da expansão do poder judicial no Brasil apenas ganhou força, primeiro, com o recém-processo de redemocratização,

¹⁷ Como nota Oscar Vilhena Vieira, “Ultrapassados esses confrontos e afastados os Ministros que não se submeteram ao regime de exceção, o Supremo Tribunal Federal não mais ofereceu resistência ao regime militar”. E, mais a frente, o autor afirma: “O Supremo colaborou para a transição no ritmo estabelecido pela agenda do Planalto. Em diversos episódios onde se buscou o Supremo, tiveram os litigantes suas pretensões frustradas por um tribunal submisso à vontade dos militares”. Cf. VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência política*, pp. 124 e 125.

¹⁸ “Ao longo das últimas décadas o Judiciário foi um poder submetido a uma ditadura. Sendo que o regime militar impunha o não conhecimento de determinadas matérias ao Judiciário, este se limitou a questões menores em termos políticos: atos do Presidente militar, baseado no célebre AI-5 eram assunto vetado”. Cf. LOPES, *Crise da Norma Jurídica e Reforma do Judiciário*, p. 72.

que introduziu condições políticas a ele favoráveis, e, segundo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, além de pôr em nível jurídico os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito, foi bastante inovadora em matéria de controle de constitucionalidade e na reconfiguração institucional do Supremo Tribunal Federal.¹⁹ Note-se que simultaneamente à promulgação da Constituição de 1988, introduziu-se, no Brasil, um ambiente político mais propício à presença do Judiciário no cenário político. Embora seja contestável afirmar que o Brasil tenha consolidado a democracia plena, o cenário histórico recente conferiu condições propícias à intervenção judicial. Se comparado aos períodos autoritários da história brasileira, é perceptível a ascensão institucional do Poder Judiciário no esquema de separação de poderes, embora ainda o Executivo prepondere na agenda política do país.

Assim, em primeiro lugar, a positivação de normas com um maior grau de abstração e indeterminação, tais como as que estabelecem os fundamentos do Estado brasileiro – soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político –, juntamente com a garantia de um extenso rol de direitos fundamentais, sociais e coletivos, e a incorporação de matérias que tradicionalmente estavam positivadas em nível infra-constitucional, tudo isso, acompanhado da crença de que a Constituição não se reduz a uma *folha de papel*, mas que consiste em um texto dotado de *força normativa*,²⁰ abre o texto

¹⁹ Oscar Vilhena Vieira acentua que “a expectativa de que o constituinte criaria um tribunal constitucional especializado, nos moldes existentes na Europa Continental, não se confirmou. Isso não significa, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal não tenha atribuições semelhantes às desses tribunais. Não obstante a manutenção da estrutura básica, assim como a de sua composição, diversas foram as alterações da esfera de sua jurisdição que impuseram uma redefinição do seu papel no sistema político-constitucional brasileiro”. Cf. VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política*, 127.

²⁰ A terminologia em destaque remete ao debate entre Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse. Segundo Lassalle, a verdadeira essência da Constituição de um país não reside em uma constituição escrita em si, que apenas representa uma simples *folha de papel*, mas no que ele chama de Constituição real ou efetiva, constituída pela soma dos *fatores reais de poder* que regem uma nação, ou seja, o conjunto de forças que atuam politicamente na manutenção das instituições políticas. Tal concepção nega valor ou força normativa à Constituição escrita, à medida que esta será tanto mais efetiva quando ela mais corresponder aos *fatores reais de poder* (Cf. LASSALLE, *A Essência da Constituição*). Portanto, as questões constitucionais não seriam questões jurídicas, mas sim de poder. Hesse, refletindo as teses de Lassalle anos após a sua apresentação, defende que, ao lado das forças políticas, há uma força determinante oriunda da Constituição, consistente na sua pretensão de eficácia, que constitui elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado, embora o autor reconheça que

constitucional para um sem-número de possibilidades interpretativas, o que traz consigo a necessidade de uma rede institucional habilitada para dar precisão ao sentido dessas normas. Em segundo lugar, a Constituição foi expressa ao reservar ao Supremo Tribunal Federal a condição de mais alta instância do Poder Judiciário e de guardião das normas constitucionais (art. 102), reservando-lhe, entre outras competências, a de julgar as ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade, cuja legitimidade processual para propô-las estendeu-se tanto para entes estatais (Presidente da República, mesa do Senado Federal, mesa da Câmara das Assembleias Legislativas, Governadores e Procurador-Geral da República), como para segmentos da sociedade civil (Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional).²¹

Com isso, o sistema constitucional brasileiro, que possui um complexo sistema de controle de constitucionalidade, cumulando os métodos difusos, de matriz norte-americana, e o concentrado, de matriz européia,²² com a promulgação da atual Constituição, embora mantendo o controle de constitucionalidade incidental ou difuso, reduziu expressivamente o seu significado ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103). Isso permitiu que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle

haja condições e limites para a atuação do direito constitucional. Para o presente trabalho também é importante notar a seguinte afirmação de Hesse: “O significado superior da Constituição normativa manifesta-se na quase ilimitada competência da Cortes Constitucionais, que estão autorizadas, com base em critérios jurídicos, a proferir a última palavra sobre conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais sobre a vida do Estado”. Cf. HESSE, *A força normativa da Constituição*, p. 28.

²¹ No Brasil, atualmente, as ações que compõem o sistema de fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis são: a Ação Direita de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão e a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Desde a publicação da Emenda Constitucional 45/2004, o direito de propositura de todas estas ações foi conferido aos mesmos órgãos e autoridades.

²² O sistema difuso configura-se como aquele em que o poder de controle é deferido a todos os órgãos judiciários, de um dado ordenamento jurídico, que o desenvolve incidentalmente, por ocasião da decisão da causa sob sua competência, e a decisão tem efeito para as partes do processo. O sistema concentrado ocorre quando o poder de controle está reunido em apenas um órgão judiciário. Cf. BARACHO, *Processo Constitucional*, p. 172. No Brasil, conforme afirmado, ao lado do controle difuso, instaurado pela primeira vez na Constituição republicana de 1891 e que tem no Supremo Tribunal Federal a sua última instância, a atual Constituição ampliou o controle concentrado e abstrato, instaurado inicialmente pela EC 16/65, que tem no STF o único e exclusivo órgão de controle.

abstrato de normas,²³ cuja decisão possui eficácia contra todos e efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Esse quadro institucional possibilitou uma abertura democrática do Supremo Tribunal Federal sem precedentes na história brasileira, tornando-o mais um canal de demandas políticas e sociais para grupos que não vêem seus interesses devidamente apreciados pelas instâncias de representação política. Nas palavras de Oscar Vilhena Vieira, a Constituição de 1988, com a ampliação do acesso e o estabelecimento de novas competências, somados à própria extensão do direito constitucional sobre campos antes reservados ao direito ordinário, transformou o STF em uma “importante e cada vez mais demandada arena de solução de conflitos políticos, colocando-a numa posição central em nosso sistema constitucional”.²⁴ E mais, essa abertura possibilitou o uso do Tribunal por grupos de interesses e minorias políticas, o que, no controle abstrato de normas, se deve em grande parte à extensão da legitimidade processual para se propor ADIn a partidos políticos com representação no Congresso Nacional e, sobretudo, a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Observe-se que tais demandas para a solução de conflitos políticos se opera através da linguagem do direito, por meio da interpretação dos dispositivos constitucionais. Com efeito, a interpretação jurídica, não obstante seja operação de natureza lógica mediante a qual se investiga o significado do texto normativo²⁵ – nem sempre claro e preciso –, pode esconder certo subjetivismo e voluntarismo do intérprete. Não à toa, a própria Teoria Pura do Direito²⁶ reconhece que a interpretação jurídica consiste em essência em um ato de decisão, pois a norma é um quadro ou moldura dentro do qual várias possibilidades de interpretação se oferecem ao intérprete, ou seja, a interpretação consiste em uma escolha entre várias opções.²⁷

²³ MENDES, *Jurisdição Constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha*, p. 78.

²⁴ VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*, p. 217.

²⁵ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 437.

²⁶ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 394.

²⁷ Ilustra bem esta tese, a seguinte passagem: “O Direito a aplicar forma, em todas essas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (...) A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada a

Este decisionismo no processo interpretativo é ainda maior quando se busca solucionar um conflito a partir de normas com alto grau de abstração, como as normas constitucionais que reconhecem direitos e fixam princípios fundamentais da sociedade e do Estado. Ao abrigar em seu corpo inúmeros dispositivos de conteúdo moral, como igualdade, dignidade, liberdade, ou, ainda, princípios como a democracia ou Estado de Direito, a Constituição, bem frisa Oscar Vilhena Vieira, se coloca como ponte entre a moralidade política e o direito. Dessa forma, a determinação do conteúdo de suas normas demanda mais do que adoção de métodos interpretativos, voltados à extração de um sentido eventualmente presente no texto, impondo aos aplicadores a obrigação de construção de um processo de precisão do significado dessas normas que possa merecer o reconhecimento racional da comunidade jurídica.²⁸

Acrescente-se que os dispositivos constitucionais são predominantemente compostos por termos não apenas desprovidos de um significado pacífico, mas que também são constantemente objeto das mais acirradas disputas políticas e filosóficas.²⁹ Como destaca Luís Roberto Barroso,³⁰ as Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Por exemplo, há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre iniciativa e a proteção do consumidor. Da mesma forma, no plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-

caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que 'a justeza' (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo dessa interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo". Cf. KELSEN, Teoria Pura do Direito, p. 390-391..

²⁸ VIEIRA, *A Moralidade da Constituição e os Limites da Empreitada Interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein*, p. 218.

²⁹ *Ibid*, p. 225. Na mesma página o autor destaca que: "A adoção de um princípio constitucional como *liberal* ou *social* não transforma essas expressões políticas em expressões técnico-jurídicas, neutralizando seu significado, assim como não encerra a disputa política sobre a natureza e direção do pacto político firmado pela comunidade, no processo constituinte. Simplesmente transfere para a esfera da aplicação da constituição a disputa sobre o *verdadeiro* valor desses princípios. Daí os tribunais estarem sempre envolvidos nas mais intrincadas disputas de caráter político, tendo freqüentemente que resolver conflitos entre poderes soberanos, a partir de conceitos muitas vezes imprecisos"

³⁰ BARROSO, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito. O trunfo tardio do Direito Constitucional*, p. 7.

se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir no direito de ir e vir dos demais. Tudo isso torna a atividade interpretativa da Constituição ainda mais complexa.

Neste ponto, vale sublinhar que este conjunto de fatores – ascensão institucional do Judiciário, constitucionalização de matérias tradicionalmente reguladas por legislação ordinária, introdução de princípios e normas abertas, uso dos tribunais por grupos de interesse e minorias políticas, bem como outras condições políticas favoráveis³¹ ao aumento da demanda por justiça, etc. – redundou na constante provocação do STF, enquanto principal responsável pela guarda de um texto com amplas possibilidades interpretativas, através da comunidade de intérpretes da Constituição. Muitas questões de importância política e social passaram a ter nos tribunais, notadamente no STF, sua instância decisória final. Ainda que tais demandas encontrem justificativa na necessidade de concretizar as regras e os princípios positivados no texto constitucional, freqüentemente elas implicam a anulação de uma decisão política tomada por outro poder ou a conformação dessa decisão ao modo como a Corte Suprema entende. A simples verificação de alguns dos temas objeto de pronunciamento do STF ou de outros tribunais, em período recente, atestam a importância política dessas decisões:³²

³¹ Sobre os fatores que favorecem a judicialização da política vale destacar a lição de Werneck Vianna: “A ‘judicialização da política’ processo por meio do qual se indica a capacidade do Poder Judiciário de garantir os direitos fundamentais, estaria sendo favorecida por um conjunto de variáveis contextuais, cuja presença variaria, em alcance e em intensidade, segundo as características histórico-sociais de cada país, mas que tendencialmente deveriam encontrar expressão homogênea nisso que se poderia qualificar como o Ocidente político. Partindo-se da sistematização de C. N. Tate, tais variáveis poderiam ser agrupadas com base em dimensões institucionais, em aspectos referidos à prática social e em situações conjunturais, contando-se entre as primeiras: a institucionalização de uma ordem democrática — valendo notar, aliás, que não há registro de qualquer exemplo de “judicialização” em um contexto não democrático apesar dos diagnósticos sombrios de alguns que a interpretam como uma ameaça à cláusula da maioria e da soberania democrática; o princípio da separação dos Poderes e da independência do Judiciário; e, por fim, a existência de uma Constituição que explicita direitos e valores, os quais possam ser invocados em defesa dos grupos que se sintam lesados pela vontade da maioria”. Cf. *Poder Judiciário, “Positivção do Direito Natural” e Política*, p. 6.

³² Estes exemplos são mencionados por Luís Roberto Barroso. Cf. *Ibid*, p. 20. Entre eles podem-se acrescentar, entre outras, algumas questões político-eleitorais importantes como a chamada verticalização das coligações partidárias e a redução do número de Vereadores das Câmaras Municipais de todo o Brasil, que foram determinadas por instâncias jurisdicionais, a partir da interpretação de dispositivos e princípios constitucionais. A recente questão sobre a resolução do

“(i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça);

(ii) Relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal;

(iii) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal;

(iv) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, a majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde”.

Nesse contexto, no qual se entende Constituição como lei superior, vinculatória do próprio legislador, o controle de constitucionalidade é visto como um instrumento capaz de garantir a efetividade e a superioridade da lei fundamental. A influência que a Justiça, através da interpretação dos dispositivos constitucionais, exerce sobre a vida coletiva gera a crise de legitimidade com a qual se defrontam, nas sociedades democráticas, a totalidade das instituições que de alguma forma exercem essa autoridade.

Com efeito, todas essas demandas, levadas às instituições públicas com base na linguagem do direito e dos direitos, com a subsequente resposta, juridicamente fundamentada, do Judiciário, podem levar à percepção de que o excesso de direito e de justiça pode pesar sobre a democracia, induzindo à idéia de que os juízes se arrogam no papel de guardião da moral pública, e passam a representar a consciência moral da vida social, política e econômica.³³ Como bem destaca Garapon, se nos países da *Common Law* a influência política do juiz talvez é muito menos visível, por ser mais antiga,³⁴ diferentemente entre os países da família romano-germânica, essa nova sensibilidade traduz uma demanda moral: a espera de uma instância que nomeie o bem e o mal e fixe a injustiça na memória coletiva,³⁵ o que implica dizer que o juiz e os órgãos jurisdicionais permanecem aqui para lembrar à humanidade, à nação ou

Conselho Nacional de Justiça, que proibiu a contratação de parentes até o 3º grau em cargos comissionados do Poder Judiciário também encontrou no STF a última instância decisória.

³³ GARAPON, *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*, p.55.

³⁴ *Ibid*, p.56.

³⁵ *Ibid*, p.25.

ao simples cidadão as promessas feitas, começando pela primeira delas, a promessa de vida e de dignidade.³⁶

Conforme alerta o próprio Garapon, “governo de juízes, ativismo jurídico, protagonismo judiciário, tentação de uma justiça redentora... Palavras não faltam para designar os novos perigos que a justiça pode fazer a democracia correr”.³⁷ O jurista francês prossegue na sua análise afirmando que à Justiça não cabe substituir a prática política, ela não pode “resolver todos os problemas, dar a última palavra em matéria de ciência e história, definir o bem político e responsabilizar-se pelo bem-estar das pessoas. Ela não o pode e não o deve, sob pena de mergulhar-nos num inferno sofista frustrante e estéril e destruidor, que ninguém deseja”.³⁸ Jamais a justiça nos absolverá da responsabilidade de fazer política, porém pode estimular na invenção de uma nova cultura política.

Assim, o excesso de intervenção do Judiciário, órgão essencialmente não-partidário, via controle de constitucionalidade, cria sérios problemas de legitimação nas democracias contemporâneas. Vale dizer, as demandas sociais com base no discurso do direito permanecem em constante tensão com o princípio democrático, o que se agrava com o fato de que um corpo não eleito, ou mesmo responsável politicamente, venha a dizer aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como querem.³⁹

Da mesma forma, o processo de transformar a imprecisão das fórmulas constitucionais em uma efetiva e dinâmica concretização, por meio do juiz constitucional, torna-se também ponto problemático para o princípio da separação de Poderes. Nas palavras de Mauro Cappelletti, esse fenômeno provoca o encontro entre dois poderes ou duas funções: o encontro entre a *lei* e a *sentença*, entre a *norma* e o *juízo*, entre o *legislador* e o *juiz*.⁴⁰

Entretanto, não se pode perder de vista que os procedimentos de concretização da Constituição também criaram um novo lugar de manifestação da esfera pública,

³⁶ Ibid, p.270.

³⁷ Ibid, p.55.

³⁸ Ibid, p.265.

³⁹ ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, p 4.

⁴⁰ CAPPELLETTI, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 26.

que pode ser utilizado por associações e segmentos da sociedade civil organizada e é capaz de atuar sobre o poder político. A descoberta pela sociedade civil desses canais de participação tem levado a uma espécie de “mobilização política judicializada”⁴¹ de grupos de interesses que, representado por advogados, podem provocar decisões judiciais cruciais para a definição e reforma de instituições públicas, a distribuição de riqueza e a definição de identidades sociais.⁴² A esse processo de concretização do direito pela via judicial, com especial destaque para as ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade – em que se observa o surgimento de interpretações construtivas com notáveis repercussões na vida política – designa-se, aqui, pela expressão judicialização da política.

Termo, no Brasil, utilizado por cientistas sociais⁴³ para designar o papel político dos juízes, que permite avaliar como o processo judicial, especialmente o das Cortes supremas, interage com o sistema político democrático e com os poderes Executivo e Legislativo, e quais os seus efeitos em termos de formulação e implementação de políticas públicas,⁴⁴ *judicialização da política* também tem sido utilizado por alguns estudos de pesquisadores dedicados à área jurídica.⁴⁵ Essa terminologia dá a idéia de que inúmeras decisões políticas são tomadas em sede jurisdicional.

Essa nova forma de atuação do espaço público aparece no momento em que o funcionamento dos Poderes Legislativo e Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório. De um lado, observa-se o fenômeno da hipertrofia do Poder Executivo, pelo fato de que esse domina, com métodos monocráticos, o espaço dentro do qual a soberania popular deveria estar presente para formulação da agenda política do país. Seja através da edição abusiva de Medidas Provisórias, atropelando os requisitos constitucionais da urgência e da relevância, seja ditando a própria agenda política do Congresso Nacional, através da requisição de urgência para a votação de projetos de

⁴¹ A expressão é de Marcos Faro de Castro. Cf. CASTRO, *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*, p. 147.

⁴² *Ibid.*, p. 147.

⁴³ Entre cientistas sociais que utilizam o termo, pode-se citar: Marcus Faro Castro, Luiz Werneck Vianna, e José Eisenberg.

⁴⁴ CASTRO, *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*, p. 147.

⁴⁵ Entre os Pesquisadores da área jurídica, pode-se citar Gisele Cittadino, o constitucionalista português José Canotilho e Luis Roberto Barroso.

leis e de outros métodos jurídicos e políticos que determinam a pauta legislativa, o Poder Executivo cerceia as possibilidades de contato da opinião pública nos processos decisórios, esvaziando a substância democrática do regime de 1988.⁴⁶ De outro lado, o Legislativo aparece como um Poder distante dos representados, sem força de fazer frente ao Executivo.⁴⁷ Nesse quadro, um outro lugar de manifestação da esfera pública, que conecta as associações e os cidadãos com o Poder Judiciário, é muitas vezes visto como capaz de atuar sobre o poder político em geral, de modo corretivo sobre os atos dos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal fato potencializa a importância do debate, na teoria política e constitucional, acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e democracia, entendida como processo político majoritário. As atuais circunstâncias brasileiras reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, não apenas como um fenômeno conjuntural, mas como uma crônica disfunção institucional.⁴⁸ Assim, para debater tais questões e buscar-se uma forma de atuação legítima dos tribunais, este trabalho tem como referencial um debate teórico consciente das tensões que a jurisdição constitucional pode causar dentro do princípio da separação de Poderes e, da mesma forma, uma preocupação de que ele se desenvolva sem pôr em risco os dois pilares da democracia constitucional, quais sejam, direitos humanos e soberania popular.

Com isso, para analisar o processo de concretização das normas e princípios constitucionais pelos tribunais, compatibilizando-o com o ideal democrático, apresenta-se um debate entre duas perspectivas teóricas com diferentes concepções de democracia e, por conseguinte, distintas sobre a perspectiva de como podem os tribunais atuar legitimamente nas democracias contemporâneas. Primeiramente, representante de uma forma bem peculiar de liberalismo, cuja nota característica se encontra na defesa do princípio da igualdade, o jurista norte-americano Ronald

⁴⁶ VIANNA, *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, p. 7-16.

⁴⁷ “O Congresso é uma instituição impopular. Severamente criticado pela imprensa, é extremamente malvisto também pela população em geral, como atestam as pesquisas de opinião”. Cf. AMORIM NETO e SANTOS, *A Produção Legislativa do Congresso: entre a paróquia e a nação*, p. 91.

⁴⁸ BARROSO, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Trunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil*, p. 23.

Dworkin, que tem atrás de si toda a experiência constitucional dos Estados Unidos, e anos de atuação da Suprema Corte sobre os mais diversos assuntos de importância do país, apresenta um conceito substancial de democracia, a partir da idéia de que uma comunidade política compartilha princípios comuns, e a defesa do Judiciário, a partir das qualidades que cercam o seu discurso, como a instância adequada para a preservação desses princípios.

De outra parte, o filósofo alemão Jürgen Habermas insere-se nesse debate – muito mais trabalhado na ciência política e no direito constitucional estadunidense – com a publicação de sua filosofia de direito, através da obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, em que, mantendo as premissas filosóficas construídas na Teoria do Agir Comunicativo, formula uma concepção de democracia deliberativa, cujo procedimento possui a qualidade de produzir decisões políticas racionalmente justificadas, reservando ao Tribunal Constitucional o papel de garantidor deste procedimento, que pressupõe, por sua vez, algumas condições democráticas.

Embora, neste trabalho, verifique-se uma clara opção pelo segundo autor, a apresentação do trabalho de Dworkin e de seu debate com Habermas é bastante enriquecedora para realidades como a brasileira, sobretudo pelo fato de que as críticas habermasianas ao modelo liberal, presentes no trabalho do jurista norte-americano, devem-se à necessidade de assimilar criticamente a idéia de princípios comuns compartilhados por uma comunidade política em países de passado autoritário e na defesa de que uma atuação racionalmente aceitável do tribunal não pode ser feita por um ator que dirige a sua palavra ao público a partir de uma interpretação monológica dos princípios constitucionais. Ao contrário, a interpretação deve ter em mente, sem perder as características do discurso judicial e sem abandonar o princípio da segurança jurídica, todo o potencial racional emergente dos discursos que se operam na esfera pública democrática.

Assim, este trabalho pretende, dada a opção por uma perspectiva teórica que privilegia o debate com a esfera pública na densificação dos dispositivos constitucionais, analisar se a Corte brasileira favorece aos potenciais atingidos pelas decisões judiciais a apresentação de seus argumentos, exatamente no tipo de processo

judicial de maior repercussão política no âmbito do STF, o processo de controle abstrato de constitucionalidade. Essa análise concentra-se na jurisprudência definidora dos dois mecanismos que mais abrem o Supremo aos atores informais da Constituição, a saber, o direito de propositura conferido a entidades da sociedade civil e o mecanismo do *amicus curiae*. Entre a exposição do debate teórico entre Habermas e Dworkin, feita no capítulo 2, e o exame de jurisprudência (capítulo 4), faz-se necessária uma breve exposição sobre as características gerais da Constituição de 1988 e de como o Supremo Tribunal Federal se insere neste texto (capítulo 3).

2

Democracia e Tribunais Constitucionais: um Diálogo entre Ronald Dworkin e Jürgen Habermas

Como já dito na introdução, a comparação entre as concepções do jurista norte-americano Ronald Dworkin e do pensador alemão Jürgen Habermas mostra-se bastante proveitosa para analisar a legitimidade do processo de concretização dos princípios constitucionais pela mais alta instância jurisdicional brasileira. Com efeito, o constituinte de 1987/88 incorporou, em uma sociedade plural, entre outros princípios inscritos nas constituições de todo o mundo,⁴⁹ a democracia e a proteção dos direitos fundamentais, princípios estes que estão no centro das preocupações desses dois autores, notadamente na reflexão acerca do papel dos tribunais superiores na concretização dos direitos abstratamente previstos na Constituição.

Da mesma forma, a opção pelo referencial teórico do pensador alemão não faz da obra de Dworkin apenas um contraponto, a partir do qual se insere a crítica habermasiana. Ao contrário, Dworkin não apenas traz importantes elementos para introduzir o pensamento de Habermas, mas também divide com ele muitas preocupações em comum. Assim, ambos defendem uma relação não contraditória entre Estado de Direito e Democracia, o que Dworkin vai fazer por meio do conceito de democracia constitucional, do mesmo modo em que enaltecem o conteúdo deontológico dos direitos fundamentais, juntamente com a valorização, cada qual de maneira muito peculiar, do Judiciário e dos Tribunais Constitucionais na democracia. Vale sublinhar também que ambos estão preocupados com o dever de proferir os tribunais *decisões corretas*, ou seja, decisões que satisfaçam simultaneamente as condições de serem justificadas a partir de padrões normativos previamente postos pelo legislador e de critérios de legitimidade do direito, ou aceitabilidade racional.

Contudo, tal comparação mostra-se mais proveitosa fundamentalmente na diferença entre os dois autores, precisamente na crítica de Habermas à transposição

⁴⁹ Uma análise dos princípios incorporados por Constituições de diferentes partes do mundo encontra-se em: HABERLE, *A humanidade como valor básico do Estado Constitucional*.

de um modelo de interpretação que pressupõe uma idéia de comunidade que partilha princípios comuns, e expressa uma confiança nas práticas constitucionais norte-americanas, para realidades históricas em que o passado político deve ser apropriado reflexivamente. A isso agrega-se a crítica habermasiana ao método monológico de concretização do direito.

Com efeito, a defesa de um conceito procedimental de democracia, com condições procedimentais mínimas que permitam uma formação da opinião e da vontade de maneira discursiva e dialógica, possibilitando aos afetados a participação ativa não apenas no processo de elaboração da norma, como também na sua concretização, ao mesmo tempo em que recusa um tribunal paternalista, consiste na apropriação mais importante para contextos políticos como o brasileiro, da proposta habermasiana. Assim é que Habermas defende um processo hermenêutico aberto à comunidade de intérpretes, partindo da premissa de que a crítica oriunda da esfera pública possui um potencial racionalizador na justificação das decisões tomada pelos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, primeiro, optou-se por expor as principais teses de Ronald Dworkin acerca de seu conceito substancialista de democracia constitucional, e de como ele defende os direitos fundamentais, cuja proteção constitui encargo das instâncias jurisdicionais, e de como o juiz deve agir no processo de concretização desses direitos. Depois, segue-se a proposta habermasiana de democracia deliberativa, que prescinde da confiança nas tradições de uma cultura específica, e a sua defesa de uma dialogia emergente da esfera pública, cuja racionalidade deve penetrar nas instâncias de decisões políticas contribuindo na formulação de decisões corretas. Com isso, o presente capítulo prepara o referencial teórico a partir do qual se examinam as questões postas na introdução e desenvolvidas nos capítulos subseqüentes, ou seja, como o Supremo foi concebido no processo constituinte e, principalmente, como ele tem definido o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade de leis, em particular no que se refere à participação da comunidade de intérpretes da Constituição.

2.1

Democracia e Tribunais Constitucionais em Ronald Dworkin

A obra de Dworkin constitui um dos trabalhos mais importantes e polêmicos da filosofia político-jurídica contemporânea e tem sido objeto de controvérsias que transcendem os estreitos limites do meio acadêmico do Direito⁵⁰. Em linhas gerais, a teoria dworkiniana destaca-se pelo seu contundente ataque ao utilitarismo e à filosofia analítica, propondo uma teoria do direito que não se isole da moral, nem da filosofia, e não tenha apenas funções descritivas mas também prescritivas.⁵¹ Ela revela a necessidade de restabelecer as pontes – cindidas pela tradição analítica desde John Austin – entre o saber normativo do direito, normalmente ocupado pela filosofia do direito, e o saber descritivo da ordem jurídica.

Primeiro, o ataque ao utilitarismo em Dworkin sustenta-se na premissa de que essa escola, ao fixar-se em objetivos coletivos, não toma os direitos individuais seriamente. Para o autor de *Levando os direitos a sério*, os direitos individuais não se subordinam a critérios de bem-estar social e a outros valores coletivos, ao contrário, eles valem por si, pelo seu valor moral. Igualmente objeto de crítica direta de Dworkin, a escola analítica do direito – cuja origem remonta a Austin, discípulo do filósofo utilitarista Jeremy Bentham – propõe uma ciência do direito bem delimitada e definida. Esta escola é conhecida por ter cindido o estudo jurídico em duas partes bem distintas e desconexas: (i) por um lado, o estudo normativo do direito, cuja preocupação se concentraria em investigar como *deve ser* o direito; (ii) por outro lado, o estudo conceitual do direito, que tem como objeto a descrição do direito positivo. Dworkin propõe exatamente o contrário, ou seja, a construção de um saber jurídico que não se feche em si, mas que se abra a juízos morais e a aspectos políticos, sem assumir os pressupostos do jusnaturalismo moderno.⁵²

⁵⁰ CALSAMIGLIA, *¿Por que es importante Dworkin?*, p. 159.

⁵¹ *Ibid.*, 164.

⁵² Segundo Albert Calsamiglia, muitos dos críticos de Dworkin limitam-se a citá-lo sob o rótulo de apologista do sistema norte-americano ou de neojusnaturalista para evitar o enfrentamento direto com o incômodo que suas teses produzem. Contudo, Calsamiglia afirma que Dworkin não é um autor jusnaturalista, pois não acredita na existência de um direito natural que está constituído por um conjunto de princípios unitários, universais e imutáveis. Ademais, o autor americano se utiliza de um

Nesse sentido, sua obra pode ser vista como alternativa para se fugir à disputa entre positivismo jurídico e jusnaturalismo, superando a incerteza do primeiro e o fundamentalismo do segundo.⁵³ Ademais, ela identifica-se com uma teoria jurídica liberal e progressista, que assume como pressuposto político a defesa dos direitos individuais em relação aos interesses gerais, ao mesmo tempo em que evita a doutrina do direito natural e formula uma compreensão bastante peculiar de democracia constitucional e comunidade de princípios, que o ajudará a compreender duas de suas grandes preocupações, quais sejam, saber como se justifica o uso da coerção pelo Estado e como o passado pode determinar o presente.⁵⁴

Como um bom liberal, preocupado com a limitação do poder político, a sua obra também alimenta uma reflexão sobre a função e responsabilidade política dos juízes, o que é feito a partir da idéia de uma comunidade que compartilha princípios comuns. Exatamente nesse ponto a apresentação de Dworkin será importante para o presente trabalho, ou seja, primeiro, na sua formulação de um conceito substancialista de democracia, e, nesse quadro, qual é o lugar dos Tribunais nas democracias contemporâneas e como os juízes se envolvem da tarefa de aplicação dos direitos.

2.1.1

O Conceito Substancialista de Democracia Constitucional

Ronald Dworkin entende que a relação entre democracia e direitos fundamentais não é em si contraditória, e a harmonia entre essas duas idéias ocorre com a construção do conceito de democracia constitucional. Para explicar essa relação, convém antes destacar que, em sua teoria liberal, se destaca a idéia de que uma comunidade democrática, não obstante seja formada por indivíduos independentes do ponto de vista moral, formam uma unidade de ação autônoma, ou

aparato analítico distinto do jusnaturalismo pré-benthaniano e do positivismo jurídico, qual seja, o modelo da reconstrução racional aplicado ao conhecimento do direito. Cf. Ensayo sobre Dworkin, Prólogo in Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1995. p.8-12.

⁵³ ARANGO, *¿Hay Respuestas Correctas en Derecho?*, p. 3.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 3.

seja, o povo, compreendido como uma entidade distinta da maioria ou da soma de numérica de seus membros.⁵⁵

Para que se reconheça no indivíduo a qualidade de membro de uma determinada comunidade, sua teoria requer sejam observadas algumas exigências bem peculiares. Dworkin entende que os indivíduos são membros de uma comunidade de ação autônoma quando se observam cumulativamente três condições: em primeiro lugar, o indivíduo deve tomar parte no governo, no sentido de que este deve ser eleito pelo povo; depois, os interesses dos indivíduos devem se fazer valer nas decisões políticas; por último, o indivíduo deve possuir uma independência moral diante dessas decisões.⁵⁶

Desse modo, uma comunidade autônoma assegura a cada cidadão seu lugar (*princípio da participação*) e seu interesse na vida coletiva (*princípio da implicação*), tanto quanto sua autonomia em relação à comunidade (*princípio da autonomia*). Neste ponto, é interessante notar também que o liberalismo de Dworkin, em comparação ao liberalismo de Rawls, admite de forma muito mais acentuada a importância da vida ética da comunidade na esfera individual. Essa relação mais estreita do indivíduo em relação à sua comunidade implica dizer, por sua vez, que a teoria jurídica e política de Dworkin confere importância tanto aos efeitos da ação coletiva sobre os interesses dos indivíduos quanto aos efeitos de suas ações individuais sobre os demais membros e sobre a comunidade como um todo. Não à toa, conforme anota Gisele Cittadino, que Dworkin faz referência ao republicanismo cívico liberal, quando discute as obrigações que os indivíduos possuem em relação à sua comunidade.⁵⁷

Isso permite a Dworkin defender a idéia de *comunidade de princípios*, precisamente porque as pessoas apenas integram um determinado grupo social

⁵⁵ Para explicar seu conceito de comunidade de ação comunitária, Dworkin recorre à metáfora de uma orquestra executando a 6ª sinfonia de Beethoven: “Una orquesta es una entidad y tenemos que referirnos a esa entidad para entender qué ocurre cuando se ejecuta una sinfonía, pues esta no es sólo una función de las acciones de individuos aislados. Una sinfonía es el producto de músicos que actúan, cada uno con un sentido de que desempeña un papel en algo más grande, a saber, la orquesta”. Cf. DWORKIN; HABERMAS, *¿Impera el derecho sobre la política?*, p. 4.

⁵⁶ Ibid, p. 5.

⁵⁷ CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p.158.

quando aceitam que seus destinos sejam fortemente ligados por *princípios comuns*, e não apenas por regras criadas por um acordo político.⁵⁸ Em suas próprias palavras,

“os membros de uma determinada sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que estas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados”.⁵⁹

Portanto, embora separados por interesses, projetos pessoais, convicções, enfim, diferentes concepções acerca do bem, os indivíduos, enquanto membros de uma comunidade democrática, partilham de uma compreensão de justiça, consistente, no liberalismo de Dworkin, no fato de que todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito e consideração.⁶⁰ Além disso, observando-se que a condição de membro de uma comunidade pressupõe uma independência do ponto de vista ético e moral, ao mesmo tempo em que o membro é individualmente responsável por seus atos, governo algum deve procurar moldar as concepções individuais acerca do bem.

Ademais, não se pode perder de vista que Dworkin, enquanto liberal, entende que os acordos políticos tomados nas instâncias representativas de deliberação nem sempre são capazes de dar conta de todas as dimensões éticas da vida individual, de tal modo que o princípio da autonomia moral exige a existência de direitos fundamentais indisponíveis, atribuídos aos indivíduos moralmente autônomos, e que não estejam ao sabor das majorias eventuais,⁶¹ o que revela o compromisso de Dworkin com as liberdades negativas, ou seja, com um âmbito de ação dentro do qual o indivíduo tem a faculdade de agir independentemente de interferências externas.

Com isso, Ronald Dworkin, em contraposição à idéia de democracia majoritária, cuja característica reside na prevalência absoluta das decisões tomadas por maioria, formula a concepção de democracia constitucional, a partir da premissa

⁵⁸ DWORKIN, *O Império do Direito*, p. 254.

⁵⁹ Ibid, p. 254-255.

⁶⁰ CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 153.

⁶¹ Ibid, p. 158.

de que os membros de uma comunidade são titulares de direitos fundamentais,⁶² e devem ser tratados com igual respeito e consideração.⁶³ Dworkin argumenta que a democracia atual busca nas formas constitucionais dois tipos de regras que condicionam o processo democrático. Primeiro, as regras possibilitadoras – são as que estabelecem o processo democrático, prescrevendo quem deve votar e quem pode ser votado, as instituições compostas por representantes eleitos, enfim, os aspectos procedimentais do governo da maioria. Segundo, as regras constitucionais limitantes, que estabelecem os direitos básicos pressupostos para uma associação legítima.⁶⁴ Enquanto a idéia de democracia majoritária se resume às regras possibilitadoras, que se limitam a assegurar a vontade da maioria, a concepção de democracia constitucional, defendida por Dworkin, além das regras procedimentais, pressupõe um conjunto de direitos fundamentais como condição necessária para uma comunidade democrática. Nesse sentido, a democracia defendida por Dworkin não se satisfaz com as decisões tomadas nas instâncias que garantem a deliberação majoritária, mas exige do governo e da comunidade a submissão a determinadas condições – chamadas de condições democráticas – capazes de assegurar o igual *status* a todos os cidadãos.⁶⁵

Vale frisar, portanto, que os direitos individuais, entendidos como pressupostos da democracia constitucional, encontram-se fora do debate legislativo, logo protegidos contra eventuais decisões lesivas tomadas por grupos de interesses organizados ou por maiorias transitórias, e Dworkin encontrará no Judiciário a instância apropriada para a defesa desses princípios.

A passagem abaixo transcrita demonstra como a preocupação de um Estado de Direito centrado nos direitos, cuja proteção é atribuída à instância jurisdicional,

⁶² Vale frisar que os direitos fundamentais não são, para Dworkin, derivados de um direito anterior e superior, desvelados racionalmente. Ao contrário, ele não acredita na existência de um direito natural, constituído por um conjunto de princípios unitários, universais e imutáveis, tal como o jusnaturalismo moderno pré-Bentham. O jurista norte-americano concebe os princípios e os direitos fundamentais como um dado histórico e cultural, reconhecidos no seio de uma comunidade política, cujos integrantes são tratados com igual respeito e consideração.

⁶³ Ibid, p. 158.

⁶⁴ DWORKIN; HABERMAS, *Impera el derecho sobre la política?*, p. 4.

⁶⁵ DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, p. 17.

constitui instrumento de preservação do princípio básico do liberalismo de Ronald Dworkin: a igualdade.

“Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere. Grupos de interesse, como sindicatos e organizações profissionais, elegem funcionários que também têm poder especial. Membros de minorias organizadas têm, como indivíduos, menos poder que membros individuais de outros grupos que são, enquanto grupos, mais poderosos. Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis. Devemos levar em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. Alguns perdem mais do que outros apenas porque têm mais a perder. Devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional. Pois os indivíduos têm poderes na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los”.⁶⁶

Assim, ao questionar se se constitui prática lesiva para a democracia que questões políticas de princípios sejam decididas por tribunais e não por funcionários eleitos,⁶⁷ Dworkin oferece a resposta no sentido de que a técnica para examinar uma reivindicação de direito, no tocante à coerência especulativa, é mais bem desenvolvida no discurso judicial do que no legislativo ou na massa dos cidadãos que elegem os legisladores. Ou seja, os representantes eleitos não estão, em sua concepção, institucionalmente em melhor situação do que os juízes para decidir questões de direitos. Da mesma forma, os membros de minorias organizadas têm mais a ganhar com a possibilidade de os tribunais poderem decidir questões políticas, pois, na via legislativa, os grupos majoritários têm mais capacidade de impor seus interesses sobre os direitos das minorias, ao passo que os tribunais são mais acessíveis para grupos minoritários pleitearem direitos e obter uma decisão fundamentada acerca de seu pleito.⁶⁸ A revisão judicial, enfim, assegura que as

⁶⁶ DWORKIN, *Uma Questão de Princípio*, p. 31.

⁶⁷ *Ibid*, p. 25.

⁶⁸ *Ibid*, p. 32.

questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político.⁶⁹

Disso resulta que as decisões tomadas pelo Estado e pela comunidade, enquanto agentes morais, sejam relativas às deliberações legislativas, sejam relativas aos pronunciamentos judiciais, devem ser justificadas por princípios compartilhados por uma comunidade ética, o que significa dizer que tanto as normas como as decisões judiciais se subordinam aos princípios de conteúdo moral da comunidade, porém o Judiciário consiste na instância mais apta a verificar a observância desses princípios,⁷⁰ o que fica claro na seguinte passagem:

“Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípios e não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral –, e que deve tomar estas decisões aplicando a teoria substantiva da representação, extraíndo do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais”.⁷¹

Sobre a possível contradição entre Estado de Direito e Democracia, cuja tensão se apresenta de modo especial no fenômeno da revisão judicial da constitucionalidade dos atos deliberados pelo Poder Legislativo, Dworkin enfatiza que o Estado de Direito aperfeiçoa a democracia com a introdução do fórum do princípio, indispensável para um governo com pretensões de assegurar a igualdade entre todos. Em suas palavras:

“Posso ter dado a impressão de que democracia e Estado de Direito são conflitantes. Não é isso; pelo contrário, esses dois valores políticos estão enraizados em um ideal mais fundamental, o de que qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais. O Estado de Direito, na concepção que defendo, enriquece a democracia ao acrescentar um fórum independente, um fórum do princípio, e isso é importante, não apenas porque a justiça pode ser feita ali, mas porque o fórum confirma que a justiça,

⁶⁹ Ibid, p. 102. Vale também destacar a seguinte passagem: “Desse modo, não é antidemocrático, mas parte de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são um pré-requisito da própria legitimidade deste, não serão violados. Naturalmente, os juizes, como os legisladores, podem cometer erros em relação aos direitos individuais. Mas a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação de juizes pelo Executivo demonstrou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política a longo prazo”. DWORKIN, *Juízes políticos e democracia*.

⁷⁰ CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 163.

⁷¹ DWORKIN, *op.cit.*, p. 101.

no fim, é uma questão de direito individual, não isoladamente uma questão de bem público”.⁷²

2.1.2

Controle da Discricionariedade Judicial, *Judicial Review* e a Proteção dos Direitos Fundamentais

Dworkin justifica um papel ativo do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, pressupondo que uma comunidade verdadeiramente democrática não apenas admite como pressupõe decisões contra-majoritárias, cuja força obrigatória advém de *princípios* exigidos pela moralidade política. Para tanto, a teoria de Dworkin requer que as diretrizes políticas e os princípios migrem para a linguagem neutra do direito e do código legal, de tal forma que não se pode estabelecer uma absoluta separação entre direito, moral e política, o que o coloca, conforme já exposto, em posição contrária ao positivismo de Austin ou de Hart.⁷³

Não obstante a defesa de que questões fundamentais de uma comunidade política estejam sob a tutela jurisdicional, Ronald Dworkin mantém a preocupação de um ativismo judicial pautado por argumentos racionais e controláveis, que não descambe para uma versão autoritária dos governos dos juízes.⁷⁴ Assim, a leitura moral da Constituição, embora situe a moralidade política no coração do direito constitucional,⁷⁵ supõe que os juízes e as Cortes, ao aplicarem a Constituição, o façam a partir de limites previamente estabelecidos, de maneira que não possa ser facultada ao aplicador a possibilidade de recorrer a critérios discricionários na concretização do direito.

⁷² Ibid, pp. 38-39.

⁷³ Dworkin considera a obra de Herbert A. L. Hart a mais influente e avançada versão contemporânea do positivismo jurídico e a elege explicitamente como alvo de suas críticas. Cf. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p 31.

⁷⁴ BINENBOJM, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, p. 75.

⁷⁵ DWORKIN, *Freedom's Law: The moral Reading of the American Constitution*, p. 2.

O direito como integridade contesta a forma de ativismo judicial em que o juiz rejeita a Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores dos Tribunais Superiores e as tradições da cultura política, pois defende que os juízes apliquem a Constituição não por suas convicções pessoais, mas por meio de um processo interpretativo capaz de envolver a moral política, a justiça, as tradições e a cultura política de uma nação no processo de aplicação da Constituição, não cedendo espaço para a tirania.⁷⁶

Segundo Dworkin, se o juiz pudesse decidir segundo critérios discricionários, comprometer-se-iam três valores essencialmente democrático-liberais: a autonomia pública, a segurança jurídica e a separação de poderes. Prejudicaria a autonomia pública, pois os juízes, ao criarem as regras a serem aplicadas ao caso, usurpariam da capacidade de auto-legislação dos cidadãos; a segurança jurídica, pois as leis criadas para o caso seriam retroativas; e a separação de poderes, uma vez que, assim agindo, o aplicador estaria assumindo uma tarefa essencialmente legislativa.⁷⁷

Tal desconfiança da subjetividade do órgão aplicador e a defesa de um controle da atividade jurisdicional levam Dworkin a construir uma teoria da decisão judicial que não deixe espaço para a discricionariedade, e o opõe aos representantes tanto do realismo como do positivismo jurídico. Com efeito, a escola realista norte-americana concentra-se no estudo dos comportamentos do juiz e da decisão judicial, afirma que o ato de julgar inevitavelmente está impregnado de um decisionismo do julgador, que, diante de um caso, consciente ou inconscientemente, primeiro escolhe uma decisão, e depois busca os fundamentos para justificá-las.⁷⁸ Já o positivismo jurídico, na versão de Hart, divide os casos apreciados pelo julgador em casos fáceis – que são os casos mais corriqueiros, nos quais a lei a ser aplicada é clara e a jurisprudência, pacífica –, e os casos difíceis, em que a lei é omissa ou confusa, exigindo do juiz um certo grau de discricionariedade na aplicação da lei. Dworkin rechaça qualquer forma de discricionariedade judicial, ao afirmar que os juízes,

⁷⁶ DWORKIN, *O Império do Direito*, pp. 451-452.

⁷⁷ CALSAMIGLIA, *El concepto de Integridad en Dworkin*, pp. 159-163.

⁷⁸ VIEIRA, *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*, p. 188-189. O autor centra-se no realismo norte-americano de Holmes, Frank e Pound.

inclusive nos casos difíceis, têm à sua disposição critérios prévios para decidir da melhor forma possível. Nesse sentido, leciona Oscar Vilhena Vieira:

“Ao trazer os princípios para o sistema jurídico e, conseqüentemente, para a tarefa de aplicação do direito, Dworkin busca demonstrar que o espaço deixado ao magistrado não é tão amplo como pretendem os realistas e positivistas e que o fato de os juízes se utilizarem de outros critérios, que não sejam apenas regras, na aplicação do Direito não significa que estejam agindo discricionariamente, mas apenas aplicando elementos estruturantes do sistema jurídico, que não se confundem com seus próprios valores”.⁷⁹

Para Dworkin, o sistema jurídico, frisa-se, não é integrado apenas por normas, mas também por outros critérios que delimitam a atividade jurisdicional, quais sejam, os princípios do direito e as diretrizes políticas.

Não obstante princípios e regras possuírem um conteúdo deontológico, Dworkin enfatiza que eles se distinguem no plano lógico. Em outras palavras, tanto os princípios do direito como as regras apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem.⁸⁰ Enquanto as regras são formuladas com base em um modelo condicional, em que se verificada a hipótese fática *A*, então aplica-se a consequência normativa *B* (se *A*, então *B*); os princípios possuem conteúdo *a priori* indeterminado e apenas orientam a decisão oferecendo razões para decidir em um ou outro sentido, mas jamais predeterminando de modo conclusivo uma decisão. Daí a afirmação de que as regras são aplicadas à maneira tudo ou nada, de modo que, dados os fatos que uma regra estipula, então, ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, caso em que nada contribui para a decisão; os princípios, por sua vez, apenas contribuem para a decisão oferecendo fundamentos, que podem, no processo de aplicação do direito, ser conjugados com outros fundamentos oriundos de outros princípios.⁸¹

Ao lado das regras e dos princípios, existem também as diretrizes políticas (*policies*), que são um estandarte que propõe um objetivo a ser alcançado, uma meta coletiva. Destaca-se, portanto, nas diretrizes políticas uma dimensão teleológica,

⁷⁹ Ibid, p. 198.

⁸⁰ DWORKIN, *Levando os Direitos a Sério*, p. 40.

⁸¹ Ibid, pp. 39 e ss.

consistente na adoção de um padrão de conduta que melhor atinja um objetivo da comunidade. Os princípios do direito, ao contrário, são um estandarte que deve ser obedecido pelo seu conteúdo deontológico e são uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade política⁸², sem levar em consideração qualquer dimensão de finalidade coletiva. Isso fica muito claro na seguinte passagem:

“Denomino ‘política’ [diretrizes políticas] aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”⁸³.

Note-se que a ponderação defendida por Dworkin é para o caso de colisão entre princípios, e não ocorre quando da colisão entre diretrizes políticas e princípios, hipótese em que os segundos devem necessariamente prevalecer sobre os primeiros. Essa preponderância se justifica em razão da importância que os direitos individuais – exigência de *justiça, equidade ou alguma outra dimensão de moralidade* – desempenham em sua obra.⁸⁴

Por um lado, se o sentido obrigatório dos princípios consiste em uma forma de controlar a discricionariedade do juiz, por outro, deve-se reconhecer também que não é fácil a tarefa de encontrar os princípios jurídicos e conferir o peso exato de cada um deles para resolver os casos concretos. Contudo, Dworkin argumenta que, por mais árdua que seja a tarefa para encontrar e balancear os princípios que são relevantes para a solução de um caso, o juiz tem sempre a obrigação de descobrir qual é o direito das partes e não inventar novos direitos a partir de critérios subjetivos.⁸⁵

⁸² MAIA e SOUZA NETO, *Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy*, p. 73.

⁸³ DWORKIN, *Levando os Direitos a Sério*, p. 36.

⁸⁴ A defesa dos direitos individuais na obra de Dworkin fica muito clara no momento em que ele rejeita a tese utilitarista segundo a qual deve buscar-se a realização de maiores utilidades para o maior número de pessoas mesmo que isso importe em desconsiderar os direitos individuais. Para Dworkin, ao contrário, os direitos individuais não se subordinam a metas coletivas, logo, em caso de conflito, os princípios necessariamente prevalecem sobre as diretrizes políticas.

⁸⁵ VIEIRA, *A Constituição e sua Reserva de Justiça: ensaio sobre os limites do poder de reforma*, p. 201.

Para superar esta dificuldade, Dworkin utiliza-se do recurso contrafático de um juiz ideal, cuja capacidade intelectual pode medir-se com as forças físicas de um Hércules.⁸⁶ Ao mesmo tempo em que esse juiz idealizado revela sua opção pelo construtivismo, ele se apresenta como um protetor das minorias contra eventuais injustiças praticadas pelas majorias, interpretando o direito como integridade, isto é, o direito como um conjunto indivisível dos princípios e valores, que, diferentemente do direito natural racional, encontram-se sedimentados na prática histórica e compartilhados socialmente.⁸⁷ Hércules não age para impor um conjunto de princípios que estão fora do mundo real, mas age dentro de um território concreto: uma determinada democracia, na sua Constituição, e em uma cultura política específica.

Observa-se que a interpretação racionalmente formulada a partir de princípios substantivos deve considerar não apenas a Constituição como um todo, mas também a história, as tradições e as práticas constitucionais. Com isso, o Juiz Hércules, ao interpretar e aplicar o direito, deve ter em mente que seu ato faz parte de um encadeamento histórico, no qual os juízes descobrem os princípios que gradativamente foram incorporados à sua prática constitucional.⁸⁸ Segundo Habermas, a teoria do juiz Hércules reconcilia as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional no presente, ou seja, reconcilia a história com a justiça.⁸⁹

Nesse ponto, Dworkin compara a interpretação jurídica com a formulação de um longo romance literário, no qual o juiz age como um escritor de um capítulo deste romance, cujos capítulos anteriores foram escritos por outros autores, e, para manter a coerência e harmonia com o conjunto da obra, o escritor deve ter em mente o conteúdo dos capítulos anteriores. Como esclarece o próprio Dworkin:

“Em tal projeto [do romance em cadeia], um grupo de romancista escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, ao que então é acrescentado o romancista seguinte, e

⁸⁶ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1, p. 263.

⁸⁷ VIANNA, *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*, p. 35.

⁸⁸ Não é demais lembrar que Dworkin tem em mente os séculos da prática constitucional norte-americana

⁸⁹ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1, p. 264.

assim por diante. Cada um deve escrever um novo capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração.

Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um só autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes”.⁹⁰

Habermas, com isso, afirma que Dworkin tem o mérito de preocupar-se com uma prática de decisão judicial que satisfaça simultaneamente as exigências da segurança do direito e da aceitabilidade racional.⁹¹ O princípio da segurança jurídica exige que as decisões sejam tomadas no quadro da ordem jurídica estabelecida; a pretensão de legitimidade implica, por sua vez, decisões que devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito.⁹²

Segundo Habermas, Dworkin sabe que, para cumprir tamanha tarefa – a de produzir uma teoria decisão judicial legítima dentro de suas premissas –, precisa lançar mão de um personagem com enorme capacidade intelectual e qualidades morais. Habermas, ademais, afirma que o “juiz Hércules” tem à sua disposição dois componentes de um conhecimento ideal: primeiro, ele conhece todos os princípios e objetivos válidos necessários para justificar uma decisão; depois, “ele tem uma visão completa sobre os elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos”.⁹³

A argumentação de Dworkin acerca da leitura moral da Constituição revela um modelo de interpretação constitucional orientado por normas e princípios, e pressupõe uma comunidade que partilha princípios comuns, do mesmo modo que expressa uma confiança antropológica em suas tradições.⁹⁴ Conforme alerta Habermas, é exatamente por confiar nas tradições e práticas constitucionais norte-

⁹⁰ DWORKIN, *O império do direito*, p. 276

⁹¹ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1, p. 252.

⁹² *Ibid*, p. 246.

⁹³ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1, p. 263.

⁹⁴ CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 221.

americanas que Dworkin pode, por um lado, adotar uma visão substantiva e não meramente procedimental de democracia constitucional e, por outro lado, configurar um modelo hermenêutico que pressupõe uma concepção de direito como interpretação e integração.⁹⁵

Não é por outra razão que Habermas afirma:

“A interpretação reconstrutiva só será bem-sucedida se a história, da qual uma ordem jurídica concreta surgiu, sedimentar, de alguma maneira, algum fragmento de ‘razão existente’. Por ser americano, Dworkin pôde apoiar-se num desenvolvimento constitucional contínuo que dura mais de duzentos anos; por ser liberal, ele está obrigado a uma avaliação mais otimista, descobrindo processos de aprendizagem na maior parte do desenvolvimento jurídico americano”.⁹⁶

Entretanto, na visão de Habermas a proposta de Dworkin não é adequada para a maioria das democracias contemporâneas, principalmente nas realidades onde predominam uma situação de pluralismo social, misturada com um passado autoritário. Primeiro porque Dworkin aposta em um juiz que atua monologicamente e tem a pretensão de um privilégio cognitivo, ou seja, um juiz, que por estar altamente qualificado – seja por seus conhecimentos e habilidades profissionais, seja por suas virtudes pessoais –, possa representar os cidadãos e garantir *inteiramente* a integridade da comunidade.⁹⁷ Segundo, porque em um contexto histórico-social que não propicia o recurso a princípios substantivos, inviabiliza a teoria de Dworkin, pois

“a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias com conteúdo normativo; ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios”.⁹⁸

A jurisdição constitucional em Dworkin seria, por assim dizer, o *fórum do princípio* por excelência, porquanto os juízes constitucionais, por sua formação e independência, são considerados mais aptos ou qualificados para envolver questões de princípios (insensíveis à escolha da maioria), enquanto que os parlamentos e governos são mais qualificados à vista de sua legitimação popular, para escolher as

⁹⁵ HABERMAS, op. cit., 252.

⁹⁶ Ibid, p. 266.

⁹⁷ Ibid, p. 277.

⁹⁸ Ibid, p. 252.

políticas públicas que melhor atendam ao interesse da coletividade.⁹⁹ Entretanto, uma forma diferente de conceber a democracia, e de justificar uma jurisdição constitucional adequada para contextos em que o passado político deve ser apropriado criticamente, e que preserve o potencial de racionalidade que emerge do diálogo, pode ser encontrada na perspectiva habermasiana. Assim, no próximo item pode-se observar como Habermas constrói o seu conceito de democracia deliberativa, que é a fonte de legitimação do direito moderno, e como a exigência de legitimidade do direito estará também presente no processo de concretização das normas constitucionais, processo este tanto mais legítimo quanto mais se abrir para o diálogo.

2.2

Democracia e Tribunais Constitucionais em Jürgen Habermas

Na obra *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, Habermas defende a tese de que Estado de Direito e Democracia mais do que se relacionarem do ponto de vista histórico-empírico, guardam entre si um vínculo de natureza conceitual. Em outras palavras, há entre essas duas idéias um nexos interno, de modo que, se levada às últimas conseqüências, a idéia de Estado de Direito permanecerá incompleta sem uma real participação democrática dos cidadãos,¹⁰⁰ do mesmo modo que a realização da democracia depende das formas do Estado de Direito para se efetivar em sociedades complexas.

Com isso, a partir das teses fundamentais da Teoria do Agir Comunicativo, Habermas, diferentemente de Dworkin, desenvolve uma noção procedimentalista do Estado Democrático de Direito e do Direito, sem abandonar o pressuposto de que a ordem jurídica não pode prescindir da pretensão de legitimidade. Mas em condições pós-convencionais, ou seja, num ambiente em que diversas pretensões de validade convivem, muitas vezes em situação de conflito, a qualidade

⁹⁹ BINENBJOM, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, p. 90.

¹⁰⁰ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 2, p. 310. Também: HABERMAS; DWORKIN, *¿Impera el Derecho sobre la Política?*

de legítimo não pode apoiar-se no aspecto metafísico ou substantivo de um direito natural,¹⁰¹ anterior e superior à ordem normativa, mas sim nos pressupostos comunicativos, que se desenvolvem sob condições específicas, do processo de formação da opinião e da vontade, compreendidas à luz da teoria do discurso.¹⁰²

Enfim, inúmeras e complexas são as teses desenvolvidas por Habermas acerca da política e do direito, mas para o propósito do presente trabalho convém delimitar a abordagem dessa teoria a dois aspectos essenciais, quais sejam, (i) ao modo como se fundamenta o conceito normativo de democracia, a que o direito moderno, que se nutre da expectativa de legitimação, vai apoiar-se para justificar uma obediência espontânea à ordem jurídica, e (ii) em que sentido podem os Tribunais Constitucionais, compostos de membros não eleitos pelo voto direto, cumprir legitimamente a tarefa de concretizar as normas e princípios abstratos de uma ordem normativo-constitucional, tomando decisões com repercussões políticas, inclusive revendo as deliberações das instâncias de representação popular.

2.2.1

Democracia Deliberativa, Espaço Público e Legitimidade do Direito

Habermas sempre pensou que sua teoria da ação comunicativa incorporava não apenas uma ética da discussão, mas também uma teoria da legitimação democrática.¹⁰³ Com tal premissa, o pensador alemão constrói o seu conceito de democracia deliberativa a partir de um diálogo com as concepções *liberal*, cuja tradição remonta a Locke, e *republicana*, de matriz rousseauiana, de democracia, presentes no debate teórico-político estadunidense. Esse modelo de democracia deliberativa, que servirá de fundamento para legitimar a ordem jurídica, é construído

¹⁰¹ Segundo Flavio Beno Siebeneichler, a obra de Habermas “pretende, em última instância, discutir as condições, as possibilidades e a legitimidade do direito nas sociedades contemporâneas pós-tradicionais, onde ele tornou-se positivo e funcional, perdendo totalmente seu caráter natural e divino”. Cf. *Uma Filosofia do Direito Procedimental*, p. 156.

¹⁰² HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 2., p. 310.

¹⁰³ MARTINS, *Modelos de Democracia*, p. 86.

especificamente através da confrontação de três aspectos básicos do debate norte-americano, a saber, a *cidadania*, o *direito* e a *natureza do processo político*.¹⁰⁴

Em primeiro lugar, a concepção liberal elabora um *conceito de cidadão* destacando a titularidade de direitos subjetivos oponíveis ao Estado e aos demais cidadãos, ou seja, o liberalismo concebe o cidadão como titular de *direitos negativos* em face de terceiros. Estes direitos decorrem da lei, e cada cidadão, à medida que age dentro de seus limites, goza da proteção do Estado.¹⁰⁵ Ainda nessa lógica liberal, os direitos políticos de participação dão aos cidadãos a possibilidade, através de eleições e da composição do parlamento e do governo, de fazer valer seus *interesses privados*, que devem ser agregados e cotejados com os interesses pessoais dos outros cidadãos, para, por fim, se formar uma vontade política capaz de agir sobre a administração. Desse modo, os cidadãos ao defenderem seus interesses através do voto, nos processos eleitorais, agem estrategicamente, voltados para o êxito, de acordo com a mesma lógica dos participantes do mercado.¹⁰⁶

Na concepção republicana, ao contrário, as *liberdades positivas*, entre as quais destacam-se o direito de participação e o de comunicação políticas, definem melhor o *status* de cidadão. Os republicanos, portanto, compreendem a cidadania, primordialmente, como a possibilidade de participação em uma prática política comum.¹⁰⁷ As liberdades positivas permitem que cidadãos, através da prática política democrática, se convertam em atores políticos responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais.¹⁰⁸ Vale dizer, espera-se dos cidadãos republicanos, muito mais do que agir segundo seus interesses privados, uma ação virtuosa em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais cidadãos livres e iguais possam entender-se acerca de fins e normas que correspondam aos interesses de todos os integrantes de uma determinada comunidade.

Em consonância com o seu conceito de cidadania, o liberalismo entende a *ordem jurídica* estruturada a partir da noção de *direitos subjetivos*. Estes permitem

¹⁰⁴ HABERMAS, *Três Modelos Normativos de Democracia*, p. 41.

¹⁰⁵ *Ibid*, p. 41.

¹⁰⁶ *Ibid*, p. 41. Também: MARTINS, *modelos de democracia*, p. 88-89.

¹⁰⁷ MARTINS, *op. cit.*, p. 89.

¹⁰⁸ HABERMAS, *op. cit.*, p. 41.

verificar, em cada caso particular, o direito que cabe a cada indivíduo, produzindo segurança jurídica, e possibilitando aos atores o cálculo das possíveis conseqüências de seus atos e das ações dos outros sujeitos de direitos. Além disso, a ordem jurídica tem o condão de fixar *limites de poder* indispensáveis para, em um contexto pluralista, perseguir o equilíbrio mais satisfatório possível de interesses diferentes e conflitantes.¹⁰⁹ Em contrapartida, os republicanos conferem primazia ao *aspecto objetivo* da ordem jurídica. A perspectiva republicana compreende os direitos como resultado de uma vontade política prevalente, e a ordem jurídica incorpora o elemento teleológico de realizar o bem comum em uma dada comunidade, o que implica ajustar os direitos às condições e aos costumes de um grupo social específico.¹¹⁰

No terceiro e último aspecto da comparação feita por Habermas, o *processo político*, a diferença entre republicanos e liberais revela-se muito mais profunda. De um lado, os liberais entendem a política como uma disputa de posições para assumir o poder administrativo e nele manter-se. Da concorrência entre atores políticos que agem estrategicamente, ou seja, orientados para o êxito, a fim de adquirir e conservar posições de poder, forma-se a opinião e vontade políticas na esfera pública e no parlamento. O resultado final desse jogo afere-se por meio de uma soma vetorial de forças, em que o êxito dos atores políticos mede-se pelos votos obtidos dos cidadãos. Estes, por sua vez, votam de acordo com suas preferências, tais como os participantes de um *mercado*, guiados por seus próprios interesses. Neste processo, os atores políticos não fazem uso de argumentos racionais para prevalência de seus interesses, mas transigem através de instrumentos de barganha.¹¹¹ Assim, mediante procedimento democrático, entendido como um sistema de concorrência de interesses privados, a sociedade pode programar o aparelho administrativo do Estado, agregando-lhe os interesses dos diversos atores políticos.

Diferentemente, para os republicanos o paradigma da política não é o mercado, mas o *diálogo*, isto é, a formação da opinião e da vontade no espaço público e no parlamento deve-se à comunicação pública. Note-se que o processo político,

¹⁰⁹ Ibid, p. 41-42.

¹¹⁰ Ibid, p. 42.

¹¹¹ Ibid, p. 42-43.

nessa visão, não se reduz apenas a uma arena de disputas de interesses privados, mas está impregnado de questões de valores. O embate de opiniões no terreno da política tem força legitimadora, e o exercício continuado do discurso público adquire força vinculatória sobre a forma de exercer o poder político e penetra nas instituições responsáveis por decisões de interesse geral da comunidade. A política, nessa perspectiva, constitui um processo de argumentação racional, e não tão-somente de poder, direcionado para um acordo acerca de uma forma boa e justa, ou ao menos aceitável, de ordenar os aspectos da vida que se referem às relações sociais e à natureza social das pessoas.¹¹² Através da política, portanto, os membros de uma dada comunidade se dão conta de sua dependência recíproca, e, voluntária e conscientemente, mantêm esse reconhecimento mútuo em que se encontram e se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade que compartilha princípios comuns.¹¹³

Ademais, para afirmar autodeterminação cidadã, a perspectiva republicana supõe uma *base da sociedade civil* autônoma, independente tanto da administração pública como do intercâmbio privado, que seria capaz de proteger a comunicação política da absorção do aparato estatal e da estrutura do mercado. Isto implica afirmar que a concepção republicana confere um significado estratégico à esfera pública política e à sociedade civil, pois são eles que devem assegurar a força integradora e o entendimento entre cidadãos. Porém representa um idealismo excessivo, pois faz o processo democrático depender da virtude de cidadãos e dos valores compartilhados por uma comunidade.¹¹⁴

Ao comparar os dois modelos, Habermas resume que o modelo liberal, por um lado, confere primazia à liberdade dos modernos (aos direitos humanos) e compreende o processo de formação da opinião e da vontade na eleição e no parlamento como um compromisso de interesses, e o republicano, ao preferir a liberdade dos antigos (a soberania popular) alia o processo político a uma auto-compreensão ética da comunidade.

¹¹² Ibid, p. 43.

¹¹³ Ibid, p. 40

¹¹⁴ Ibid., p. 44.

Diante desse quadro, a teoria do discurso situa-se em uma posição intermediária e associa ao processo democrático conotações normativas mais fortes do que o modelo liberal, porém mais fracas do que o modelo republicano, e toma elementos de ambos, articulando-os de forma nova e distinta.¹¹⁵ A perspectiva habermasiana, sem preterir a estrutura do Estado de direito, confere um lugar central ao processo político de formação da opinião e da vontade, pois ela entende os princípios do Estado de direito como uma resposta conseqüente à questão de como institucionalizar os pressupostos comunicativos de uma formação democrática da opinião e da vontade.¹¹⁶

O pensador alemão enfatiza o fato de que as teorias liberais e republicanas não conseguiram eliminar a tensão existente entre soberania popular e direitos humanos, em outras palavras, entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos, ou ainda, entre liberdade positiva e liberdade negativa. O pensador alemão procura dirimir essa relação de tensão a partir da idéia de que os indivíduos em uma comunidade jurídica somente podem ser inteiramente autônomos se forem simultaneamente autores e destinatários de seus direitos. Dessa idéia de auto-legislação decorre, na argumentação habermasiana, que autonomia privada e autonomia pública não concorrem entre si, ao contrário, se pressupõem mutuamente, há entre soberania popular e direitos humanos um nexo interno, de natureza conceitual.

Esse nexo interno entre direitos humanos e soberania popular caracteriza-se pela circunstância de que a exigência de institucionalização jurídica do processo de auto-legislação apenas pode ser cumprida com o respaldo de um código de direito que garanta as liberdades subjetivas de ação para a produção legítima do direito. Na direção contrária, a distribuição igualitária dessas liberdades subjetivas só pode se concretizar por meio de um procedimento democrático que possibilite extrair do

¹¹⁵ “Habermas, ao sustentar um terceiro modelo – procedimental – critica os liberais pela sua negligência à necessidade de solidariedade social, enquanto os comunitários também são criticados por se inspirarem em uma noção de comunidade limitada, excessivamente dependente dos laços de pertença étnicos e culturais”. CF. MAIA, *Direitos humanos e a teoria do direito e da democracia*, p. 55.

¹¹⁶ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 2, p. 21.

processo de formação da opinião e da vontade políticas resultados presumivelmente racionais.¹¹⁷ Nas palavras de Habermas,

“a autonomia privada e pública pressupõem-se mutuamente. O nexos interno entre democracia e Estado de direito consiste em que se, por um lado, os cidadãos só podem fazer uso adequado de sua autonomia pública se forem suficientemente independentes em virtude de uma autonomia privada que esteja uniformemente assegurada; por outro, só podem usufruir uniformemente a autonomia privada se, como cidadãos, fizerem o emprego adequado dessa autonomia política. Por isso, direitos fundamentais liberais e políticos são inseparáveis. A imagem da exterioridade e da interioridade é enganosa – como existisse um âmbito nuclear de direitos elementares à liberdade, com a prerrogativa de poder pleitear prioridade diante dos direitos à comunicação e participação. Para o tipo de legitimação ocidental, a co-originalidade entre direitos políticos fundamentais e direitos individuais fundamentais é essencial”¹¹⁸

Assim, Habermas defende que a democracia depende da institucionalização de processos e condições de comunicação para a formação livre da opinião e da vontade, de maneira que a política deliberativa não fique na dependência de uma comunidade de cidadãos que compartilhem valores éticos comuns e sejam capazes de ação política, mas sim dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos necessários para uma formação racional da vontade. Em outras palavras, o pressuposto habermasiano aponta para a necessidade de que as instituições democráticas estejam de tal modo organizadas e estruturadas, que o discurso possa emergir como via de resolução dos conflitos provocados pelas rupturas e dificuldades de comunicação em uma comunidade particular. As normas e decisões políticas só podem obter legitimidade pelo fato de poderem ser questionadas e aceitas em um discurso de cidadãos livres e iguais, que se reconhecem não apenas como destinatários, mas também como autores das normas às quais devem obediência.¹¹⁹

¹¹⁷ Cf. LEITE, *Equiprimordialidade de direitos humanos e soberania popular em Jürgen Habermas*, p. 275.

¹¹⁸ HABERMAS, *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*, p. 72. Sobre essa conexão entre direitos humanos e soberania popular, vale notar a seguinte lição: “Sob a ótica crítica discursiva, não há sequer como pensar a hipótese de o asseguramento de um direito fundamental implicar a obstrução de um preceito formulado pela soberania popular, nem a hipótese contrária, de uma decisão majoritária implicar a ofensa a um direito fundamental, porque existe uma conexão interna entre as autonomias privada e pública”. Cf. LEITE, *op. cit.*, p. 291.

¹¹⁹ MARTINS, *Modelos de Democracia*, p. 91.

A correlação entre direitos humanos e soberania popular resulta no fato de que, os cidadãos, ao pretenderem regular legitimamente suas ações através do direito positivo, devem reconhecer a existência de um sistema de direitos,¹²⁰ que permite aos cidadãos tornarem-se autores de seu próprio direito, ou seja, ele estabelece as condições sob as quais as formas de comunicação necessárias para a gênese do direito legítimo obtenham uma forma concreta no âmbito de cada comunidade particular. Consiste em um núcleo mínimo de condições para o exercício da soberania popular, composto pelos seguintes direitos:

- (1) “Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação;
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito;
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual;
- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia pública* e através dos quais eles criam o direito legítimo;
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)”¹²¹.

¹²⁰ CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p.174. O sistema de direitos possibilita a organização da esfera político-jurídica, de tal sorte que ela contenha os direitos fundamentais que os cidadãos devem se garantir uns aos outros se pretendem legitimamente regular sua convivência por meio do direito positivo.

¹²¹ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1, p. 159-160. Sobre esse sistema de direitos vale destacar a seguinte lição do Professor Antonio Maia: “Se, por um lado, qualquer leitor mais severo poderia criticar a maneira pela qual Habermas deduz o sistema de direitos que reconhece como constitutivo da experiência jurídica moderna, por outro, não posso fazer justiça à densa argumentação por ele elaborada até a apresentação do seu princípio do discurso, que depois, interligado com a forma jurídica, resulta no princípio da democracia, núcleo do sistema de direitos.

Ora, em *Facticidade e Validade*, Habermas introduz antes daquilo que chama de ‘gênese lógica de direitos’, o princípio do discurso. Tem-se aqui um pequeno desdobramento do ‘princípio D’, já exposto como elemento central na sua busca de justificação de um critério capaz de aferir a legitimidade das normas de ação em ‘Notas Programáticas para a Fundamentação da Ética do Discurso’. No seu livro de filosofia de direito, o princípio do discurso tem a seguinte formulação: ‘somente são válidas aquelas normas de ação às quais todas as pessoas possivelmente afetadas poderiam dar o seu assentimento como participantes em discurso racional’.

Após a introdução do princípio do discurso, à luz do qual a legitimidade das normas legais pode ser testada, Habermas justifica a ligação entre o princípio do discurso e o princípio da democracia, de onde é derivado o sistema de direitos fundamentais”. Cf. MAIA, *Direitos humanos e a teoria do direito e da democracia*, p. 58.

Note-se que, por um lado, a democracia deliberativa, entendida em termos de teoria do discurso, segundo a qual somente podem pretender validade as normas merecedoras de assentimentos de todos os possíveis afetados enquanto participantes de discursos racionais, deve assumir forma jurídica.¹²² Por outro lado, o direito moderno estrutura-se em um sistema de normas positivas e impositivas que pretendem garantir liberdade dos cidadãos, ou seja, as normas jurídicas resultam de decisões modificáveis a qualquer momento por um legislador político (positiva), asseguradas por meio da ameaça de sanções (impositiva), e, ao mesmo tempo, pretende assegurar a autonomia de todos os sujeitos de direitos de uma determinada comunidade jurídica.¹²³ Desse modo, as normas mutáveis e exigíveis mediante a ameaça de sanção necessitam de legitimidade, pois o direito deve garantir equitativamente a liberdade de todos os cidadãos, o que, em uma sociedade pós-convencional, somente pode ser buscado no processo legislativo democrático.

Em outras palavras, o direito moderno permanece entre a ameaça de sanções e a força resultante de um acordo racionalmente motivado, ou seja, entre facticidade e validade, ou ainda, na dimensão coercitiva de um direito legalmente instituído e na legitimidade resultante de um entendimento conjuntamente negociado.¹²⁴

Outrossim, a sociedade pós-convencional, cuja nota característica é o pluralismo social, cultural e o pluralismo dos projetos pessoais de vida, caracteriza-se pela inexistência de visões éticas, religiosas ou tradicionais de mundo que possam configurar um sistema de valores compartilhados capaz de estabelecer um consenso básico entre os cidadãos.¹²⁵ Nesse contexto, as instituições democráticas e a solidariedade encontram nas formas do direito moderno a possibilidade de que se regule a interação de cidadãos estranhos, que desejam permanecer estranhos entre si.¹²⁶

¹²² HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 2, p. 315.

¹²³ *Ibid.*, p. 307.

¹²⁴ CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 171.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 171.

¹²⁶ ARAGÃO, *Habermas: filósofo e sociólogo de nosso tempo*, p.58.

Observa-se, portanto, que a proposta habermasiana de democracia deliberativa compreende que a formação da vontade coletiva, para ser legítima, deve desenvolver-se através da interação entre os mais diversos atores sociais que participam ativamente do debate público. Neste ponto, vale sublinhar a importância que a teoria do discurso da democracia confere à emergência de uma esfera pública autônoma de argumentação e debate como tema central.¹²⁷

Com efeito, Habermas identifica na era moderna a vigência de um espaço livre para o exercício da crítica e da discussão, que se dá em uma esfera situada entre a sociedade civil e o Estado, e onde o público se organiza como um portador de opinião.¹²⁸ O autor de *Direito e Democracia* entende a esfera pública ou espaço público como o local onde são debatidos os mais diversos assuntos de interesse público e vão-se formando as concepções normativas da sociedade. Desse modo, enfatiza-se a participação política e a mais ampla possível democratização do processo de decisão, enfocando-se uma formação discursiva, dialógica e inclusiva da vontade política. Conforme afirma o pensador alemão:

“Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública é um sistema de alarme dotado de sensores não especializados, porém, sensível no âmbito de toda a sociedade. Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem que reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-los e indentificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar”.¹²⁹

Frise-se que a atuação no interior da esfera pública não é movida, como na perspectiva liberal, nem pela defesa de interesses econômicos particulares nem pela tentativa de concentração de poderes com o objetivo de dominar os outros indivíduos. Ao contrário, a esfera pública define-se como o *locus* em que se desenvolve o uso

¹²⁷ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2., pp. 92-98.

¹²⁸ MAIA, *Espaço Público e Direitos Humanos: considerações acerca da perspectiva habermasiana*, p. 7. Conforme leciona Leonardo Avritzer, Habermas pretende mostrar que a modernidade não é marcada apenas pela emergência de subsistemas e formas de ação regidas por fins, mas também por um processo de racionalização ligado à possibilidade da comunicação por meio da linguagem. O conceito de esfera pública reintroduz a dimensão dialógica na democracia e a conecta com a produção de racionalidade, possibilitando a ampliação da prática democrática para além do sistema político e do aparato estatal. Cf. AVRITZER, Leonardo. “Teoria Crítica e Teoria Democrática: do diagnóstico da impossibilidade da democracia ao conceito de esfera pública”, p. 167-188.

¹²⁹ HABERMAS, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Vol. 2, p. 91.

público da razão, permitindo, a partir de uso de argumentos racionais, a instauração de um amplo debate sobre as mais variadas questões. Com isso, a democracia associa-se à idéia de livre debate e à ampliação das áreas passíveis de politização e livre acesso a novos grupos e novas questões. O Espaço público é visto democraticamente, como uma criação de procedimentos através dos quais todos os afetados por normas sociais gerais e por decisões políticas coletivas possam ter voz na sua formulação, estipulação e aplicação, constituindo, assim, a estrutura comunicacional do agir orientado para o entendimento.¹³⁰ Em outra passagem Habermas sublinha que

“Esfera ou espaço público é um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade; porém, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois, ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser caracterizada como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posições e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos”.¹³¹

Para que o melhor argumento prevaleça e obtenha o assentimento generalizado, é necessário que as mais diversas razões tenham iguais oportunidades de chegarem às instâncias de deliberação e decisão, bem como ao público que as influencia. Isso depende de um espaço inclusivo em que cada argumento possa ser submetido a contra-argumentos, de modo que o melhor argumento leve a efeito a sua força legitimadora.

O espaço público cumpre a função de transmitir os impulsos comunicativos surgidos no mundo da vida às instâncias formais de decisão, permitindo à comunidade, que precisa do direito para regular suas relações, insira uma racionalidade dialógica nas instâncias estatais. Por conseguinte, processos e pressupostos comunicativos de formação da opinião e da vontade funcionam como a

¹³⁰ Ibid, p. 92.

¹³¹ Ibid., p. 92. Grifou-se.

comporta mais importante para a racionalização discursiva das decisões de um governo e de uma administração vinculados ao direito e à lei.¹³²

Com isso, o modelo de ação política proposto por Habermas em *Direito e Democracia* vem a ser o modelo das comportas, ou eclusas, em substituição ao antigo modelo do assédio. Em ambos o sistema político estruturado do Estado de direito consta de um centro e de uma periferia. Entretanto, no modelo do assédio, a fortaleza política, que separa o centro da periferia, ficaria permanentemente assediada pelos cidadãos, que, através dos debates públicos, tratam de exercer influência sobre os processos de deliberação e decisão, mas sem intenção de transpor as barreiras que separa o centro da periferia. Na obra *Direito e Democracia*, parte-se do modelo das comportas, segundo o qual se os cidadãos desejarem exercer influência sobre o centro, isto é, sobre o parlamento, sobre os tribunais e sobre a administração, devem fazer com que os fluxos de comunicação provenientes da periferia ultrapassem as comportas dos procedimentos democráticos e dos demais procedimentos estabelecidos pelo Estado de direito.¹³³

Com isso, ao contrário de Dworkin, Habermas enfatiza o potencial de racionalidade dos procedimentos democráticos que permitem uma formação dialógica e inclusiva da vontade. Essa perspectiva, é verdade, requer uma cidadania que se nutre de uma cultura política liberal, e necessita também de condições procedimentais mínimas – o sistema de direitos –, que não podem ser supridas nem pelas decisões majoritárias. Em consonância com essa defesa dos procedimentos democráticos, Habermas rejeita a idéia de que um tribunal se envolva na prática política a partir de valores preferencialmente aceitos. Em sua concepção, os tribunais constitucionais limitam-se a zelar pelos procedimentos democráticos e suas condições mínimas, devendo também abrir-se a todo o potencial de razão emergente do diálogo proveniente da esfera pública.

¹³² Ibid, p. 23.

¹³³ HABERMAS, *Más Allá del Estado Nacional*, p. 147-148.

2.2.2

Tribunais Constitucionais e a Defesa do Procedimento Democrático em Jürgen Habermas

Atento a problemática que envolve o papel das Cortes Constitucionais na tarefa de concretizar as normas e os princípios abstratamente previstos na Constituição, Habermas inicia sua análise com a afirmação de que a existência de Tribunais Constitucionais não é auto-evidente. Para confirmar tal assertiva, o autor recorre à história, que mostra a experiência de alguns Estados de direito nos quais estes tribunais não existem ou não existiram, e, mesmo onde existem, afirma Habermas, pairam inúmeras controvérsias sobre o lugar de suas competências no esquema constitucional de separação de poderes, além de uma enorme desconfiança acerca da legitimidade de suas decisões.¹³⁴

De qualquer forma, Habermas não ignora o fato de que os Tribunais Constitucionais são uma realidade cada vez mais presente nas democracias contemporâneas e desempenham funções centrais nos sistemas políticos, sendo frequente a tomada de decisões judiciais com repercussões na vida política dos Estados atuais. Basta mencionar as funções desempenhadas pelas altas Cortes – entre as quais se destaca a disputa entre órgãos públicos, o controle concreto de constitucionalidade de normas em última instância através do recurso constitucional, tarefa na qual o tribunal funciona como uniformizador do direito, e o controle abstrato de leis –, para constatar quão presente se encontra a jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas. Para Habermas, a concorrência do Tribunal Constitucional com o legislador legitimado democraticamente agrava-se especialmente no âmbito desta última atribuição, o controle abstrato de normas, ou seja, através do reexame judicial para aferir em tese se a lei votada por um parlamento eleito pelo voto direto guarda conformidade com o texto constitucional, o que se torna ainda mais grave com o fenômeno da indeterminação do direito.¹³⁵

¹³⁴ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Vol. 1, p. 298.

¹³⁵ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, p. 303.

O pensador alemão defende a tese de que o esquema de separação de poderes visa submeter a administração e a justiça ao poder gerado comunicativamente nas instâncias de representação popular,¹³⁶ entretanto reconhece que atualmente são tantas as matérias cuja importância reclama por regulamentação que o legislador político não tem condição de regulamentá-las *ex ante* com suficiente precisão, devendo, nesses casos, atribuir à administração e ao Judiciário a tarefa de concretização e desenvolvimento do direito.¹³⁷ A Teoria do Discurso do Direito e da Democracia procura, então, resolver a questão de como interpretações construtivas podem operar legitimamente no âmbito da divisão de poderes do Estado de Direito, sem que o Judiciário e as Cortes constitucionais lancem mão de competências legislativas.¹³⁸

Como já afirmado no primeiro capítulo, a justificação do controle jurisdicional de constitucionalidade quase sempre se perde em um dilema em que constitucionalismo e democracia aparecem como termos em disputa, pois o constitucionalismo, compreendido como um limite jurídico-moral à democracia, desempenha o papel de impor limites às decisões tomadas por majorias. Nesse sentido, compreende-se o controle de constitucionalidade como um instituto meramente contra-majoritário, capaz de assegurar os direitos humanos das minorias, a tutelar, muitas vezes *paternalisticamente*, o processo político.¹³⁹ E exatamente neste ponto apresenta-se a proposta de Habermas: a de um tribunal que atue de modo não paternalista e que assegure aos atingidos das decisões políticas a possibilidade de influírem na tomada de decisão, de modo que se preserve a autonomia pública e privada dos cidadãos, como fica bastante claro na seguinte passagem:

“Uma liberdade outorgada em termos paternalistas significa, por sua vez, uma perda de liberdade ou subtração de liberdade. A partir dessa colocação, desenvolvo um modelo procedimentalista do direito: nas complexas relações e situações do Estado social, os sujeitos do direito privado não podem, em absoluto, chegar a gozar de liberdades objetivas, se, em seu papel de co-legisladores políticos, não fazem uso de suas liberdades comunicativas, nem se envolvem em debates públicos sobre a interpretação das necessidades, de sorte que sejam os próprios cidadãos que

¹³⁶ Ibid, p. 298.

¹³⁷ HABERMAS, *Más Allá del Estado Nacional*, p. 148-149.

¹³⁸ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol.2, p. 297.

¹³⁹ OLIVEIRA, *Devido Processo Legislativo e Estado Democrático de Direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*, p. 279.

desenvolvam os critérios e pautas segundo os quais o que é igual deve ser tratado como igual e o desigual como desigual”.¹⁴⁰

Vale destacar que Habermas pressupõe os Tribunais Constitucionais, ainda que estejam diante de textos com amplas possibilidades interpretativas, como órgãos obrigados a proferir *decisões corretas*,¹⁴¹ ou seja, devem decidir, a partir dos padrões de condutas obrigatórios e legitimamente postos pelo legislador democrático, bem como produzir decisões adequadas, para desvendar qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito, satisfazendo, portanto, aos critérios de segurança do direito e aceitabilidade racional. Com isso, recusa o fato de os Tribunais envolverem-se na tarefa de criação do direito, a partir de um equilíbrio ou “sopesamento” de valores preferencialmente aceitos, ou com o objetivo de cumprir fins coletivos concebidos de modo paternalista.¹⁴²

Desse modo, para Habermas, os tribunais constitucionais não podem ser comparados a um guardião de uma suposta ordem de valores substantivos, pois os princípios constitucionais de caráter normativo que asseguram a legitimidade do processo legislativo democrático não podem ser interpretados como valores concretos de uma dada tradição ético-política, como sugere a tradição republicano-comunitarista, a partir de uma teoria substantiva dos direitos fundamentais ou uma

¹⁴⁰ HABERMAS, *Más Allá del Estado Nacional*, p. 163.

¹⁴¹ Com esclarece a Professora Gisele Cittadino, ao explicar o modelo de interpretação constitucional proposto por Habermas: “Dado o pluralismo social, cultural e dos projetos individuais de vida, a interpretação e a prestação jurisdicional constitucional devem procurar estabelecer aquilo que é correto e não, como defendem os comunitários, aquilo que é preferencialmente bom, dada uma ordem específica de valores”. Cf. CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, p. 204.

¹⁴² O sentido deontológico da hermenêutica liberal, que Habermas acompanha, pode ser assim explicado: no caso de conflito entre um direito fundamental e um valor preferido por uma dada comunidade dotada de soberania popular, deve prevalecer o direito fundamental, porque este corresponde a um *dever* e refere-se ao que é *correto*, não apenas ao que é *preferido* em determinada situação histórica. Cf. LEITE, *Equiprimordialidade de direitos humanos e soberania popular em Jürgen Habermas*, p. 252

teoria do devido processo substantivo.¹⁴³ Nas palavras de Habermas, “o tribunal não pode assumir a posição de um regente que entra no lugar de um menor de idade”.¹⁴⁴

Neste sentido, Habermas lembra a advertência de Ingeborg Mauss, ao apontar o risco de entender o tribunal a Constituição como um texto fundamental, dotado de uma unidade valorativa, do qual os juízes do Tribunal Constitucional estariam dotados de capacidades morais e monopolizariam a sabedoria para interpretá-lo em nome de toda a comunidade. Tal concepção, segundo esta autora, e em consonância com a perspectiva da Teoria do Discurso, apresenta o risco de o tribunal disfarçar o seu decisionismo sob o manto de uma ordem de valores.¹⁴⁵

Ademais, uma interpretação constitucional que opta pelo sentido teleológico das normas e princípios constitucionais, preterindo o sentido deontológico do sistema de direitos, desconhece não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, como também as relações assimétricas de poder decorrente dos sistemas administrativos e econômicos nas sociedades atuais.¹⁴⁶ Na teoria do discurso, ao contrário, o papel dos tribunais constitucionais consiste precisamente em proteger o processo de criação democrática do direito, e as condições da gênese democrática das leis, o que pressupõe reservar às Cortes Constitucionais a guarda do sistema de direitos que torna a autonomia privada e a autonomia pública igualmente possíveis em sociedades pós-convencionais.¹⁴⁷

Nesse sentido, Habermas procura desenvolver uma concepção que lhe permite defender a idéia de que cidadãos, autores e destinatários do seu próprio direito, possam fazer uso dos procedimentos dialógicos não apenas no nível legislativo de

¹⁴³ OLIVEIRA, *Devido Processo Legislativo e Estado Democrático de Direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*, p. 297. Note-se que a defesa de uma ordem de valores substantivos pelos tribunais está presente na obra de Dworkin (Vide item 2.1.).

¹⁴⁴ Cf. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, p 347.

¹⁴⁵ MAUSS, *Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’*, 187. Em passagem lapidar Mauus esclarece que “Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – o controle ao qual deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização democrática”. Cf. *Ibid.*, 187.

¹⁴⁶ CITTADINO, *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*, p. 38.

¹⁴⁷ Cf. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, p 326.

fundamentação das normas jurídicas, mas também na tarefa de aplicação do direito. Adotando a diferenciação que Klaus Günther faz entre discurso de *justificação*, referente à validade das normas jurídicas, e discurso de *aplicação* do direito, relativo à adequabilidade de normas válidas em um caso concreto, a teoria habermasiana se, por um lado, reconhece a complexidade dessa tarefa de aplicar adequadamente a norma, por outro, afirma que tal dificuldade pode ser reduzida caso se recorra aos *paradigmas do direito*.

Convém destacar que paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de participantes de uma ciência.¹⁴⁸ Os paradigmas indicam os pontos firmes da ciência em um determinado momento, e fornecem modelos para uma formulação dos problemas e de suas soluções para os cientistas que trabalham em um determinado campo de pesquisa. No caso do paradigma jurídico, ele explica, com a ajuda de um modelo da sociedade contemporânea, de que modo devem ser entendidos e manejados os princípios do Estado de direito e dos direitos fundamentais, para que eles possam cumprir, em um dado contexto, as suas funções normativas. Ao explicar a função dos paradigmas jurídicos, Gisele Cittadino ensina:

“O objetivo de Habermas, ao adotar uma compreensão paradigmática do direito, é estabelecer uma íntima conexão entre hermenêutica constitucional e processo histórico, demonstrando como as proposições e exigências do paradigma de direito vigente conformam a doutrina jurídica e influenciam a hermenêutica constitucional. Conseqüentemente, como resultado desta relação entre hermenêutica e história, os princípios do Estado de Direito e o sistema de direitos fundamentais que estão abstratamente presentes nas Constituições das democracias contemporâneas apenas adquirem densidade, segundo Habermas, através de um processo hermenêutico inevitavelmente associado ao paradigma de direito em vigor”.¹⁴⁹

Em face disso, Habermas identifica, no mundo moderno, dois paradigmas de direito em vigor: o do direito formal burguês, vinculado ao Estado liberal clássico, e o paradigma do direito ao bem-estar, do *Welfare State*. Enquanto o primeiro se destina a assegurar a autonomia privada dos cidadãos, o segundo surgiu com o advento de

¹⁴⁸ KUHN, *A estrutura das revoluções científicas*.

¹⁴⁹ CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, p. 206-207.

Estado social, com o objetivo de compensar as desigualdades materiais, o que surgiu juntamente com a necessidade de materializar o direito até então vigente e de criar novos direitos, em face das condições sociais existentes.¹⁵⁰

Segundo Habermas, entretanto, ambos os paradigmas configuram um modelo distributivo de direitos ou benefícios sociais, tratando o cidadão como destinatários de bens e desprezando o papel do cidadão enquanto autor do direito. E mais, o paradigma do bem-estar situa os atores a uma posição marginal de clientes, em face da administração burocrática com seus imperativos sistêmicos, e do paternalismo das intervenções burocráticas.¹⁵¹

A fim de consertar tal falha, Habermas propõe um modelo de *paradigma procedimental* do direito, cuja pretensão se limita apenas a assegurar as condições necessárias a partir das quais os membros de uma comunidade jurídica, mediante práticas comunicativas de autodeterminação, interpretam e concretizam os princípios inscritos na Constituição, de forma a associar direito legítimo e democracia não apenas no nível político deliberativo de produção de normas, mas também na interpretação dialógica do direito. Esse paradigma procedimental visa assegurar a todos e a cada um o direito de realizar os princípios e o sistema de direitos constitucionalmente configurados, de tomar parte na interpretação da Constituição, tornando possível que a vontade e a opinião dos cidadãos formadas no âmbito da esfera pública, ainda que informais, interajam e influenciem as decisões e deliberações tomadas no Poder Judiciário.¹⁵²

Por conseguinte, o pensador alemão concebe um modelo de jurisdição constitucional em que a Corte Constitucional deve entender a si mesma como protetora das condições que possibilitam um processo legislativo democrático em que a formação da opinião e da vontade se produza de forma livre e inclusiva, assegurando a criação de uma ordem jurídica legítima. Em outras palavras, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de

¹⁵⁰ Ibid., p. 207.

¹⁵¹ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 2, p. 159.

¹⁵² CITTADINO, *Pluralismo, Direto e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, p. 210.

uma suposta ordem supra-positiva de valores éticos de uma determinada comunidade política. Isso implica negar que a Corte Constitucional possa justificar as suas decisões apelando para os valores de uma comunidade ética, o que, na perspectiva habermasiana, é incompatível em uma moral pós-convencional.¹⁵³

Ademais, essa tarefa, para ser legítima, não pode ser executada monologicamente por um juiz dotado de capacidades especiais. Ao contrário, pressupõe outras formas de participação que aliviem o órgão jurisdicional da árdua tarefa de interpretar corretamente as normas constitucionais. Outrossim, no modelo de democracia deliberativa proposto por Habermas, não cabe dúvida de que para o interior da administração e da justiça há de emigrar também um fragmento de formação democrática da vontade, e o poder judicial, ao assumir a tarefa de desenvolver e concretizar o direito, também há de justificar-se perante foros ampliados de crítica jurídica. Dessa maneira, a solução para o construtivismo jurisprudencial resolve-se através da fundamentação e da exposição ao debate público, uma vez que a crítica oriunda da esfera pública possui um potencial racionalizador e legitimador.¹⁵⁴

Nesse ponto Habermas aproxima-se do constitucionalista alemão Peter Häberle, especialmente no que tange à defesa de uma Constituição aberta a uma ampla comunidade de intérpretes.¹⁵⁵ Com efeito, ao elaborar sua tese, Häberle pressupõe que a interpretação consiste em um processo aberto que conhece possibilidades e alternativas diversas. Por conseguinte, a vinculação do intérprete ao

¹⁵³ Ibid., p. 212.

¹⁵⁴ SOUZA NETO, *Jurisdição Constitucional, Racionalidade Prática e Democracia*, p. 162 Nesse sentido, é interessante notar a lição de Gustavo Binbenojm, na seguinte passagem: “Costuma-se repetir de forma até mecânica, que ‘decisão judicial não se critica, apenas se cumpre’. Tal frase, em sua despreensão, revela a herança positivista e autoritária de nossa tradição jurídica. Por certo, o dever de submissão às decisões emanadas do Poder Judiciário – e mesmo de um Tribunal Constitucional – não importa necessariamente a sua aceitação acrítica por quem quer que seja. Decisão judicial se critica sim: nos autos, por meio do recurso cabível, nas obras doutrinárias, nos bancos universitários, na imprensa ou até em sedes menos ortodoxas, como conselhos comunitários e associação de moradores”. Cf. BINENBOJM, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, p. 115-116.

¹⁵⁵ “Depois de deixar bem nítida a diferença entre o campo da ação comunicativa legislativa e o da ação comunicativa jurisdicional – e, de passagem, lançar uma crítica mordaz à invasão da competência legislativa por parte dos poderes administrativo e judiciário, que muitas vezes ocorre nas democracias atuais, Habermas apregoa que a interpretação das normas, da mesma forma que a sua produção, deve ocorrer no interior do debate público, com participação efetiva dos cidadãos”. Cf. LEITE, *Equiprimordialidade de direitos humanos e soberania popular em Jürgen Habermas*, p. 257.

texto se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção.¹⁵⁶

Com isso, Häberle desenvolve uma teoria da interpretação constitucional que deixa de enfatizar as duas questões recorrentes na interpretação da Constituição, quais sejam, (i) a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional, (ii) e a indagação sobre os métodos (o processo de interpretação constitucional), para enfatizar o problema dos *participantes* da interpretação. O constitucionalista alemão, diante disso, defende que o juiz constitucional não mais interprete um dispositivo constitucional de forma isolada, principalmente nas leis que afetam maior número de interessados e provocam profundas controvérsias na comunidade,¹⁵⁷ e propõe a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional, notadamente em uma sociedade pluralista, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um número cerrado ou fixado de intérpretes da constituição.¹⁵⁸

Com isso, Habermas concebe o instituto do *judicial review* como um meio necessário para reforçar o processo de formação democrática da vontade, limitado a assegurar, de forma dialógica, gênese democrática do direito, e o sistema de direitos, entendido como condição para uma formação legítima da opinião e da vontade, e sem o qual não há que se falar em autonomia do cidadão. O *judicial review* não pode ser visto como um entrave democrático, mas deve eliminar eventuais obstáculos postos ao processo democrático, assegurando, assim, o vínculo entre Estado de direito e

¹⁵⁶ Não à toa destaca Peter Häberle: “Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!)”. CF. HÄBERLE, *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*, p. 30-31.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 45.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 13. Cf. também BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 509-517. Neste sentido, Habermas defende a necessidade de que o potencial de racionalidade que emerge do diálogo possa emigrar para a decisão judicial: *Hoje as matérias necessitadas de regulamentação são, amiúde, tais que não podem ser reguladas ex ante com suficiente precisão pelo legislador político. Nestes casos, à administração e à justiça compete a tarefa de concretização e desenvolvimento do direito, que exige muito mais deliberações e debates concernentes à fundamentação de normas, do que da aplicação delas. Mas esta co-legislação implícita, para ser legítima, torna então necessárias outras formas de participação, pois não cabe dúvida de que, se isto é assim, para o interior da administração há de emigrar também um fragmento de formação democrática da vontade, e o poder judicial, ao assumir a tarefa de desenvolver e concretizar o direito, há de poder também de justificar-se ante foros ampliados de crítica jurídica.* HABERMAS, *Más Allá del Estado Nacional*, p. 148-149.

democracia radical, mesmo porque a maioria legitimamente eleita não tem a prerrogativa de inviabilizar o próprio procedimento democrático e suas condições procedimentais.

Essa perspectiva, não obstante oriunda de um autor procedente de um país central, onde o discurso sobre modernidade¹⁵⁹ e a cultura política liberal fazem muito mais sentido, permite, neste ponto em especial, um olhar enriquecedor sobre o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade de normas. Primeiro, porque ele recusa, para um contexto de passado autoritário, a aceitação de que o tribunal possa envolver-se na concretização dos direitos de modo paternalista. Segundo, ele busca justificar não apenas as normas jurídicas, que no Estado moderno se nutrem da expectativa de legitimidade, mas também o processo de sua aplicação do direito, dentro do qual decisões cruciais para a comunidade são tomadas.

Assim, antes de entrar propriamente na questão de como o STF tem configurado o sistema brasileiro de fiscalização abstrata de normas, com destaque para a possibilidade de participação de entidades informais no processo de concretização dos dispositivos constitucionais, convém, no capítulo seguinte, brevemente expor como o congresso constituinte e as Emendas Constitucionais posteriores configuraram o STF, com destaque para o seu papel no controle concentrado de constitucionalidade, para depois verificar se há, no seio de suas decisões, valorização dos métodos dialógicos e pluralistas na interpretação da Constituição.

¹⁵⁹ NEVES, *Luhmann, Habermas e o Estado de Direito*, p. 102.

3

O Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988

Conforme bem destaca a professora Ana Lúcia Lyra Tavares, “as condições em que é produzida uma Constituição refletem-se, obviamente, não apenas em seu conteúdo, como também em sua aplicação”.¹⁶⁰ Com essa premissa, especialmente em face da realidade política brasileira em meados da década de 80, após anos de submissão a um regime ditatorial e sob a égide de uma Constituição outorgada por este regime, pode-se afirmar que as condições da constituinte brasileira possibilitaram a confecção de um texto constitucional razoavelmente avançado.¹⁶¹

Não obstante alguns defeitos apontados no processo de elaboração da Constituição de 1987/88, tais como a ausência de uma constituinte exclusiva e a presença dos senadores biônicos, pode-se afirmar que a Assembléia Nacional Constituinte teve ampla participação popular¹⁶² e produziu um texto voltado para a realização da cidadania.¹⁶³ Isso, juntamente com a revogação da Carta Política atrelada ao regime de 64, resultou uma maior vontade para que a nova Constituição fosse realmente aplicada.

Vale notar que o constituinte elaborou o texto constitucional sem contar com um anteprojeto, ou seja, iniciaram-se os debates constituintes “sem conhecer uma vontade prévia sobre quais rumos seguir, em um clima de indefinição, natural diante da amplíssima coalizão de forças que se pusera à frente do processo de transição à democracia”,¹⁶⁴ do qual faz parte a Constituição de 1988. Apesar dessa ausência de orientação prévia e do fato de que a Constituição realmente incorporou concepções políticas antagônicas, a marcante presença dos princípios do chamado

¹⁶⁰ TAVARES, *A Constituição Brasileira de 1988: Subsídios para os Comparatistas*, p. 76.

¹⁶¹ SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 91.

¹⁶² Foram apresentadas 122 emendas populares, que reuniram um total de quase 10 milhões de assinaturas. Não seria nenhum exagero afirmar que o amplo sistema de direitos fundamentais assegurado na Constituição Federal é, em boa parte, resultado de processo de participação política. CF. CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 50.

¹⁶³ SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 92.

¹⁶⁴ VIANNA, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 39.

constitucionalismo comunitário em seu texto final – princípios também encontrados no Anteprojeto Afonso Arinos¹⁶⁵ – parece indicar que essa concepção comunitária consiste em uma forte diretriz na estruturação da Constituição brasileira.

Com efeito, a característica fundamental do constitucionalismo comunitário,¹⁶⁶ qual seja, a compreensão da Constituição como uma ordem de valores compartilhados por uma determinada comunidade política, cujo núcleo básico é o sistema de direitos fundamentais, está presente na Constituição brasileira. Pode-se afirmar, mais detalhadamente, que alguns grandes temas definidores do constitucionalismo comunitário incorporaram-se ao texto promulgado pela constituinte de 1987/88,¹⁶⁷ a saber: (i) a definição do fundamento ético da ordem jurídica, com um amplo sistema de direitos fundamentais e de garantias processuais para a sua efetivação;¹⁶⁸ (ii) a presença de institutos que visam controlar a omissão do

¹⁶⁵ Sobre a Comissão Afonso Arinos, o presidente Sarney, em 18 de julho de 1985, dando seguimento a projeto do Presidente eleito pelo Colégio Eleitoral Tancredo Neves, convocou a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, composta de 50 personalidades, entre juristas, empresários, sindicalistas, escritores, sociólogos, economistas, jornalistas, enfim, diversos representantes da sociedade brasileira, e presidida pelo constitucionalista Afonso Arinos de Melo Franco. A Comissão era subdividida em 10 campos temáticos, e, dentre os juristas que a compuseram, a maioria era representante do constitucionalismo comunitário brasileiro. Inicialmente acusada de conservadora, a Comissão Afonso Arinos, em 18 de setembro de 1986, enviou seu Anteprojeto de Constituição – projeto relativamente avançado, na visão dos comunitários brasileiros – ao Presidente Sarney, que, todavia, não o encaminhou para a Assembléia Nacional Constituinte. Apesar de não contar oficialmente com um documento-base, o projeto organizado pela Comissão do Senador Afonso Arinos, eleito para a Constituinte, influenciou os debates constituintes e a redação final da Constituição. Cf. TAVARES, *A Constituição Brasileira de 1988: Subsídios para os Comparatistas*, p. 83-84 e CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, pp. 32-43.

¹⁶⁶ Uma exaustiva caracterização do constitucionalismo comunitário no Brasil e de sua influência no processo constituinte encontram-se no Capítulo 1, do trabalho da Professora Gisele Cittadino acima citado. Cf. *Ibid*, pp. 11 – 74. A professora destaca os nomes de José Afonso da Silva, Carlos Roberto Siqueira Castro, Paulo Bonavides, Fabio Konder Comparato, Eduardo Seabra Fagundes, Dalmo de Abreu Dallari, Joaquim de Arruda Falcão Neto, dentre outros, como representantes do constitucionalismo comunitário e democrático brasileiro. E sublinha: “O constitucionalismo comunitário toma a constituição como uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores, havendo uma conexão de sentido entre os valores compartilhados por determinada comunidade política e a ordenação jurídica fundamental representada pela constituição, cujo sentido político só pode ser apreciado em relação com a totalidade da vida coletiva”. Cf. *Ibid*, p. 16.

¹⁶⁷ Cf. CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 43.

¹⁶⁸ O art. 1º estabelece como fundamentos da República Federativa do Brasil a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. O art. 3º prescreve como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Além disso, o art. 4º prescreve os princípios que regem o Brasil nas relações

poder público;¹⁶⁹ (iii) idéia de democracia participativa, através da combinação de institutos de participação direta (referendo, plebiscito, iniciativa popular), com a clássica idéia de representação política democrática;¹⁷⁰ (iv) a adoção de uma Corte Suprema como órgão de caráter político, destinado a guardar os valores constitucionais.¹⁷¹

Ademais, outra grande característica comunitária consiste na ampliação da comunidade de intérpretes, que pressupõe, de um lado, a concepção de Constituição aberta, cujas normas se abrem para o futuro, e, de outro, a adoção de institutos que permitam aos intérpretes informais da Constituição deflagrar processos de controle, especialmente os processos judiciais. A Constituição brasileira também contemplou esse aspecto. Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres arrola algumas situações constitucionalmente previstas para os intérpretes da Constituição agirem, quais sejam: a) no mandado de segurança coletivo, a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, LXX, *b*); b) no mandado de injunção, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI); c) na ação popular, em que qualquer cidadão é parte legítima para postular a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII); d) na denúncia de irregularidades ou ilegalidade formulada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato ao Tribunal de Contas (art. 74, § 2º); e) na ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, a ser proposta pelo Ministério Público (art. 129, IV); f) na ação de inconstitucionalidade,

internacionais, e há uma extensa declaração de direitos liberais, sociais e coletivos em todo o texto constitucional, que se inserem nesse fundamento ético da ordem constitucional brasileira.

¹⁶⁹ Os instrumentos são o Mandado de Injunção, presente no art. 5º, LXXI, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, constante do art. 103, § 2º.

¹⁷⁰ O parágrafo único do art. 1º prescreve que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. O art. 14 estabelece que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto com igual valor para todos, e, nos termos da lei, mediante: plebiscito, referendo e iniciativa popular de leis.

¹⁷¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição.

que *pode ser proposta pelas confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional* (art. 103, IX).¹⁷²

Nesse quadro, o Constituinte atribuiu relevantes funções de caráter político ao Supremo Tribunal Federal, especialmente a de guardião da Constituição, ao mesmo tempo em que transferiu muitas de suas antigas tarefas para o Superior Tribunal de Justiça, concebido pela Constituição de 1988 como órgão destinado a uniformizar a interpretação do direito federal. Essa dimensão política, não é demais lembrar, não significa que os juízes estejam autorizados a agir sem independência, sem imparcialidade, a partir de compromissos partidários. Ela apenas deixa claro que a Constituição incorporou um sistema de valores tal que a sua guarda, por via interpretativa, não pode se tornar senão um instrumento de realização política, pois, se a Constituição não foi valorativamente neutra, tampouco será neutra a tarefa de interpretá-la e garanti-la.¹⁷³ Essa natureza política se acentua no sistema de controle concentrado de constitucionalidade, em que o Supremo tem o poder de verificar a compatibilidade de textos normativos em face da Constituição.

É bom destacar também que o constituinte optou por uma Constituição abrangente, que define fins e programa de ação futura a ser aplicado pelo Estado. Por isso, a lei fundamental foi muitas vezes minuciosa e, no seu compromisso com a garantia das conquistas liberais e com o seu plano de evolução política de conteúdo social, nem sempre mantém uma linha de coerência político-ideológica. Ao contrário, muitas concepções ideológicas contrapostas foram incorporadas ao texto.¹⁷⁴ Da mesma forma, a Constituição de 1988 instituiu uma nova idéia de Direito e uma nova concepção de Estado, inspirada em princípios e valores¹⁷⁵ que não se contentam em reproduzir os fatores reais do poder da sociedade brasileira, mas pretendem atingir e modificar a realidade sócio-política, com a finalidade de realizar a plena cidadania.

¹⁷² TORRES, *O Espaço Público e os Intérpretes da Constituição*, p. 133-134. Grifou-se.

¹⁷³ “Ao não se definir como um ordenamento valorativamente neutro, a Constituição permite que, frente a um conflito de direitos fundamentais, juízes e tribunais possam recorrer aos ‘valores supremos’ que se expressam nos princípios fundamentais para dar solução ao caso”. Cf. CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 47.

¹⁷⁴ SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 6.

¹⁷⁵ Id., *Poder Constituinte e Poder Popular*, p. 261.

Diz-se, com isso, que a Constituição brasileira foi muito pretensiosa,¹⁷⁶ regulou os mais variados campos de conflitos da vida política e social brasileira, de modo que quase todo conflito que surge na sociedade brasileira configura-se um conflito de natureza constitucional. Questões de direito civil, penal, processual, tributário, previdenciário, econômico, ambiental, referentes a direitos da criança, dos idosos, de indígenas, entre outras questões de ordem política, econômica e moral podem ser levadas pela comunidade de intérpretes da Constituição às instituições responsáveis pela guarda do texto constitucional.

Diante desse quadro normativo, ou seja, de um ordenamento jurídico sem neutralidade valorativa é que se deve conceber a jurisdição constitucional no Brasil. Na visão do constitucionalismo comunitário brasileiro, a jurisdição constitucional emerge historicamente como um dos mais expressivos instrumentos de defesa da Constituição, considerada não como puro nome, mas como expressão de um sistema de valores aos quais se pretende conferir conteúdo histórico e político.¹⁷⁷ Com efeito, ao lado da condição de última instância do Poder Judiciário, o constituinte conferiu ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da Constituição, competindo-lhe a guarda de todas as normas, princípios e valores constitucionais.

Contudo, frustrou-se a expectativa do constitucionalismo comunitário brasileiro de se criar um Tribunal Constitucional. Note-se que o STF não pode ser alçado à condição de Corte constitucional, porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, dado que persiste o sistema difuso de controle, autorizando qualquer tribunal ou juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade,¹⁷⁸ e também pelo fato de que o STF cumula as clássicas competências caracterizadoras da jurisdição constitucional – notadamente, o controle concentrado de constitucionalidade e a tutela dos direitos fundamentais –, com as que

¹⁷⁶ A afirmação é de Oscar Vilhena Vieira em entrevista concedida ao site Consultor Jurídico. Cf. http://conjur.estadão.com.br/static/text/38932?display_mode=print, acesso em 30/12/2005.

¹⁷⁷ SILVA, *Poder Popular e Poder Constituinte*, p. 247.

¹⁷⁸ Id., *Curso de direito constitucional positivo*, p. 556.

possui enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário, ou seja, a competência para processar e julgar recursos em última instância.¹⁷⁹

Entretanto, a proposta de criação de um Tribunal Constitucional enquadra-se entre os temas que, embora não tenham prosperado no processo constituinte, deixaram resquícios, de modo que essa proposta de certa forma esteve presente na valorização do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e na reestruturação do Judiciário.¹⁸⁰

A função de guardião dos valores constitucionais, uma vez que o Poder Judiciário só atua quando provocado,¹⁸¹ depende, por sua vez, das ações destinadas a deflagrar o processo de fiscalização abstrata de normas, e dos legitimados para propô-las. Primeiramente, entre as ações judiciais destinadas ao controle abstrato de normas, a Constituição previu, originariamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Mas a grande inovação neste tema refere-se à extensão dos entes legitimados para propô-las. Se antes, na Constituição de 1967/69, apenas o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República e demissível *ad nutum*, tinha a prerrogativa de propor a ADIn, com a promulgação da atual Constituição, não apenas o Procurador-Geral da República ganhou mais autonomia em relação ao Poder Executivo,¹⁸² como também ampliou-se substancialmente os legitimados para deflagrar os processos de controle

¹⁷⁹ Criticando esse acúmulo de funções da Jurisdição ordinária com as funções de um Tribunal Constitucional, José Afonso da Silva afirma: “É certo que o art. 102 diz que a ele compete, *precipualemente, a guarda da Constituição*. Mas não será fácil conciliar esta função típica de guarda de valores constitucionais (pois guardar a forma ou apenas tecnicamente é falsear a realidade constitucional) com a sua função de julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância (base do critério de controle difuso) quando ocorrer uma das questões constitucionais enumeradas nas alíneas do inciso III do art. 103, que o mantém como Tribunal de julgamento do caso concreto que sempre conduz a preferência pela decisão da lide, e não pelos valores da Constituição, como nossa história comprova. Não será, note-se bem, por culpa do colendo Tribunal se não vier a realizar-se plenamente como guardião da Constituição, como nossa história comprova”. Cf. *Ibid*, p. 255.

¹⁸⁰ TAVARES, *A Constituição Brasileira de 1988: Subsídios para os Comparatistas*, p. 102.

¹⁸¹ “A jurisdição é inerte e, para a sua movimentação, exige a provocação do interessado. É a isto que se denomina princípio da ação: *nemo iudex sine actore*”. Cf. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 57-58.

¹⁸² O Procurador-Geral da República é nomeado pelo Presidente da República, após aprovação da maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para exercer o cargo por um período de dois anos. Esse prazo fixo representa maior autonomia em relação ao regime anterior, que conferia ao Presidente da República a prerrogativa de demitir, a qualquer momento, por conveniência e oportunidade, o chefe do Ministério Público da União.

abstrato de normas. Aquelas ações permitem aos legitimados a defesa objetiva da Constituição, contestando a validade de leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal, bem como a validade de Emendas Constitucionais, quando contrariarem os limites materiais de reforma (*clausulas pétreas*) previstos no art. 60, § 4º.¹⁸³

A Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, juntamente com o mandado de injunção, constitui um instrumento de controle das omissões inconstitucionais, nos casos em que a Constituição exige uma conduta positiva por parte do poder público, que insiste em permanecer inerte, notadamente nos casos em que a Constituição remeteu ao legislador dever de completar o sentido de suas normas, condicionando a respectiva aplicação à legislação futura. Podendo ser proposta pelos mesmos legitimados para propor a ADIn, seus efeitos, entretanto, são de contestáveis eficácia prática, uma vez que, declarada a omissão para tornar efetiva a norma constitucional, apenas será dada a mera *ciência* ao poder competente para a adoção das providências necessárias, e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

Com a EC 3/93, introduziu-se mais um instrumento de fiscalização abstrata, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), que tem por objetivo afastar a insegurança jurídica ou estado de incerteza acerca da validade de lei ou ato normativo federal, ou seja, ela visa eliminar eventual controvérsia judicial relevante sobre a aplicação de uma lei. A legitimidade para propor a ADC, inicialmente, não era tão ampla com a da ADIn, pois se restringia a autoridades e entidades estatais federais, a saber, o Presidente da República, a Mesa da Câmara do Deputados, a Mesa do Senado Federal e ao Procurador-Geral da República, até que a EC 45/2004 estendeu a legitimidade aos demais entes e autoridades do art. 103 da Constituição.

Outra importante mudança foi introduzida no fim de 1999, por meio da regulamentação do § 1º do art. 103 da CF, ou seja, com o advento da Lei 9.882/99,

¹⁸³ Art. 60, § 4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

que regulou a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹⁸⁴ (ADPF). Esta ação não introduziu novidades acerca da legitimação¹⁸⁵ para iniciar o processo de controle abstrato de normas, mas ampliou o leque de hipóteses que podem ser objeto de controle concentrado. Algumas situações, cuja constitucionalidade não se pode contestar por ADIn, passaram a encontrar na ADPF o meio adequado de provocar a fiscalização abstrata pelo STF, devido a seu objeto mais amplo: evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (Lei 9.882/99, art. 1º).

De tudo isso, o importante é destacar que as Emendas Constitucionais e as disposições legais posteriores confirmaram a tendência de ampliar o papel do STF como guardião da Constituição através da fiscalização abstrata de normas. Seja pela introdução ou regulamentação de novas ações judiciais que compõem este quadro, seja pela ampliação do objeto passível de se contestar em face da Constituição, o controle de constitucionalidade concentrado, exercido pelo STF, saiu ainda mais fortalecido.

Nesse mesmo diapasão, a recente introdução do mecanismo da *repercussão geral*, introduzido com a EC 45/2004, realça importância ao STF. Tal instituto confere certa discricionariedade na apreciação dos recursos extraordinários, principal meio para levar ao STF uma questão constitucional decidida pelas instâncias superiores. Pela arguição de repercussão geral, o STF pode fazer uma filtragem no processamento e julgamento dos recursos, podendo concentrar seus esforços nos processos de maior importância e repercussão jurídico-política. Pela perspectiva do recorrente, este deverá demonstrar, no recurso extraordinário, a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

¹⁸⁴ Não obstante estivesse prevista no texto original de 1988, a ADPF ficou, até o fim de 1999, pendente de regulamentação para ser aplicada, o que ocorreu com a Lei 9.882/99.

¹⁸⁵ Os legitimados para propor a ADPF são os mesmos que os da ADIn (Lei 9.882/99, art. 2º).

Como afirma Oscar Vilhena Vieira, o Supremo Tribunal Federal normalmente julga mais de cem mil casos por ano, nesta década, muito mais do que a Suprema Corte norte-americana, cujos julgamentos não passam de cem casos ao ano, sendo também limitado o número de casos julgados pelos principais tribunais constitucionais ao redor do mundo.¹⁸⁶ Dessa maneira, o mecanismo da repercussão geral aumenta a autoridade do STF, sem ampliar sua carga de trabalho, bem como possibilitará que a Corte desempenhe papel apenas subsidiário e correcional na jurisdição incidental de controle de constitucionalidade, exercida pelos juízes e tribunais inferiores, de modo que terá a faculdade de preferir as questões de maior importância política, inclusive as dos processos de controle concentrado de constitucionalidade.¹⁸⁷

Ademais, para assegurar maior autonomia na tarefa de defender a Constituição, incorporaram-se na Constituição normas sobre a estrutura e composição do STF, bem como normas garantidoras da independência e imparcialidade dos magistrados e do Poder Judiciário. Com efeito, a composição dos membros das Cortes superiores e dos Tribunais Constitucionais consiste em uma preocupação constante nas democracias, uma vez que o procedimento para essa escolha consiste em uma forma de suprir a falta de legitimidade decorrente do fato de que estes juízes não são eleitos pelo voto popular. É claro que um procedimento que privilegia critérios unicamente político-partidários na composição da Corte mostra-se indesejável, pois poderia colocar em xeque a independência e imparcialidade dos juízes responsáveis por julgar questões cruciais para a realidade política de um país. Entretanto, face ao poder exercido pelos Tribunais, é natural que se busque um procedimento capaz de legitimar democraticamente a escolha do Ministro. Diante desse dilema, a Constituição brasileira foi conservadora, preservou a composição de 11 Ministros,¹⁸⁸ com idêntico procedimento de escolha, ou seja, um procedimento

¹⁸⁶ VIEIRA, *Que Reforma?*, p. 201.

¹⁸⁷ VIEIRA, *Que Reforma?*, p. 202.

¹⁸⁸ Quanto aos requisitos para ser Ministro do STF, a Constituição apenas prescreve que esta escolha deve recair sobre cidadãos brasileiros (natos), de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de 35 e menos de 65 anos de idade. Neste ponto vale destacar a seguinte lição: “Detecto na permanência do Supremo Tribunal Federal com a composição e estrutura que tinha no período autoritário e ditatorial, anterior ao regime democrático, o maior entrave institucional para o aprofundamento da democracia entre nós. Juízes nomeados por generais-presidentes continuaram

que combina a participação do chefe do Poder Executivo e da Casa Legislativa destinada a representar os Estados da federação; mais especificamente, pela Constituição de 1988, compete ao Presidente da República nomear o Ministro do STF, cuja nomeação é submetida à aprovação pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal.¹⁸⁹

Uma vez investidos no cargo, incide sobre o Ministro uma série de prerrogativas funcionais¹⁹⁰ e impedimentos,¹⁹¹ a fim de assegurar um exercício mais independente e imparcial da função judicial. Com igual propósito dotou-se o Poder Judiciário, incluindo o Supremo, de garantias institucionais – as autonomias

exercendo e ainda exercem o cargo, mantendo praticamente intacto o entendimento jurídico – aliás, de grande qualificação técnica, diga-se de passagem, nem se considere estarmos aqui fazendo algum reparo à pessoa ou ao jurista de nenhum destes ou qualquer outro dos Ministros – e a orientação ideológica que então possuíam, como é de se esperar, dificultando, assim, a transformação postulada pela Constituição de 1988”. GUERRA FILHO, *Da Necessidade de Transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional*, p. 2. (www.mundojuridico.adv.br, acesso em 25/01/2006).

¹⁸⁹ Esta norma foi introduzida na Constituição de 1891 sob a influência do artigo da Constituição Americana, que prevê o mesmo procedimento. Nos EUA, na prática o processo de escolha de um juiz da Corte Suprema envolve um número muito grande de interessados e uma enorme pressão popular. No Brasil, há de se reconhecer que as escolhas dos ministros do Supremo ganharam maior notoriedade a partir do papel político da assumido pelo STF na Constituição de 1988. Atualmente, os políticos, a sociedade civil e a imprensa estão mais vigilantes em relação aos nomes escolhidos para ser Ministro do Supremo, havendo inclusive uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC 484/05), amplamente divulgada pela imprensa, para modificar o processo de escolha dos Ministros do Supremo, cabendo ao Congresso Nacional, por maioria absoluta, e depois nomeados pelo Presidente da República. A PEC veda que a nomeação recaia sobre quem exerça mandato político, cargo de ministro de Estado ou de presidente de partido político até quatro anos depois do mandato ou de ser afastado definitivamente de suas funções, bem como pretende tornar inelegível por quatro anos o ministro, contados a partir do afastamento definitivo de suas funções judiciais.

Da mesma forma, a regra sobre a escolha do Presidente do Supremo foi mantida, tal como em todas as Constituições desde 1891, ou seja, continua sendo escolhido pelos próprios membros da Corte dentre os seus pares, e exercerá a presidência da Corte por um período de dois anos, sem nenhuma previsão constitucional de ingerência externa nessa deliberação. Nesse particular, a Constituição brasileira difere da Constituição norte-americana, que confere ao Presidente da República a prerrogativa de nomear o presidente da Corte, submetendo essa nomeação à aprovação do Senado Federal. Nos EUA, ademais, o cargo de Presidente da Corte (*Chief Justice*) é vitalício, e não precisa ser ocupado por um juiz que já integra a Corte (*Justice*). No Brasil, a previsão de dois anos para o exercício da presidência não decorre da CF/88, mas de disposição regimental (Cf. art. 12 do RISTF).

¹⁹⁰ Uma vez nomeados, são asseguradas aos Ministros algumas prerrogativas visando o exercício independente da função, tais como as garantias da irredutibilidade de vencimentos, da vitaliciedade e da inamovibilidade.

¹⁹¹ A exemplo dessas garantias, algumas incompatibilidades estão constitucionalmente previstas para garantir um exercício mais imparcial da função jurisdicional. Assim, as vedações constitucionais de exercer, ainda que em disponibilidade, outra função ou cargo público, salvo uma de magistério; receber a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; e dedicar-se à atividade político-partidária (art. 95), e, recentemente, inserida pela EC 45/2005, a vedação de o Juiz ou o Ministro de exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

orgânico-administrativa e financeira¹⁹² – de modo que, ao menos normativamente, o STF possui um nível de independência em relação aos outros Poderes, o que permite um melhor exercício de suas funções.

Vale notar que a EC 45/2004 introduziu algumas modificações na estrutura do Judiciário brasileiro, sendo uma das mais significativas a criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão destinado a exercer o controle externo do Poder Judiciário.

¹⁹³ Compõem este órgão quinze membros, sendo nove representantes do Judiciário, prevalentemente de suas instâncias superiores, dois do Ministério Público, dois advogados e dois cidadãos. Escolhidos de distintas formas, todos são nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal.¹⁹⁴

O Controle externo, longe de significar qualquer ataque à independência ou à imparcialidade dos juízes, procura reforçar a legitimidade democrática do Judiciário, dando-lhe maior transparência e possibilitando um controle não sobre o mérito das decisões dos magistrados, mas sobre a conduta ética dos juízes e de seus auxiliares, bem como sobre eventuais violações dos princípios constitucionais da administração

¹⁹² A primeira abrange a eleição dos órgãos diretivos, a possibilidade de editar regimento interno que discipline a competência e o funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos consoante as leis processuais, bem como a organização de suas secretarias e serviços auxiliares (art. 96). A autonomia financeira se traduz na iniciativa de formular a sua proposta orçamentária, obedecendo aos limites estipulados conjuntamente com os três poderes.

¹⁹³ A vedação do nepotismo no Poder Judiciário de todo o Brasil pode ser considerada como a principal realização do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nos seus primeiros seis meses de atuação. Além da Resolução nº 07, que proibiu a contratação de parentes até terceiro grau para o exercício de cargos e funções comissionadas nos tribunais, o Conselho tomou outras decisões importantes, tais como a que decretou o fim das férias coletivas nos Tribunais de 2º grau e a que estabeleceu a promoção de magistrados por voto aberto e fundamentado.

¹⁹⁴ O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz federal de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. O Conselho será presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal (artigo 103 – B).

pública na atividade de administração do Poder jurisdicional.¹⁹⁵ No que concerne às atribuições do CNJ, a EC 45/2004 instituiu um órgão de fiscalização, com competência para o controle *disciplinar e administrativo* do Poder Judiciário, isto é, a fiscalização sobre a conduta dos juízes, bem como sobre o seu orçamento e suas despesas, propiciando uma administração nacional e centralizada do controle das atividades jurisdicionais.¹⁹⁶

Contudo, dada a composição do CNJ amplamente majoritária de membros atrelados ao Judiciário, a principal crítica levantada foi a de que se está criando um sistema de controle apenas parcialmente externo ao Judiciário, frustrando, em parte, a expectativa de que o Judiciário pudesse ser fiscalizado por um órgão externo efetivamente republicano e alheio aos interesses da corporação, conferindo maior transparência às atividades do Poder e eventualmente contribuindo para sua maior efetividade.¹⁹⁷

Ao cabo deste capítulo, com as observações acerca da Constituição e do Supremo Tribunal Federal, pode-se afirmar que o processo constituinte possibilitou

¹⁹⁵ Neste sentido, a Constituição confere ao CNJ a competência de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; zelar pela observância do art. 37 da Constituição e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

¹⁹⁶ Como destaca Oscar Vilhena Vieira: “A idéia se desenvolve em meio a profundas críticas à estrutura correicional e de gerenciamento do próprio Poder Judiciário, acusado de inoperante, entendendo os elaboradores da proposta ser o Conselho uma alternativa para a *transparência* e a *dinamização* do Poder ora reformando”. Cf. *Que Reforma?*, p. 6.

¹⁹⁷ VIEIRA, *Que Reforma?*, p. 5.

uma Constituição comprometida com um conjunto de valores, cujo núcleo se assenta no sistema de direitos fundamentais. Além disso, a preocupação com a efetividade da Constituição, especialmente, com este sistema de direitos fez do STF a principal instância destinada a zelar pelo cumprimento da Constituição. Não obstante a manutenção da estrutura básica do Supremo, a Constituição conferiu garantias funcionais e institucionais e fez alterações na esfera de sua jurisdição, que impuseram uma redefinição do seu papel no sistema político-constitucional brasileiro.¹⁹⁸ Ao lado do controle difuso de constitucionalidade, a Constituição ampliou a importância da fiscalização abstrata de normas, sobretudo com a previsão de novos legitimados, inclusive entidades da sociedade civil, para iniciar o processo de controle abstrato de constitucionalidade, fenômeno confirmado pelas Emendas Constitucionais e medidas legislativas posteriores, que, sem inovar no direito de propositura dessas ações, ampliaram as hipóteses de cabimento do controle abstrato.

A opção constituinte por um ordenamento valorativamente comprometido põe o STF na posição de um efetivo guardião dos valores constitucionais. Em que pese o risco de comportar-se a Corte semelhantemente a um regente republicano das liberdades positivas,¹⁹⁹ não se pode negar que a Constituição estabeleceu condições normativas para que ela se abra ao diálogo com diversos atores sociais na interpretação e aplicação dos dispositivos constitucionais. Pela via da participação político-jurídica, aqui traduzida pelo alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, segmentos representativos da sociedade civil podem levar suas demandas políticas e seus argumentos na concretização dos dispositivos constitucionais. Mas a previsão constitucional de distintos atores para fiscalizar a Constituição não basta por si. O próprio procedimento de fiscalização abstrata, incluindo a definição dos atores com direito de propositura, reclama por uma concretização do STF. E, nessa concretização, o Supremo pode ser mais ou menos exigente ou formalista, favorecendo ou não o diálogo com a comunidade de intérpretes, e, por conseguinte, o processo de judicialização da política. Nesse

¹⁹⁸ VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*, p. 127.

¹⁹⁹ CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 60. “A Constituição aberta e abertura constitucional, não poderia destinar outro papel ao STF, senão o de regente republicano das liberdades positivas”.

sentido, o capítulo seguinte visa exatamente examinar o conteúdo da jurisprudência do STF na definição do sistema de fiscalização abstrata brasileiro, para saber, como ele tem compreendido o seu papel nesse tipo de processo e em que medida a Corte tem privilegiado o potencial de diálogo abstratamente presente no texto constitucional. Concentra-se a análise nos mecanismos processuais com maior potencial de levar as demandas sociais e políticas da esfera pública para o interior do Supremo, a saber, o direito de propositura conferido a entidades da sociedade civil e o mecanismo do *amicus curiae*.

4

O Supremo Tribunal Federal e a Configuração do Sistema de Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade Brasileiro

No capítulo anterior, observou-se como, do processo constituinte de 1987/88, resultou uma Constituição comprometida com uma ordem de valores destinada a interferir na realidade social e cuja concretização tem o potencial de abrir-se às futuras gerações, principalmente através da atuação da comunidade de intérpretes. Também se verificou como o Constituinte, não obstante tenha-se furtado de criar uma Corte Constitucional nos moldes europeus, conferiu ao STF a importante tarefa político-constitucional – notadamente através dos processos de fiscalização abstrata de normas – de preservar pela guarda deste texto de amplas possibilidades interpretativas, tarefa que ganhou ainda mais notoriedade com a ampliação do acesso a este tribunal.

Agora, pretende-se destacar como o STF, através da fundamentação de suas decisões, tem-se comportado na concretização das normas constitucionais referentes ao próprio processo de fiscalização abstrata de normas. Mais precisamente, sabendo-se que a concretização dos dispositivos constitucionais pelo Supremo produz efeitos político-jurídicos nas mais diversas matérias, busca-se, neste momento, aferir como a sua jurisprudência foi decisiva na própria configuração do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Se, nessa delicada tarefa institucional, tem propiciado uma participação inclusiva da comunidade de intérpretes no processo de concretização das normas constitucionais, tal como apregoado por Habermas.

Sabe-se que, desde 1988, o STF tem sido cada vez mais chamado pelas autoridades e entidades do art. 103 da Constituição para pronunciar-se sobre importantes questões, tais como as referentes à administração pública, política social, regulação econômica, política tributária, regulação da sociedade civil, competição política e relações de trabalho.²⁰⁰ Segundo o Banco Nacional de Dados do Poder

²⁰⁰ Cf. VIANNA et al., *Judicialização da Política e das Relações Sociais do Brasil*, p. 63-64.

Judiciário, até 17 de abril de 2005,²⁰¹ nada mais nada menos do que 3.379 ADIns foram ajuizadas, das quais 2.420 foram julgadas. Daí, a importância de verificar-se, como a jurisprudência do STF, ao concretizar o próprio procedimento de fiscalização abstrata tem propiciado um tipo de procedimento mais inclusivo ou, ao contrário, mais excludente, do ponto de vista da participação da comunidade de intérpretes.

Desse modo, primeiramente, através das fundamentações das decisões do Supremo, vale destacar que a Corte compreende a importância e a alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional que a Constituição lhe reservou. Segundo a decisão abaixo transcrita, a preservação da ordem constitucional e dos valores democráticos que a informam consistem em um fator de estabilização jurídico-político, para cuja preservação o Supremo tem um papel importante. Ainda segundo tal decisão, exige-se um tribunal independente e *consciente* da importância desse desafio. Importante também observar, conforme o segundo julgado que segue, que o Supremo reconhece a legitimidade para proferir decisões construtivas a partir das normas constitucionais e da compreensão das finalidades do legislador constituinte.

“A invocação das razões de Estado - além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas - representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas

²⁰¹ Disponível em <http://www.stf.gov.br/bndj/stf/AdinTotal.asp>. As outras ações que compõem o sistema de fiscalização abstrata brasileiro, ADPF e ADC, não constam desse quadro. A ADC, que até a EC. 45/2004, tinha um número limitado de legitimados, foi utilizada apenas 9 vezes, A ADPF, regulamentada somente no final de 1999, e que ampliou o objeto a ser abstratamente controlado pelo STF, foi utilizada pela comunidade de intérpretes 69 vezes. Todos os dados consolidados até 17/04/2005, data da última atualização.

exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impõe-se a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política. A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA REPRESENTA O ENCARGO MAIS RELEVANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - A defesa da Constituição da República representa o encargo mais relevante do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal — que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte — não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.”²⁰²

“É certo que o Supremo Tribunal Federal, não obstante as considerações precedentes — e sempre enfatizando os propósitos teleológicos do legislador constituinte — tem procedido, algumas vezes, em casos excepcionais, a construções jurisprudenciais que lhe permitem extrair, das normas constitucionais, por força de compreensão ou por efeito de interpretação lógico-extensiva, o sentido exegético que lhes é inerente (RTJ 80/327 – RTJ 130/1015 – RTJ 145/509, v.g.)”.²⁰³

Ciente de que as dificuldades dessa “missão institucional” – a guarda da Constituição –, se acentuam no processo de fiscalização abstrata, o STF preocupou-se em concretizar e melhor definir as regras procedimentais que cercam esse processo, muitas vezes procurando delas extrair um sentido teleológico. Nesse sentido, a Corte, por construção jurisprudencial, caracterizou este processo, em que se verifica a compatibilidade de uma lei ou um outro ato normativo do poder público em face da Constituição, como um *processo objetivo*, cuja característica, diferentemente do

²⁰² ADI n 2.010-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/04/02 (Grifou-se). Cf. Também ADIn 2.105-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/04/00.

²⁰³ Pet 1.120-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 07/03/96. Importante notar que a pesquisa em algumas decisões monocráticas do STF encontra-se o uso da expressão “valores constitucionais”, aos quais o Supremo, segundo a dimensão comunitária da CF/88 e as decisões dos Ministros, tem o dever de proteger. Nesse sentido, veja: Medida Cautelar no Mandado de Segurança MS 24458 MC / DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 21/02/2003; Suspensão de Segurança SS 1607 / SC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 31/10/2000; Medida Cautelar em Ação Cautelar AC 582 MC / RR, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 01/02/2005; Recurso Extraordinário RE 396491 / RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06/05/2005; Medida Cautelar HC 87334 MC / DF, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 15/12/2005; Medida Cautelar na Reclamação Rcl 2600 MC / SE, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 03/12/2004.

clássico processo civil, é a proteção da Constituição objetivamente considerada, o que se faz verificando-se a compatibilidade de um enunciado normativo – e de suas possíveis interpretações – com o texto constitucional. Com isso, o processo judicial iniciado com a ADIn e as outras ações que compõem o processo de fiscalização abstrata, se desenvolve sem obedecer às regras processuais civis aplicáveis aos conflitos intersubjetivos de interesses, e voltadas para resolver litígios concretos ou individuais. Outrossim, preocupa-se o STF também com o fato de não assumir o tribunal, ao decidir uma ação de fiscalização abstrata, a posição de legislador positivo, ou seja, de inovar, por meio do processo de fiscalização abstrata, na ordem jurídica, o que cabe à função legislativa. Em outras palavras, o Supremo tem agido com a cautela de se comportar, tão-somente, como legislador negativo,²⁰⁴ que se limita a declarar a inconstitucionalidade da norma, mas jamais introduzindo novas espécies normativas no ordenamento jurídico. Nos dois primeiros julgados que seguem, observa-se a caracterização do processo objetivo, ao qual incidem regras processuais próprias; no terceiro julgado, a preocupação em não agir como legislador positivo:

“O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais. A natureza eminentemente objetiva do controle normativo abstrato afasta o cabimento do instituto da reclamação por inobservância de decisão proferida em ação direta (Rcl. 354, Rel. Min. CELSO DE MELLO)”.²⁰⁵

“NÃO HÁ PRAZO RECURSAL EM DOBRO NO PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. - Não se aplica, ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, a norma inscrita no art. 188 do CPC, cuja incidência restringe-se, unicamente, ao domínio dos processos subjetivos, que se caracterizam pelo fato de admitirem, em seu âmbito, a discussão de situações concretas e individuais. Precedente. Inexiste, desse modo, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de o prazo recursal ser computado em dobro, ainda que a parte

²⁰⁴ O fato de comportar-se o STF como legislador negativo não invalida a afirmação de que ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma, a Corte o faz a partir de um processo hermenêutico construtivo, com amplas possibilidades interpretativas, pois a declaração de inconstitucionalidade de uma norma se faz a partir da interpretação dos dispositivos da Constituição.

²⁰⁵ Rcl 397, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 21/05/1993.

recorrente disponha dessa prerrogativa especial nos processos de índole subjetiva”.²⁰⁶

“O STF como legislador negativo: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador”.²⁰⁷

A qualificação do processo de controle de constitucionalidade como um processo objetivo foi o referencial para a jurisprudência do STF definir outros inúmeros aspectos do controle de fiscalização abstrata. Para exemplificar, ela definiu o objeto passível de ser questionado em sede de ADIn,²⁰⁸ decidiu sobre a impossibilidade desistência da ação²⁰⁹ e sobre a inexistência de prazo decadencial,²¹⁰

²⁰⁶ ADI 2130, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14/12/2001.

²⁰⁷ ADI 1.063-MC-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27/04/01.

²⁰⁸ Sobre a definição do objeto a ser atacado por ADIn, o STF não admite esta ação se a lei ou o ato normativo já estiver revogado ou tiver seus efeitos exauridos (ADIn 612/RJ, Rel. Min. Celso Mello, DJ 6/5/1994), tampouco cabe contra Lei Municipal, nem contra os atos editados anteriormente à Constituição (ADIn 264/DF, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 152/352-357) ainda que estejam em vigor. Afirmou a possibilidade de se verificar a inconstitucionalidade de Emendas Constitucionais (ADIn 829-3/DF, Rel. Min. Moreira Alves), mas não é possível o controle de constitucionalidade das normas constitucionais originárias (ADIn 815-3, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 10/5/1996). Na definição de atos normativos, o Supremo considera apenas os atos dotados de generalidade (ADIn 769/MA, Rel. Min. Celso Mello; RTJ 154/432), enquadrando-se nestes as Resoluções dos Tribunais de Justiça (ADIn 1352-1/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 4/10/1995), as deliberações administrativas dos órgãos do Poder Judiciário (ADIn 728, Rel. Min. Marco Aurélio). O ato normativo do Distrito Federal – que cumula as competências legislativas dos Estados membros e dos Municípios – pode ser contestado desde que emanado apenas no exercício da competência estadual (ADIn 611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 145/491). O decreto autônomo pode ser controlado por violar o princípio constitucional da legalidade ou da reserva legal, mas não o decreto executivo, que visa regulamentar a lei (ADIn 996/DF, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 158/54). Vale destacar que a Lei 9.882/99, que regulamentou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ampliou, ou buscou-se ampliar, o objeto a ser fiscalizado abstratamente pelo STF.

²⁰⁹ O STF assentou que, devido à sua especial natureza e finalidade, não se admite a desistência na ADIn, pois nela vigora o princípio da indisponibilidade (ADIn 164/DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 139/396).

²¹⁰ Decidiu o Supremo: inexistente qualquer prazo prescricional ou decadencial na ADIn, pois os atos inconstitucionais jamais se convalidam com o decurso do tempo (ADIn 1.247-9/PA, Rel. Min. Celso Mello, DJ, 8/9/1995).

definiu regras atinentes às formalidades da petição inicial e ao procedimento,²¹¹ o que depois veio a ser previsto pela Lei 9.868/99, sobre a função do Advogado-Geral da União,²¹² sobre a possibilidade de concessão de medida cautelar e de seus efeitos,²¹³ aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade,²¹⁴ e, o que interessa mais de perto aos propósitos deste trabalho, sobre a definição dos legitimados a propor as ações do sistema brasileiro de controle concentrado de norma, ou seja, sobre a extensão da comunidade de intérpretes da Constituição.

Com efeito, também na definição dos órgãos constitucionalmente legitimados a deflagrar o processo de fiscalização abstrata, ou seja, dos atores formais que compõem a comunidade de intérpretes da Constituição, a jurisprudência do STF apareceu de forma decisiva, sobretudo no item que potencialmente engloba o maior número de atores para provocar uma decisão do STF, qual seja, o inc. IX do art. 103 da Constituição.²¹⁵ Este dispositivo apenas confere legitimidade às *confederações sindicais* ou *entidades de classe de âmbito nacional* para propor ADIn e ADC, sem estabelecer quaisquer restrições, definições ou requisitos para que tais entidades possam ajuizar tais ações.²¹⁶ Sublinhe-se, ademais, que a importância dessas

²¹¹ Por exemplo, o autor deve indicar os dispositivos legais questionados, não se admitindo ataque generalizado às leis e aos atos normativos (ADIn 259, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19/02/1992), anexar procuração indicando poderes específicos ao advogado (ADIn 2.270-9/MS, Rel. Min. Celso Mello, DJ, 22/08/2000).

²¹² Segundo o STF o Advogado-Geral da União atua como curador especial do princípio da presunção da constitucionalidade da lei ou do ato normativo, independentemente de sua natureza estadual ou federal (ADIn 1.350-5, Rel. Min. Celso Mello, DJ 13/08/1996).

²¹³ Em regra, a concessão da liminar em ADIn opera efeitos a partir da decisão (*ex nunc*), mas excepcionalmente o STF pode conceder efeitos retroativos à medidas cautelares (ADIn 1.801-7/PE, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 18/03/1998). Esta matéria consta hoje do art. da Lei 9.868/99.

²¹⁴ A Jurisprudência do STF há muito firmou entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo reconhece a nulidade deste, e os efeitos da declaração retroagem desde a origem do ato (*ex tunc*) e têm eficácia contra todos (*erga omnes*). Entretanto, neste aspecto em particular, a Lei 9.868/99 inovou ao prescrever, no seu art. 27, que: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

²¹⁵ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (Redação dada pela EC 45/2004).

²¹⁶ Neste ponto, vale destacar a ponderação de Gilmar Ferreira Mendes, para quem: “A existência de diferentes organizações destinadas à representação de determinadas profissões ou atividades e a não-

entidades na comunidade de intérpretes da Constituição pode ser aferida pelo fato de que, até 17 de abril de 2005,²¹⁷ elas é que mais tinham provocado o STF, sendo responsáveis por 25,57% das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, seguidas de perto pelos Governadores de Estado, responsáveis por 25,54 % das ações.²¹⁸

Não se pode negar que o conceito de entidade de classe abarca um grupo amplo e diferenciado de associações, cuja definição não é simples. Contudo, para os efeitos do art. 103, IX, da Constituição, a jurisprudência do STF deixa entrever uma concepção bastante restritiva do direito de propositura dessas organizações.²¹⁹ Com efeito, o Supremo, através de construção jurisprudencial, exige, cumulativamente, que tais entidades de classe, primeiro, sejam formadas por pessoas naturais ou pessoas jurídicas que componham uma mesma categoria profissional ou econômica, de maneira que não satisfaz esse requisito, por exemplo, “associação civil [Associação Brasileira de Defesa do Cidadão] voltada à finalidade altruísta de promoção e defesa de aspirações cívicas de toda a cidadania”.²²⁰ Segundo, tais entidades devem compor uma categoria homogênea, de tal modo que “não configura entidade de classe de âmbito nacional, para efeito do art. 103, IX, organização formada por associados pertencentes a categorias diversas”.²²¹ Terceiro, não podem

existência de disciplina legal sobre o assunto tornam indispensável que se examine, em cada caso, a legitimação dessas diferentes organizações. Causam dificuldade, sobretudo, a definição e a identificação das chamadas entidades de classe, uma vez que até então inexistia critério preciso que as diferenciasse de outras organizações de defesa de diversos interesses. Por isso, está o Tribunal obrigado a verificar especificamente a qualificação dessa sindical ou a organização de classe organizada nacionalmente” (Cf. MENDES, *Jurisdição Constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha*, p. 137). Contudo, é igualmente verdadeiro que o constituinte optou por uma ampla comunidade de intérpretes da Constituição, e a inexistência de critérios precisos, bem como a necessidade de fixar critérios objetivos para saber quem se enquadra no conceito de “confederação sindical” ou “entidade de classe de âmbito nacional”, podem levar a Corte a definir esse dispositivo de modo mais ou menos inclusivo.

²¹⁷ Data da última atualização do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário. Cf. <http://www.stf.gov.br/bndj/stf/AdinTotal.asp>

²¹⁸ Em números absolutos, de 3.379 Ações Diretas de Inconstitucionalidade, 864 foram ajuizadas por confederações sindicais e entidades de classe e 863 por Governadores de Estado. Apenas no que se refere às ADIns, até 2005 nenhuma havia sido ajuizada pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal ou pela Mesa da Câmara dos Deputados. As Mesas de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal propuseram 38 ações, o Procurador-Geral da República propôs o significativo número de 754, o Conselho Federal da OAB, 134. Também significativo foi o número de ações dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional: 668.

²¹⁹ MENDES, *Jurisdição Constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha*, 140.

²²⁰ ADIn, 61, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 28/9/90.

²²¹ ADIn 57, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 5/6/1992. No mesmo sentido: “não se configuram entidades de classe aquelas instituições integradas por membros vinculados a extratos sociais, profissionais ou

se afigurar como “associações de associações”,²²² ainda que vinculados à atividade-fim da categoria.²²³

Quanto ao caráter nacional da entidade, o STF salienta que não basta a simples declaração formal ou manifestação de intenção constante de seus atos constitutivos. Faz-se mister que, além de uma atuação transregional, tenha a entidade membros em pelo menos nove Estados da Federação, número que resulta da aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos.²²⁴ Como bem destaca Gustavo Binbenojm, a exigência se apresenta excessiva e contrária à razoabilidade, pois há inúmeros casos em que a categoria representada pela entidade de classe, embora exibindo vulto e importância nacional, não cumpre tal critério pensado pelo legislador para os partidos políticos, cuja natureza é bem peculiar e certamente diferente das entidades de classe de âmbito nacional.²²⁵

Das confederações sindicais, ainda há a exigência de que elas sejam registradas no Ministério do Trabalho.²²⁶ E mais, apenas as organizações sindicais, cuja estrutura seja disciplinada no art. 535 da CLT,²²⁷ são dotadas do direito de propositura.²²⁸ Da mesma forma, simples Associação Sindical – federação nacional

econômicos diversificados, cujos objetivos, individualmente considerados, revelam-se contrastantes. Cf. ADIn 108, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 5/6/92.

²²² ADIn 1479, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 28/02/1997.

²²³ BINENBOJM, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, 144.

²²⁴ ADIn 386, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 28/6/91.

²²⁵ Ibid, 144.

²²⁶ ADIn 1.565-PE, Rel. Min. Néri da Silveira.

²²⁷ Art. 535 - As Confederações organizar-se-ão com o mínimo de 3 (três) federações e terão sede na Capital da República. § 1º - As confederações formadas por federações de Sindicatos de empregadores denominar-se-ão: Confederação Nacional da Indústria, Confederação Nacional do Comércio, Confederação Nacional de Transportes Marítimos, Fluviais e Aéreos, Confederação Nacional de Transportes Terrestres, Confederação Nacional de Comunicações e Publicidade, Confederação Nacional das Empresas de Crédito e Confederação Nacional de Educação e Cultura. § 2º - As confederações formadas por federações de Sindicatos de empregados terão a denominação de: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio, Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Marítimos, Fluviais e Aéreos, Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Terrestres, Confederação Nacional dos Trabalhadores em Comunicações e Publicidade, Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito e Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Educação e Cultura. § 3º - Denominar-se-á Confederação Nacional das Profissões Liberais a reunião das respectivas federações. § 4º - As associações sindicais de grau superior da Agricultura e Pecuária serão organizadas na conformidade do que dispuser a lei que regular a sindicalização dessas atividades ou profissões.

²²⁸ ADIn 209, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 7/3/91.

que reúne sindicatos em cinco Estados – não tem legitimidade, segundo essa orientação, para propor ação direta de inconstitucionalidade.²²⁹

Diante dessa hermenêutica restritiva acerca do direito de propositura das ações de fiscalização abstrata pela Comunidade de intérpretes da Constituição, Binjenbojm, com propriedade, anota que se perdeu uma boa oportunidade para uma definição mais democrática e menos estreita dos requisitos a serem preenchidos por tais entidades. Acrescenta o constitucionalista que o argumento da proliferação incontrolável de causas não vale como pretexto para frustrar o acesso de grupos organizados, de elevada representatividade social, à participação nos processos constitucionais sobre leis e decisões políticas de grande relevância para os seus destinos.²³⁰

Somente para exemplificar, o STF não considerou entidade de classe de âmbito nacional, para efeito de propositura da Ação Direita de Inconstitucionalidade, inúmeras entidades expressivas da sociedade civil, entre as quais o Sindicato Nacional de Docentes de Ensino Superior – ANDES,²³¹ a União Nacional dos Estudantes – UNE,²³² a Associação Brasileira de Consumidores,²³³ a Associação Brasileira de Consultores Tributários,²³⁴ a Associação Brasileira do Inquilino,²³⁵ a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil,²³⁶ a Associação Nacional dos Funcionários do Banco do Brasil,²³⁷ a Associação Nacional dos Delegados da Polícia

²²⁹ ADIn 398, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 28/6/91.

²³⁰ BINENBOJM, *op. cit.*, 145.

²³¹ ADIn 364, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 19/2/1993.

²³² ADIn 894, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 20/4/1995.

²³³ ADIn 1693, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 6/2/1998

²³⁴ ADIn 77, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

²³⁵ ADIn 900, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 12/11/1993.

²³⁶ Sobre a Associação de Delegados de Polícia do Brasil, uma curiosidade: inicialmente, o STF a considerou legítima para propor a ADIn: “A ADEPOL tem legitimidade *ad causam* para propor ação direta de inconstitucionalidade. O que caracteriza uma entidade de classe de âmbito nacional são as aspirações comuns de seus associados, os interesses próprios e a transregionalização.” (ADIn 146-MC, Rel. Min. Paulo Brossard, decisão de 24/09/90). Posteriormente, a Corte entendeu pela sua ilegitimidade: “A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que as denominadas ‘associações de associações’ não constituem entidade de classe, não tendo, assim, legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes do STF. Falta à ADEPOL, em face dessa orientação, a legitimidade ativa *ad causam*, porque, além de ser ela uma associação de associações, admitem seus estatutos como sócios beneméritos ou honorários pessoas físicas ou jurídicas absolutamente estranhas à categoria funcional, desde que lhe façam doações ou lhe prestem relevantes serviços”. (ADIn 23, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 18/05/01).

²³⁷ ADIn 1661, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17/3/1995.

Federal,²³⁸ a Central Única dos Trabalhadores,²³⁹ a Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas,²⁴⁰ a Confederação Geral dos Trabalhadores,²⁴¹ a Confederação Nacional do Ministério Público²⁴² e a Federação Nacional dos Bancos.²⁴³ Nas justificativas apresentadas sobressai um excesso de formalismo que tem o efeito altamente restritivo quanto à participação dessas entidades no processo de controle abstrato de normas, o que se pode constatar pela leitura das ementas abaixo transcritas:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SINDICATO NACIONAL DOS DOCENTES DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR - ANDES - SINDICATO NACIONAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. ART. 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. DEIXANDO A AUTORA DE SER UMA ENTIDADE DE CLASSE, PARA SE CONVERTER EM UM SINDICATO NACIONAL, MAS SEM ALCANÇAR O NÍVEL DE UMA CONFEDERAÇÃO SINDICAL, NÃO TEM LEGITIMIDADE ATIVA PARA A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.²⁴⁴

Ação direta de inconstitucionalidade. Legitimidade ativa *ad causam*. União Nacional Dos Estudantes - UNE. Constituição, art.103, IX. 2. A União Nacional dos Estudantes, como entidade associativa dos estudantes universitários brasileiros, tem participado, ativamente, ao longo do tempo, de movimentos cívicos nacionais na defesa das liberdades publicas, ao lado de outras organizações da sociedade; é insuscetível de dúvida sua posição de entidade de âmbito nacional na defesa de interesses estudantis, e mais particularmente, da juventude universitária. Não se reveste, entretanto, da condição de "entidade de classe de âmbito nacional", para os fins previstos no inciso IX, segunda parte, do art. 103, da constituição. 3. Enquanto se empresta à cláusula constitucional em exame, ao lado da cláusula "confederação sindical", constante da primeira parte do dispositivo maior em referência, conteúdo imediatamente dirigido à idéia de "profissão", - entendendo-se "classe" no sentido não de simples segmento social, de "classe social", mas de "categoria profissional", - não cabe reconhecer a UNE enquadramento na regra constitucional aludida. As "confederações sindicais" são entidades do nível mais elevado na hierarquia dos entes sindicais, assim como definida na consolidação das leis do trabalho, sempre de âmbito nacional e com representação máxima das categorias econômicas ou profissionais que lhes

²³⁸ ADIn 1806, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23/10/1998.

²³⁹ ADIn 271; Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30/9/1992.

²⁴⁰ ADIn 501, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21/6/1991.

²⁴¹ ADIn 334, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 31/3/1995.

²⁴² ADIn 1402, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19/4/1996.

²⁴³ ADIn 164, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 17/12/1993

²⁴⁴ ADIn 378, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 19/02/1993.

correspondem. No que concerne às "entidades de classe de âmbito nacional" (2. parte do inciso IX do art. 103 da Constituição), vem o STF conferindo-lhes compreensão sempre a partir da representação nacional efetiva de interesses profissionais definidos. Ora, os membros da denominada "classe estudantil" ou, mais limitadamente, da "classe estudantil universitária", freqüentando os estabelecimentos de ensino público ou privado, na busca do aprimoramento de sua educação na escola, visam, sem dúvida, tanto ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao preparo para o exercício da cidadania, como a qualificação para o trabalho. Não se cuida, entretanto, nessa situação, do exercício de uma profissão, no sentido do art. 5, XIII, da Lei Fundamental de 1988. 4. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida, por ilegitimidade ativa da autora.²⁴⁵

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISO I DO ART. 15 DA LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (LEI N. 8.625, DE 12.01.93). PRELIMINAR DE CONHECIMENTO: LEGITIMIDADE ATIVA (CF, ART. 103, IX). 1. A requerente é uma associação que, além de reunir associações regionais, ainda tem como membros pessoas físicas, circunstância que desfigura a natureza confederativa e, em consequência, não lhe atribui legitimidade ativa para a ação direta de inconstitucionalidade, a teor do que dispõe o art. 103, IX, da Constituição. Precedentes. 2. Ação direta não conhecida, por ilegitimidade ativa da requerente.²⁴⁶

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 32, DE 09.12.97, DO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, QUE REGULAMENTA O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO (ARTS. 2º, 22, I, 24, XI, E 129, III, VI E VII), AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (ARTS. 10, §§ 1º E 3º, 16 E 18) E À LEI COMPLEMENTAR Nº 75/93 (ARTS. 9º, I A IV, 38, IV, 57, I, A E E). PRELIMINAR: ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DA AUTORA, POR NÃO REPRESENTAR UMA CLASSE, MAS UMA SUBCLASSE OU FRAÇÃO DE UMA CLASSE, PARA OS FINS DO ART. 103, IX, 2ª PARTE, DA CONSTITUIÇÃO. 1. Preliminar. A autora não representa uma entidade de classe, mas uma subclasse ou fração de uma classe, porque a associação não alberga uma categoria profissional no seu todo, quer considerada como a dos funcionários da Polícia Federal, quer considerada como a dos Delegados de Polícia, ainda que se lhe reconheça o âmbito nacional. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida por ilegitimidade ativa *ad causam* (CF, art. 103, IX, segunda parte).²⁴⁷

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Central Única dos Trabalhadores (CUT). Falta de legitimação ativa. - Sendo que a autora

²⁴⁵ ADIn 894 MC, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 20/04/1995.

²⁴⁶ ADIn 1402, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19/04/1996.

²⁴⁷ ADIn 1806, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23/10/1998

constituída por pessoas jurídicas de natureza vária, e que representam categorias profissionais diversas, não se enquadra ela na expressão - entidade de classe de âmbito nacional-, a que alude o artigo 103 da Constituição, contrapondo-se às confederações sindicais, porquanto não é uma entidade que congregue os integrantes de uma determinada atividade ou categoria profissional ou econômica, e que, portanto, represente, em âmbito nacional, uma classe. Por outro lado, não é a autora - e nem ela própria se enquadra nesta qualificação - uma confederação sindical, tipo de associação sindical de grau superior devidamente previsto em lei (CLT, artigos 533 e 535), o qual ocupa o cimo da hierarquia de nossa estrutura sindical e ao qual inequivocamente alude a primeira parte do inciso IX do artigo 103 da Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece por falta de legitimação da autora.²⁴⁸

LEGITIMIDADE - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL - ABC-ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONSUMIDORES. A cláusula constitucional sobre a legitimidade das entidades de classe de âmbito nacional para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade pressupõe a representação de classe propriamente dita, a revelar interesses peculiares. A abrangência da representatividade da Associação Brasileira de Consumidores - e todos os cidadãos o são - obstaculiza o enquadramento na previsão do inciso IX do artigo 103 da Carta Política da República.²⁴⁹

Por outro lado, vale notar que algumas entidades lograram êxito em satisfazer aos rígidos critérios fixados pelo Supremo para ajuizar a ADIn, entre elas a União Democrática Ruralista Nacional – UDR,²⁵⁰ a Associação Nacional de Shopping Centers,²⁵¹ a Associação Nacional dos Magistrados,²⁵² a Associação Nacional dos Procuradores de Estado,²⁵³ a Confederação Nacional da Indústria²⁵⁴ e a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino.²⁵⁵

²⁴⁸ ADIn 271, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 06/09/2001.

²⁴⁹ ADIn 1693/MG, Rel. Min. Marco Aurelio, DJ 06/02/1998.

²⁵⁰ ADIn 886, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1/6/1993

²⁵¹ ADIn 49, Rel. Min. Paulo Brossad, DJ 13/9/1991.

²⁵² ADIn 134, Rel. Min. Paulo Brossad, DJ 18/9/1991.

²⁵³ ADIn 159, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 2/4/1993.

²⁵⁴ ADIn 9, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 25/8/1989.

²⁵⁵ ADIn 1.052, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 23/9/1994. Werneck Vianna diferencia, entre as ADIns postuladas pelas confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, de um lado, as propostas por entidades de trabalhadores ou profissionais, e, de outro, as ADIns dos empresários, e comprova que estes têm sido mais bem-sucedidos do que aqueles. VIANNA, *Judicialização da Política e das Relações Sociais do Brasil*, pp. 131-133.

Outro dado restritivo de direito de propositura das ações de fiscalização abstrata, além da necessidade de se enquadrar nos critérios de definição de uma entidade de classe de âmbito nacional, surgiu na jurisprudência do Supremo. Trata-se da necessidade de demonstração da relação de *pertinência temática*²⁵⁶ entre o objeto da ação de inconstitucionalidade e as prerrogativas ou fins institucionais do órgão ou entidade legitimado para a propositura da ação direta. Note-se, mais uma vez, que a Constituição não prevê a pertinência temática como requisito específico para que determinados entes e órgãos possam manejar a ação direta de inconstitucionalidade; constitui mais uma construção do Supremo que impede que matérias relevantes sejam levadas à Corte.²⁵⁷ Observe:

LEGITIMAÇÃO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ENTIDADE SINDICAL - PERTINÊNCIA TEMÁTICA. Em se tratando quer de confederação sindical, quer de entidade de classe de âmbito nacional, cumpre, para definição da legitimidade ativa na ação direta de inconstitucionalidade, examinar a pertinência temática, tendo em vista o objetivo social, previsto no estatuto, e o alcance da norma atacada. Isso não ocorre quando a entidade sindical de trabalhadores impugna diploma legal, como é a Lei nº 2.470/95, do Rio de Janeiro, regedor da privatização. A pertinência temática há de fazer-se na via direta. (ADI 1508 MC / RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 29/11/1996)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA: PERTINÊNCIA TEMÁTICA. I. - A legitimidade ativa da confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembleias Legislativas e Governadores, para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação. II. - Precedentes do STF: ADIn 305-RN (RTJ 153/428); ADIn 1.151-MG ("DJ" de 19.05.95); ADIn 1.096-RS ("LEX-JSTF", 211/54). III. - Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. (ADI 1519/AL, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 13/12/1996).

²⁵⁶ Nesse diapasão, veja o comentário de Gilmar Ferreira Mendes: “Assinale-se que a necessidade de que se desenvolvam critérios que permitam identificar, precisamente, as entidades de classe de âmbito nacional não deve condicionar, todavia, o exercício do direito de propositura da ação por parte das organizações de classe à demonstração de um interesse de proteção específico, nem levar a uma radical adulteração do modelo de controle abstrato de normas”. Cf. MENDES, *Jurisdição Constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha*, 145.

²⁵⁷ BINENBOJM, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, 142, Segundo esse autor, “a idéia de pertinência temática surgiu como solução para o excesso de ações diretas de inconstitucionalidades propostas por confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional”. *Ibid*, p. 142.

Essa exigência mostra-se contraditória com a própria jurisprudência do STF quando qualifica o processo de fiscalização abstrata de normas como um *processo objetivo*. Sabe-se que a característica do processo objetivo não consiste na defesa de interesses das partes em um dado conflito, ao contrário, ele destina-se à defesa da Constituição, objetivamente considerada.²⁵⁸ Em outras palavras, na ADIn não há lide, ou seja, não há partes contrárias litigando, cada qual, na defesa de seus direitos subjetivos ou interesses concretos. Assim, parece contraditório exigir de uma entidade ou autoridade legitimada a instaurar o processo de fiscalização abstrata que fique condicionada a agir somente na tutela de seus interesses corporativos, se, no processo objetivo em si, pouco importam os interesses das “partes” envolvidas,²⁵⁹ e sim a análise objetiva da compatibilidade de um enunciado normativo com o texto constitucional.

Não se olvide, ademais, que tal restrição ao direito de propositura, além de não compatibilizar-se com a natureza do controle abstrato de normas, cria uma injustificada diferenciação entre os entes ou órgãos autorizados a propor a ação, na medida em que há os entes incondicionalmente legitimados – os que não precisam demonstrar a relação de pertinência temática – e os condicionalmente legitimados, pois devem demonstrar a relação de pertinência.²⁶⁰

Se a jurisprudência do STF restringiu a possível abertura processual a entidades da sociedade civil no que tange ao direito de propositura, vale a pena ver como atua a Corte diante de uma novidade introduzida pela Lei 9.868/99, que tem o potencial de aumentar a participação dos atingidos pelas decisões judiciais nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. Trata-se do § 2º do artigo 7º

²⁵⁸ Gilmar Ferreira Mendes destaca que “a relação de pertinência temática não decorre de termos expressos da Constituição, resulta sim de uma construção jurisprudencial do STF, e se assemelha a uma condição da ação – o interesse de agir –, e contraria a jurisprudência do Supremo que caracterizou o processo constitucional como um processo objetivo”. Cf. MENDES, *Jurisdição Constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha*, 145.

²⁵⁹ A expressão *partes* entre aspas justifica-se pelo fato de que “o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, faz instaurar processo objetivo, *sem partes*, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais”. Cf. Rcl 397, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 21/05/1993.

²⁶⁰ MENDES, *Jurisdição Constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha*, p. 145. São os entes que devem demonstrar a relação de pertinência: *confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembléias Legislativa e Governadores*. Vide ADIn citada imediatamente acima.

da Lei 9.868/99, pelo qual o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, pode, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, no processo de julgamento da ADIn e da ADC.²⁶¹ Tal figura, encontrada inicialmente no direito norte-americano, denomina-se *amicus curiae* (amigo da Corte), e consiste na possibilidade da manifestação de terceiros, que não sejam parte formal no processo, através da apresentação de documentos, perícias e, se for o caso, de sustentar oralmente²⁶² seus argumentos perante a Corte, podendo requerer, inclusive, a oitiva de testemunhas e de peritos.²⁶³

O instituto do *amicus curiae* tem o potencial de operar uma abertura no processo de interpretação constitucional, tal como referido por Peter Häberle, conferindo um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de normas. Esse instituto abre um espaço dentro do qual grupos sociais podem participar ativamente das decisões judiciais do STF, notadamente nos casos difíceis em que as conseqüências da decisão a serem tomadas pela Corte afetem de tal modo a comunidade jurídica, que sua legitimidade inevitavelmente será contestada. Todo o potencial crítico que emerge do diálogo com os mais diversos atores, nesses casos,

²⁶¹ Na Lei 9.882/99, que regulamenta da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, semelhante instituto foi previsto no art. 6º, a saber: § 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. § 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

²⁶² A possibilidade de sustentação oral do Amigo da Corte foi expressamente contemplada pelo artigo 131, § 3º, do Regimento Interno do STF. Esta posição aumenta o grau de diálogo do *Amicus Curiae* com a Corte.

²⁶³ Destaca-se que o STF, mesmo antes da edição da Lei 9.868/99, já havia admitido a manifestação de “colaborar informal da Corte”: *EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL - IMPOSSIBILIDADE - ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PECAS DOCUMENTAIS - DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE - IRRECORRIBILIDADE - AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. - O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. Simples juntada, por linha, de pecas documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (amicus curiae): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção ad coadjuvandum. - Os despachos de mero expediente - como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo -, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504). Cf. Agravo Regimental na ADIn, Rel. Min. Celso De Mello, DJ 18/11/1994. Contudo, trata-se esta de uma decisão isolada, e um pouco desconhecida até a entrada em vigor da Lei 9.868/99, de modo que se pode afirmar a edição do referido diploma legal deu um impulso tão grande a este instituto que praticamente o introduziu na prática judiciária brasileira.*

alivia o tribunal na obrigatoriedade de proferir decisões corretas, à proporção que as razões das decisões resultem de um amplo e inclusivo debate, em que vários argumentos com pretensão de validade são contrapostos.²⁶⁴

Note-se, entretanto, que pela Lei, cabe ao Relator do processo decidir, considerando a importância da matéria e a representatividade da organização ou entidade, em decisão irrecorrível, a conveniência e a oportunidade da participação, isto é, em que situação a participação do amigo da Corte é necessária ou útil. Esse monopólio do relator para admitir em que situação e quais entidades podem participar como *amicus curiae* confere-lhe boa dose de discricionariedade. Em que pese este fato, a jurisprudência do Supremo já percebeu que tal inovação viabiliza mais informações e meios para se buscar uma decisão judicial correta e pode proporcionar uma nova forma de legitimação, pois entidades que representam interesses gerais da comunidade ou expressem interesses relevantes de grupos específicos possam contribuir com seus argumentos ou pareceres técnicos e, por conseguinte, ver-se como co-autores de possíveis decisões que os afetem. Nesse sentido, vale a pena a leitura das decisões abaixo:

PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO "AMICUS CURIAE": UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL. – (...). A intervenção do "amicus curiae", para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. A 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, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário

²⁶⁴ Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes: “O instituto em questão, de longa tradição no direito americano, visa a um objetivo dos mais relevantes: viabilizar a participação no processo de interessados e afetados pelas decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade. Como há facilmente de se perceber, trata-se de medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira”. MENDES, *Controle de Constitucionalidade: uma análise das Leis 9868/99 e 9882/99*, p. 5.

poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade.²⁶⁵

A intervenção de terceiros no processo da ação direta de inconstitucionalidade é regra excepcional prevista no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, que visa a permitir "que terceiros - desde que investidos de representatividade adequada - possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. 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. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional" (ADI 2.130-MC, rel. min. Celso de Mello, DJ 02.02.2001). Vê-se, portanto, que a 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.²⁶⁶

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

²⁶⁵ ADIn 2321/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/06/2005.

²⁶⁶ ADIn 3410, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 02/12/2005. Note-se, contudo, que nesta decisão o relator negou o ingresso da entidade que pleiteava a condição de *amicus curiae*, sob o seguinte argumento: "A mera manifestação de interesse em integrar o feito, sem o acréscimo de nenhum outro subsídio fático ou jurídico relevante para o julgamento da causa, não justifica a admissão de postulante como *amicus curiae*. A requerente não demonstra como poderia contribuir de forma suplementar às razões oferecidas pelo requerente ou pelo requerido, tampouco oferece outro subsídio fático ou jurídico relevante para o julgamento da causa. Do exposto, indefiro o requerimento para inclusão da requerente como *amicus curiae*".

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 Sindicato dos Servidores do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas da União - SINDILEGIS, para que possa intervir no feito, na condição de *amicus curiae*. Junte-se aos autos a petição de no 129.335/2005. À Seção de Autuação de Originários para a inclusão dos nomes do interessado e de seu patrono.²⁶⁷

Com essa análise jurisprudencial acerca da forma como o STF concretizou as normas atinentes ao próprio procedimento de fiscalização abstrata de normas, observa-se que a Corte tem ciência da alta responsabilidade político-institucional conferida pela Constituição de 1988. A despeito de atualmente o procedimento da ADIn e da ADC encontrar regulamentação legal, limitou-se a legislação, em muitos aspectos, a reproduzir o que o Supremo já tinha assentado acerca do controle concentrado de constitucionalidade. Mesmo sua definição como processo objetivo, conceito que se reflete na definição de inúmeros de seus aspectos, decorreu de construção jurisprudencial do STF. Por outro lado, na questão referente à formação da comunidade de intérpretes da Constituição, em que é possível, a partir do referencial teórico que privilegia o diálogo com a esfera pública no processo de interpretação constitucional, tal como legitimado por Habermas, é possível verificar se a Corte tem favorecido um debate pluralista, que potencialmente se encontra nos dispositivos constitucionais. Primeiro, na jurisprudência referente ao direito de

²⁶⁷ ADIn 3599, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 22/11/2005.

propositura da ADIn, observa-se um excesso de formalismo que restringe a participação da comunidade de intérpretes da Constituição nos processos de decisão judicial. Seja pelo rigor na definição de entidade de classe de âmbito nacional, seja pela injustificada exigência da relação de pertinência temática por essas organizações da sociedade civil, limitou o STF, neste particular, a possibilidade de inclusão de entidades significativas no debate acerca da proteção dos direitos fundamentais.

Entretanto, no que se refere ao instituto do *amicus curiae*, tem-se mostrado a Corte ciente do potencial racionalizador que o diálogo com entidades da sociedade civil pode conferir na tomada de decisões judiciais. Na fundamentação das decisões acerca do amigo da Corte, o STF demonstra uma valorização das entidades representativas da sociedade e da participação de potenciais atingidos pela decisão judicial, que não são parte formal do processo. Através desse instituto, terceiros estranhos à relação processual podem apresentar suas razões, defender suas teses e, assim, influenciar as decisões da Corte. Apenas deve-se levantar uma ressalva sobre a discricionariedade que o relator do processo tem para admitir ou negar o ingresso do amigo da Corte. Basta o relator, segundo seus critérios, entender irrelevante a matéria em questão ou tratar-se o postulante de uma entidade sem representatividade, para bloquear o diálogo com entidades interessadas em manifestar-se no processo de tomada de decisão. Caso o relator assim o faça, não há outro meio para o ingresso no debate em questão.

5 Conclusão

Nas democracias contemporâneas, é marcante a presença das altas instâncias jurisdicionais e dos Tribunais Constitucionais na tomada de decisões que interessam a todos ou a segmentos expressivos da sociedade civil. No Brasil, esta presença, aqui representada pelo Supremo Tribunal Federal, ganhou notoriedade com o processo de democratização e a promulgação da Constituição de 1988. Esta criou as condições normativas para que o Supremo se transformasse numa arena cada vez mais demandada por minorias políticas e entidades da sociedade civil na busca de resolução de conflitos políticos, pois a Lei Fundamental brasileira, simultaneamente, atribuiu ao STF competências típicas de um Tribunal Constitucional – com destaque para o controle abstrato de normas – e ampliou o direito de propositura da ADIn e das demais ações de fiscalização abstrata, principalmente ao legitimar as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. Tal quadro normativo possibilitou que entidades da sociedade civil reivindicassem a revisão de decisões políticas tomadas na órbita dos poderes Legislativos e Executivo e, através da linguagem do direito, levassem ao Supremo suas demandas políticas, exigindo da Corte decisões cruciais para a vida política do país. Ainda em nível normativo, não se pode olvidar que o congresso constituinte brasileiro introduziu a moralidade política no coração da Constituição e optou por um texto abrangente, constitucionalizando matérias tradicionalmente relegadas ao direito ordinário, de forma que qualquer conflito surgido hoje no cenário político nacional se configura de natureza constitucional, e reclama do STF uma decisão.

Todavia, o processo concretização dos dispositivos constitucionais possui um grau de imprecisão tal que uma certa dose de subjetivismo e voluntarismo pode apresentar-se ao magistrado, que, por sua vez, tem a responsabilidade de tomar decisões corretas. Ou seja, o órgão decisor normalmente pode proferir decisões criativas, fato que se acentua com amplo espaço deixado para interpretações construtivas nos textos constitucionais contemporâneos. Aliando-se isso ao grande número de questões decididas pelo Judiciário, induz-se a percepção de que há um

excesso de intervenção judicial a colocar em tensão os ideais de democracia e Constituição.

Em face dessa tensão entre Estado de Direito e democracia, as obras de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas mostram-se bem proveitosas para examinar como pode um Tribunal Constitucional ou Corte Suprema agir legitimamente na concretização do direito. Primeiro, Dworkin, ao desenvolver o seu conceito de democracia constitucional, pressupõe que uma comunidade forma uma entidade distinta de seus membros, e estes apenas integram tal comunidade à medida que compartilham princípios comuns e possuem direitos fundamentais, que lhes conferem uma independência moral em relação às decisões majoritárias. Com tal premissa, Dworkin justifica por que não é antidemocrático afirmar que princípios comuns e direitos fundamentais limitem os acordos políticos majoritários.

O jurista norte-americano entende que a técnica para reivindicar os direitos fundamentais, entendidos como uma condição da democracia, é bem mais desenvolvida no discurso judicial, pois nele as questões de moralidade política são debatidas como questões de princípios e não, tão-somente, de poder político. Em contrapartida, Dworkin também está preocupado com o controle da discricionariedade judicial, para que o Judiciário não se transforme em uma instância autoritária. Assim, no dever de proferir decisões corretas, a sua teoria põe diante do Juiz critérios prévios – regras, princípios e diretrizes políticas – capazes de pré-determinar a sua decisão. Contudo, em face da dificuldade da tarefa de conhecer as regras e todos os princípios aplicáveis aos casos difíceis, atribuindo-lhe o peso correto no caso concreto, Dworkin recorre ao recurso contrafático de um juiz ideal, que conhece e domina todos os princípios de uma determinada comunidade e é capaz de atribuir peso a cada um deles diante de uma situação específica e, assim, proferir a decisão correta. Dessa maneira, além do conceito substancialista de democracia constitucional, o que Dworkin faz pressupondo uma confiança antropológica nas tradições, ele também desenvolve a idéia de um juiz que, agindo monologicamente, tem a pretensão de privilégio cognitivo, e é capaz de proferir a decisão correta.

A perspectiva teórica dworkiniana, não obstante rica e avançada, não se mostra adequada para realidades em que os contextos históricos devem ser apropriados criticamente, além de não enfatizar o potencial de racionalidade emergente do diálogo com uma esfera pública pluralista. Por isso, a opção pelo referencial analítico habermasiano, que desenvolve um conceito procedimentalista de democracia deliberativa, através do qual a democracia não fica na dependência de valores éticos substantivos comuns. A partir do diálogo contemporâneo entre liberais e republicanos, o pensador alemão defende a tese de que, conceitualmente, não há prevalência nem dos direitos humanos nem da soberania popular, tendo em vista que da idéia de auto-legislação resulta um nexos interno entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. Habermas, então, defende a tese de que a democracia depende da institucionalização dos pressupostos comunicativos necessários para formação livre e inclusiva da opinião e da vontade, o que implica valorização da esfera pública, que introduz a dimensão *dialógica* na democracia e a conecta com a produção de racionalidade. Nessa perspectiva, a prática democrática transcende o sistema político e o aparato social, possibilitando um amplo debate público, em que diversos argumentos possam penetrar nas instâncias decisórias.

Em Habermas, os cidadãos, autores e destinatários de seus direitos, devem ter a possibilidade de participar não apenas dos procedimentos dialógicos de produção das normas, mas também nos processos de aplicação do direito. Os procedimentos e pressupostos comunicativos funcionam como uma comporta através da qual a ação comunicativa proveniente da periferia pode migrar para o centro do sistema político – centro que não é apenas constituído pelo parlamento, mas também pelos tribunais e pela administração. Com isso, o autor elabora o paradigma procedimental do direito, visando assegurar as condições necessárias para que os atingidos pelas decisões judiciais possam interpretar e concretizar os dispositivos constitucionais.

A teoria do discurso rechaça a atuação paternalista do Tribunal Constitucional, pois são grandes os riscos de disfarçarem os juizes seu decisionismo ao entender a Constituição como uma unidade valorativa. No processo de interpretação constitucional não está o órgão decisor dotado de capacidades morais especiais, nem detém o monopólio do saber necessário para decidir. Ao contrário, não

é legítimo que o Tribunal se comporte como um guardião de uma suposta ordem de valores substantivos ou regente republicano da cidadania, e suas decisões não estão imunes à crítica de uma ampla comunidade de intérpretes.

O Tribunal, para agir legitimamente, deve limitar-se a proteger o processo de criação democrática do direito e as condições para a gênese democrática da lei. Nessa tarefa de concretização do direito, o órgão jurisdicional está obrigado a produzir decisões corretas. Para tanto, mais uma vez se enfatiza a dimensão dialógica, de maneira que os potenciais de racionalidade provenientes de uma esfera pública inclusiva devem penetrar na instância jurisdicional. A recusa do juiz monológico e a defesa de formas de participação que aliviem o órgão jurisdicional do fardo de proferir decisões corretas resultam na adoção do conceito de comunidade de intérpretes da Constituição, ou seja, na defesa de que atores informais tomem parte no processo hermenêutico de concretização dos dispositivos constitucionais.

Aceitando a tese de que o diálogo com a comunidade de intérpretes contribui para correção das decisões judiciais, analisa-se como a Corte brasileira tem definido as entidades que podem participar do processo de fiscalização abstrata. Antes, porém, faz-se necessário traçar melhor as características gerais da Constituição brasileira e de como o congresso constituinte concebeu o STF. Nesse sentido, cabe notar que o texto final da constituinte resultou de um processo de ampla participação popular e trouxe a marca do constitucionalismo comunitário brasileiro. Com efeito, este compreende a Constituição como uma ordem de valores compartilhados por uma determinada comunidade política, ao mesmo tempo em que defende a institucionalização de uma Corte Suprema destinada a zelar pela supremacia da Constituição. Nesse sentido, a Constituição conferiu ao Supremo, com todas as suas garantias funcionais e institucionais, a tarefa de interpretar e proteger objetivamente o texto pátrio, a partir da provocação e da participação de uma ampla comunidade de intérpretes.

Ocorre que o próprio processo de fiscalização abstrata, assim como inúmeras matérias do texto constitucional, não possuem uma definição completa no texto constitucional. Tal processo reclamou por uma concretização do Supremo Tribunal Federal em diversos aspectos, inclusive na definição dos atores que podem deflagrá-

lo. A despeito da edição da Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADIn e da ADC, este diploma legal veio corroborar inúmeros aspectos relevantes do processo de controle abstrato de constitucionalidade tal como concretizado pela própria jurisprudência do STF, ao longo dos mais de dez anos em que tais ações não possuíam disciplina legislativa. A referida lei apenas introduziu algumas novidades, com destaque para introdução do mecanismo do *amicus curiae* no direito brasileiro, cuja importância reside exatamente no fato de que se institucionalizou mais um procedimento através do qual as opiniões e argumentos dos atores informais da sociedade brasileira podem influenciar as decisões do Supremo.

Através da concretização destes mecanismos constitucionais que abrem a Constituição para a comunidade de intérpretes, a saber, o direito de propositura e o recente instituto do *amicus curiae*, pode avaliar-se como a Corte tem entendido a participação dos intérpretes no processo abstrato de normas. Ou seja, observa-se se o Supremo, pela jurisprudência que definiu os intérpretes da Constituição, tem proporcionado que grupos significativos da sociedade civil levem suas demandas políticas à Corte, estabelecendo um diálogo no processo de concretização dos dispositivos constitucionais.

Primeiro, na definição dos autores com direito de propositura, deve-se notar que o Supremo se mostra excessivamente formalista em relação a entidades da sociedade civil previstas no art. 103, IX, da Constituição. Ao interpretar tal dispositivo constitucional, o STF fixou requisitos demasiados restritivos para que segmentos da sociedade civil brasileira possam levar suas demandas em sede de controle abstrato de normas, impedindo o acesso de grupos de elevada representatividade nacional para contestar objetivamente uma decisão política potencialmente lesiva à Constituição.

Além dessa restrição, a exigência da relação de pertinência temática, que tampouco está expressa na Constituição nem em diploma legislativo algum, impede que questões relevantes cheguem à apreciação da Corte, mesmo para aquelas entidades que consigam atender aos rígidos critérios fixados pelo Supremo. Além disso, a demonstração de pertinência temática contradiz a própria jurisprudência do

STF, quando definiu o processo abstrato de normas como um processo objetivo, em que não importa os interesses das partes envolvidas, e sim a defesa objetiva da ordem constitucional. Esta exigência cria, por fim, uma injustificada diferenciação entre os legitimados para propor as ações de fiscalização abstrata, pois estabelece, de um lado, as autoridades e entidades que podem propor a ADIn sem ter de demonstrar interesse específico no caso, e, de outro, os legitimados que tem o seu direito de propositura condicionado à defesa de seus interesses corporativos. Dessa forma, além de submeterem-se aos rígidos critérios estabelecidos pelo STF para propor as ações do processo objetivo, as entidades da sociedade civil ainda têm de demonstrar que o objeto da ação guarda relação com as suas finalidades institucionais, para que o seu mérito seja apreciado. Isso compromete a atuação dessas entidades como intérpretes da Constituição, objetivamente considerada, fazendo com que suas demandas sejam extintas sem que o Supremo não lhes aprecie sequer o mérito.

Por isso é que o excesso de rigor formal para qualificar-se como entidade de âmbito nacional, bem como a exigência de pertinência temática comprometem a judicialização da política, entendida como um amplo processo hermenêutico, mediante o qual a comunidade de intérpretes procura dar densidade aos princípios abstratamente previstos na Constituição. Isso porque inabilita atores sociais de alta representatividade de levantar argumentos válidos na interpretação constitucional, comprometendo, por via reflexa, a própria legitimidade da Corte na tarefa de produzir decisões corretas, à medida que sua jurisprudência limita o diálogo que cerca o processo de aplicação das normas constitucionais.

Quanto ao instituto do *amicus curiae*, embora recente no direito brasileiro e ainda aberto a uma melhor concretização, verifica-se, na jurisprudência do STF, uma concepção um pouco mais otimista. O Supremo mostra-se ciente de que tal novidade pode pluralizar o debate constitucional. Através do amigo da Corte, o processo abre-se a terceiros informais, que não figuram como parte do processo, e que não apenas podem dar um suporte técnico como também apresentar argumentos valiosos, auxiliando, através da livre exposição de razões e contra-razões, a Corte Suprema na árdua tarefa de proferir decisões corretas. Em que pese a consciência do STF sobre as vantagens do referido instituto, ressalvas devem ser feitas quanto ao excesso de poder

conferido ao relator, que detém o monopólio de admitir ou negar a participação do amigo da Corte no processo de fiscalização abstrata. Não há previsão de outro mecanismo jurídico através do qual o terceiro informal possa ingressar no feito. Sua admissão sujeita-se sempre ao entendimento que o relator tem acerca da representatividade dos postulantes e da relevância da matéria discutida no processo.

Por fim, cumpre notar que por mais que a Constituição preveja a existência de mecanismos processuais visando dar efetividade a seus princípios e aumentar o grau de participação na sua interpretação, uma realização democrática dos princípios constitucionais não depende exclusivamente dessa previsão constitucional e da atuação dos Tribunais Constitucionais, mas principalmente do nível de pressão social e da mobilização política que se exerça sobre eles. Ao lado dos mecanismos que permitem aos argumentos advindos da esfera pública entrar no processo decisório, também uma boa dose de assédio por parte da sociedade civil e da esfera pública nos tribunais é bem-vinda para favorecer a legitimidade da Corte. Assim, em uma democracia, o processo de judicialização da política, da mesma forma que as outras formas de tomada de decisões políticas, faz tanto mais sentido quanto mais ele for conectado a uma cidadania ativa, que se faça presente neste processo e na sociedade como um todo.

Referências bibliográficas

AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. A Produção Legislativa do Congresso: entre a paróquia e a nação. In VIANNA, Luiz Werneck (org.) **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ARAGÃO, Lúcia. **Habermas: filósofo e sociólogo de nosso tempo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

ARANGO, Rodolfo. **¿Hay Respuestas Correctas en Derecho?** Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999.

AVRITZER, Leonardo. “Teoria Crítica e Teoria Democrática: do diagnóstico da impossibilidade da democracia ao conceito de esfera pública”, **Novos Estudos CEBRAP**, n. 53, mar. 1999, p. 167-188.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O trunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navegandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 29/12/2005.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência**. Disponível em www.stf.gov.br.

CALSAMIGLIA, Albert. ¿Por que es importante Dworkin? in **Revista Doxa**, n. 2., 1984. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474174_522381695209079/index.htm>. Acesso em: 09/12/2004.

_____. El concepto de Integridad en Dworkin. **Revista Doxa**, n.12, 1992. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/index.htm>. Acesso em: 12/02/2005.

_____. Ensayo sobre Dworkin. Prólogo in DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Editorial Ariel, 1995, julho de 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Vol. 12, n. 34, junho de 1997.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004,

_____. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In VIANNA, Luiz Werneck (org.) **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Freedom's Law**. The Moral Reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Juízes políticos e democracia, *in* **O Estado de São Paulo**, 1997.

DWORKIN, Ronald; HABERMAS, Jürgen. ¿Impera el derecho sobre la política?, Debate sob a moderação de Klaus Günther. *In* **Revista Argentina de Teoría Jurídica**. Disponível em: <http://www.utdt.edu/departamentos/derecho/publicaciones/rjtj1/articulos/deorkin.htm>, acesso em 15/8/2005.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. A Theory of Judicial Review. Cambridge: Harvard University Press, 1979.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

GARAPON, Antonie. **O Juiz e a Democracia**: o guardião das promessas. Tradução Maria Luzia de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da Necessidade de Transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br, acesso em 25/01/2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002

_____. A humanidade como valor básico do Estado Constitucional. *In* MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. *In* MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, vols. 1 e 2. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Três Modelos Normativos de Democracia, *in* **Revista Lua Nova** n. 36, 1995.

_____. **Más Allá del Estado Nacional**. Madrid: Ed. Trota, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Líber Iuris, 1995.

LEITE, Roberto Basilone Leite. **Equi-primordialidade de direitos humanos e soberania popular em Jürgen Habermas**. Dissertação de mestrado, Centro de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

LOPES, José Reinaldo Lima. Crise da Norma Jurídica e Reforma do Judiciário. *In* FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

MAIA, Antonio Carlos. Espaço Público e Direitos Humanos: considerações acerca da perspectiva habermasiana. *In* **Direito, Estado e Sociedade – Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio**, disponível em: <<http://sphere.rdc.pucRio.br/direito/revista/online/rev11/antonio.html>>, acesso em: 24/10/2005.

_____. Direitos humanos e a teoria do discurso do direito e da democracia. *In* MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. **Arquivos de Direitos Humanos**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MAIA, Antônio Carlos; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. *In* PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). **Os princípios na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

MARTINS, António Manuel. Modelos de democracia, *in* **Revista Filosófica de Coimbra**, vol. 6, n. 11, Março, 1997.

MAUSS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. Tradução Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *In* **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov. 2000.

MELO, Manoel Palácios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a Judicialização da Política. *In A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, VIANNA, Luiz Werneck (org.). Belo Horizonte: UFMG, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Controle de Constitucionalidade: uma análise das Leis 9868/99 e 9.882/99. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fevereiro, 2002. Disponível na internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20/01/2006.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito, *in Revista Lua Nova*, n. 37, 1997: 93-106.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de, Devido Processo Legislativo e Estado Democrático de Direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. *In Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SIEBENEICHLER, Flavio Beno. Uma Filosofia do Direito Procedimental, *in Revista Tempo Brasileiro*, n. 138: 133/152, jul. – set., 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição Constitucional, Racionalidade Prática e Democracia**. Dissertação de Mestrado, Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2000.

TAVARES, Ana Lúcia Lyra. A Constituição Brasileira de 1988: Subsídios para os Comparatistas, *in Revista de Informação Legislativa*, n. 109, jan. – mar., 1991. Brasília: Senado Federal.

TORRES, Ricardo Lobo. O espaço público e os intérpretes da Constituição. *In Direito, Estado e Sociedade – Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio* n. 7, julho/dezembro de 1995.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. Prefácio. *In VIANNA, Luiz Werneck (org.) A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____. Poder Judiciário, “Positivização do Direito Natural” e Política, *in Estudos históricos*, Rio de Janeiro, n. 18, 1996.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal** – Jurisprudência Política. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002

_____. A Moralidade da Constituição e os Limites da Empreitada Interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A Constituição e sua Reserva de Justiça** (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Que Reforma? **Estud. av.** [online]. 2004, vol.18, no.51. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142004000200012&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 2/01/2006.

_____. Entrevista concedida à **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: http://conjur.estadao.com.br/static/text/38932?display_mode=print, Acesso em: 30/12/2005.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)