

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA

LEONARDO ZAMPROGNO MACHADO

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: O
CONTROLE VIA AÇÃO E A PARTICIPAÇÃO POPULAR**

VITÓRIA

2018

LEONARDO ZAMPROGNO MACHADO

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: O
CONTROLE VIA AÇÃO E A PARTICIPAÇÃO POPULAR**

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para a disciplina Trabalho de Conclusão de Curso, orientada pelo professor Daury Cesar Fabriz.

VITÓRIA

2018

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	03
1 CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO DIREITO BRASILEIRO	04
1.1 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM SEDE DO CONTROLE CONCENTRADO DE LEIS	05
1.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA	09
1.3 CRÍTICA AO CONTROLE JURISDICIONAL CONCENTRADO (ABSTRATO) DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E DA NECESSIDADE DA PARTICIPAÇÃO POPULAR	13
2 POR UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL ABERTA	15
2.1 A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO	15
2.2 O CONSTITUCIONALISMO POPULAR E A REVISÃO JUDICIAL SOB A ÓTICA DA REALIDADE BRASILEIRA	18
2.3 DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE	06
3 DA EFETIVA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO JUDICIAL DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO	23
3.1 A INSUFICIÊNCIA DO <i>AMICUS CURIAE</i>	23

3.2 A ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO POSSIBILIDADE DE DELIBERAÇÃO DEMOCRÁTICA E PARTICIPATIVA: UM EXEMPLO A SER SEGUIDO?	24
CONCLUSÃO	27
REFERÊNCIAS.....	28

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa discutir a jurisdição constitucional e seu viés democrático, em especial, no controle abstrato das normas. Em um contexto de assentamento da supremacia judicial, tal como se mostra a realidade brasileira, é imprescindível tecer uma análise crítica do caráter democrático na atuação do judiciário no controle das normas em (des)conformidade com a constituição, sob o ponto de vista, principalmente, da participação popular.

A exposição do tema passará por questões atinentes à legitimidade democrática da jurisdição constitucional, bem como sua compatibilidade com um regime democrático participativo em um Estado Democrático de Direito.

Nessa linha, serão trazidos pensamentos acerca do pluralismo hermenêutico constitucional, sob o prisma da tese da sociedade aberta dos intérpretes da constituição de Peter Häberle, bem como do constitucionalismo popular norte-americano defendido – de forma mais expressiva – por Larry Kramer e Mark Tushnet.

Por conseguinte, a partir da abordagem teórica supra, será feita breve análise da realidade brasileira acerca da atuação da Corte constitucional em sede de controle concentrado e qual é a expressão da participação popular no processo de interpretação constitucional via jurisdição.

Ao fim, será feita uma reflexão acerca do melhor caminho para que se efetive uma democracia substantiva e participativa com base na experiência da Colômbia e sua *Acción Pública de Inconstitucionalidad*.

1 CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO DIREITO BRASILEIRO

O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade está presente no Direito Constitucional Brasileiro desde a carta republicana, com existência, inicialmente, de forma difusa¹, e, posteriormente, também, concentrada². Com a inserção desse instituto, o sistema de divisão dos poderes recebeu nova roupagem, tendo em vista a atuação judiciária em interpretações legais à luz da constituição, atividade essa exclusiva, originalmente, do poder legiferante, conforme outrora previsto na constituição imperial.

O controle jurisdicional difuso (concreto) de constitucionalidade consiste em uma ferramenta constitucional que, no caso concreto (incidentalmente), com efeito *inter partes*, dirime controvérsia quanto à (in)constitucionalidade de determinada norma ou ato. Tal forma de controle foi inspirada no *judicial review* da *common law* norte-americana, o qual possui *Marbury vs Madison* como seu *leading case*.³

Por outro lado, o controle jurisdicional concentrato (abstrato) de constitucionalidade possui o condão de resolver conflitos quanto à

¹BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 85: “[...] o controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil com a República, tendo recebido previsão expressa na Constituição de 1891 (arts. 59 e 60). [...] O modelo adotado foi o americano, sendo a fiscalização exercida de modo incidental e difuso”.

² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 86: “O controle de constitucionalidade só viria a sofrer inovação radical com a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, na vigência ainda da Constituição de 1946, mas já sob o regime militar. Por seu intermédio instituiu-se a então denominada ação genérica de inconstitucionalidade, prevista no art. 101, I, k, da Carta reformada. Passava o Supremo Tribunal Federal a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, mediante representação que lhe fosse encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Introduzia-se, assim, no direito brasileiro, mecanismo análogo ao das cortes constitucionais europeias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal.”

³ No caso dos Estados Unidos, a decisão, tomada em via incidental, que dirime controvérsia constitucional, possui efeito *erga omnes*, tendo em vista a figura do *stare decisis* – comum nos países que seguem a tradição do *common law*.

(in)constitucionalidade, de forma objetiva e abstrata, via tribunal constitucional e com efeitos *erga omnes*.

Insta-se que o Brasil possui um sistema misto de controle, ou seja, as questões acerca de (in)constitucionalidade de uma determinada lei podem ser tratadas tanto de forma incidental, quanto direta, e, embora feita breve explicação de ambos os modelos, focaremos no controle concentrado de constitucionalidade, sob o ponto de vista da participação popular efetiva e abertura do diálogo constitucional na via jurisdicional.

1.1 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM SEDE DO CONTROLE CONCENTRADO DE LEIS

Ao se tratar do controle das leis, logo se pensa e reflete acerca da legitimidade daquele que o exerce. Nesse sentido, é importante tecer uma análise que traga à baila questões atinentes à legitimidade da jurisdição constitucional para o exercício do controle – em especial, o concentrado – de constitucionalidade, contrastando-a com a legitimidade democrática do poder legislativo.

O poder legislativo, sob a ótica da tripartição dos poderes, possui como poder/dever/função orgânico(a) essencial típica no Estado Democrático de Direito Brasileiro a legiferação, bem como o exercício do controle de constitucionalidade sobre as leis que edita, em sua maioria de forma preventiva, pelo próprio processo legislativo. Sua legitimidade para tanto advém, principalmente, do argumento de que aqueles que ocupam o espaço neste poder representam da vontade do povo – expressando-a através das Leis –, por este eleitos e submetidos à oxigenação em decorrência do caráter temporário de seus mandatos.

Todavia, não raras são as ações legislativas contrárias aos interesses e preceitos soberanos do povo, seja por defesa de interesses partidários e

particulares de pequenos grupos superfavorecidos, ou pelo anacronismo da lei promulgada. Nesse sentido, afirma Montesquieu⁴ que “as leis encontram sempre as paixões e os preconceitos do legislador. Algumas vezes passam através deles e se tingem; outras vezes ficam presas a eles e a eles se incorporam”.

Dessa forma, em um contexto de omissão ou desconexão com o interesse popular por parte do protagonista legislativo, bem como de usurpação da atribuição deste pelo poder executivo nas edições desenfreadamente perigosas de medidas provisórias – muitas vezes contrárias ao anseio popular – é que se consolidou a atuação jurisdicional no controle de constitucionalidade, com o papel de implementação dos direitos fundamentais por aqueles negligenciados.

Coaduna Bonavides⁵ ao dizer que

[...] a crise da forma representativa em países do chamado Terceiro Mundo e a decadência da lei e do legislativo ordinário em sistemas nos quais impera ou deve imperar a normatividade e a supremacia da Constituição fazem avultar, sem dúvida, a importância da jurisdição constitucional, nomeadamente em regimes onde a expansão normativa do Poder Executivo ocorre sem freios, com o grave risco de absorção ou esmagamento do Poder Legislativo.

A instância criada pois para reprimir inconstitucionalidades, a saber, o tribunal constitucional, apresenta, pela natureza mesma de sua função, como órgão por excelência no sentido de tolher os malefícios daquela expansão, a qual é atribuída à inoperância da máquina legislativa, de ordinário, rígida, retardatária, letárgica e inadequada às impetrações sociais, que demandam respostas normativas rápidas e eficazes, suscetíveis de acompanhar e guiar as metamorfoses internas, necessárias ao equilíbrio do sistema e remoção de seus distúrbios.

Com isso, assume o judiciário, com caráter contramajoritário, o papel de integrador, ligando os ideais constitucionais à realidade sócio-política, de modo

⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Martins Fontes: São Paulo, 1996. p. 616.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade**: algumas observações sobre o Brasil. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007. Acesso em: 28/09/2018.

a viabilizar exercício da cidadania num contexto de fragmentação social. Nesse sentido, Oliveira⁶:

Assim, sob esse enfoque normativo, as normas constitucionais manifestar-se-iam, para a grande maioria da população, meramente como um limite à liberdade, e os direitos de participação política, assim como o acesso à justiça, permaneceriam tão-somente no papel. Em contrapartida, grupos *superintegrados*, que constituiriam a menor parte da população, esses sim disporiam, e de modo exclusivo, da Constituição, no sentido de que a inconstitucionalidade dos atos de “seus” políticos, peritos e milicianos não se tornaria objeto de questionamentos no nível institucional e, portanto, não seria tematizada, no sentido forte do termo. A constituição, assim, não seria capaz de o código direito/não-direito, próprio do sistema jurídico, diante do metacódigo inclusão/exclusão, minando a sociedade a partir da sua própria base democrática.

Ainda, afirma Streck⁷ que

O caráter existencial do Estado Democrático de Direito passa a ser, nessa espiral hermenêutica, a condição de possibilidade do agir legítimo de uma instância encarregada até mesmo – no limite – para viabilizar políticas públicas decorrentes de inconstitucionalidades por omissão e repetidamente, constituir-se tal instância – a justiça constitucional – como remédio (por vezes amargo, mas necessário) contra maiorias.

A legitimidade do poder julgador em substituição ao detentor originário da função legislativa típica pode ser extraída, também, da respeitabilidade, aceitação e submissão ao controle de parte da coletividade de suas decisões racionalmente fundamentadas e dotadas de certeza jurídica. Na mesma linha, Vieira⁸:

Até porque é da respeitabilidade e aceitação das decisões proferidas em Jurisdição Constitucional que dimana sua legitimidade do Estado Democrático de Direito, como “elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado”. Só a partir da respeitabilidade das decisões proferidas na Jurisdição Constitucional é que se constrói sua legitimidade, como conceito sintético para “aprovação, pelos governados, daqueles que detêm o poder”.

⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e estado democrático de direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 267.

⁷STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria o Advogado, 2002. p. 106

⁸ VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 278.

Nessa toada, Cappelletti⁹:

[...] as decisões dos tribunais não resultam de capricho ou idiossincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis “ao sentimento de equidade e justiça da comunidade”. Assim, mediante tal praxe, os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de “exposição” ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais “responsáveis” perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria desses), não expostas a tal fiscalização continuada do público.

Malgrado compreensíveis os argumentos que legitimam o intenso ativismo do poder judiciário quando falamos em controle difuso – pois neste não há edição legislativa (criação/modificação/extinção de norma geral e abstrata) – , a discussão se aprofunda e polemiza quanto ao controle abstrato de constitucionalidade das leis, pois, neste sim, há, de fato, inovação legislativa realizada através de processo hermético decisório da Corte Constitucional, – característica esta que pode propiciar uma politização da justiça em termos negativos, ou seja, uma atuação político-partidária do Poder Judiciário.

Nesse sentido, aduz Vieira¹⁰ que

no Brasil, ainda que por vezes se critique o fato de o “Judiciário exercer controle sobre a vontade do soberano”, desde o início de nosso constitucionalismo republicano, a Jurisdição Constitucional tem lugar reconhecido, e não se questiona sua legitimidade democrática a partir de textos originários das sucessivas constituições. A motivação do estudo, portanto, não foi o reconhecimento da legitimidade democrática inaugural da Jurisdição Constitucional, e sim a problematização de sua abrangência no modelo constitucional adotado a partir da adoção da sistemática concentrada e abstrata, em 1965, que veio a ganhar tons culminantes no período pós-1988.

Pelo exposto, é cediço o entendimento acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional na efetivação de direitos constitucionais fundamentais de alta densidade programática e prestacionais não observados pelos poderes legislativo e executivo. Entretanto, surge uma questão de limitação da atividade jurisdicional constitucional – principalmente no âmbito do controle concentrado,

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1993. p. 98

¹⁰ VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 273-274

tendo em vista o peso e incidência das decisões do modelo –, uma vez que, de fato, há um distanciamento entre o dizer-a-constituição – que, via jurisdição, quem o faz é a Corte Constitucional (colegiado de não-eleitos pelo povo), acionada por determinados entes legitimados e com limitado acesso popular ao processo hermenêutico do diálogo constitucional – e o povo, que é, ainda que de forma deficiente, representado pelo Poder Legislativo.

1.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

Para além de uma análise de representatividade na relação entre democracia e jurisdição constitucional, deve-se se conduzir um debate que perpassasse pelos conceitos de democracia, efetivação da justiça social, com devida observância aos preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito, a garantir os direitos e liberdades fundamentais do indivíduo a partir da influência popular no diálogo constitucional.

Sobre democracia formal e substancial, ensina Norberto Bobbio¹¹ que

A democracia formal é mais um Governo do povo; a substancial é mais um Governo para o povo. Como a democracia formal pode favorecer uma minoria restrita de detentores do poder econômico e portanto não ser um poder para o povo, embora seja um Governo do povo, assim uma ditadura política pode favorecer em períodos de transformação revolucionária, quando não existem condições para o exercício de uma Democracia formal, a classe mais numerosa dos cidadãos, e ser, portanto, um Governo para o povo, embora não seja um Governo do povo.

[...]

A primeira indica um certo número de meios que são precisamente as regras de comportamento [...] independente da consideração dos fins. A segunda indica um certo conjunto de fins, entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independente dos meios adotados para alcançar.

Com isso, tem-se que a democracia substancial possui como pressuposto a igualdade material entre os indivíduos, o que não ocorre no caso da

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 12. ed. UNB: Brasília, 2004. p. 328-329.

democracia apenas representativa (majoritária)¹² – que seria um governo do povo, e não necessariamente para o povo, de acordo com Bobbio. Diante disso, faz-se mister a participação e deliberação popular na esfera pública para que se alcance também a essência – e não, simplesmente, a forma – democrática, que é a finalidade constitucional.

Nessa linha, Bonavides¹³ aponta que

Na clássica democracia representativa o povo simplesmente adjetivava a soberania, sendo soberano apenas na exterioridade e na aparência, na forma e na designação; já com a democracia participativa, aqui evangelizada, tudo muda de figura: o povo passa a ser substantivo, e o é por significar a encarnação da soberania mesma em sua essência e eficácia, em sua titularidade e exercício, em sua materialidade e conteúdo, e, acima de tudo, em sua intangibilidade e inalienabilidade; soberania da qual o povo, agora, não conhece senão o nome, a falsa representatividade, o falso testemunho, a falsa valorização.

Pelo exposto acima, entende-se, portanto, que a democracia substancial, efetivada tão somente através de uma democracia também participativa, pressupõe a participação política popular acompanhada, certamente, dos demais princípios do Estado Democrático de Direito ou Estado de Direito Democrático.

Já no preâmbulo da Constituição de 1988, são apontados os vetores – de sujeição obrigatória – interpretativos e de aplicação das normas do ordenamento jurídico que constituem o Estado Democrático de Direito brasileiro. São eles: igualdade de direitos, liberdade, dignidade da pessoa humana, observância dos direitos individuais e sociais, bem como o desenvolvimento socio-político justo e plural.

Nesse sentido, elucida Canotilho¹⁴ ao dizer que

¹² O ideal seria alcançar as duas formas de democracia, pois essas não se excluem, e sim se completam.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 44

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Edições Almedina: Coimbra, 2003. p. 230-231.

a dimensão de Estado de Direito encontra expressão jurídico-constitucional num complexo de *princípios e regras* dispersos pelo texto constitucional. [...] No seu conjunto, estes princípios e regras concretizam a ideia nuclear do Estado de direito – *sujeição do poder a princípios e regras jurídicas* –, garantindo às pessoas e cidadãos liberdade, igualdade perante a lei e segurança. [...] Globalmente considerados, estes princípios – e recorde-se que eles são apenas exemplificativos – revelam que o Estado Constitucional só é constitucional se for democrático. Daí que “tal vertente do Estado de direito não pode ser vista senão à luz do princípio democrático, também a vertente do Estado democrático não pode ser entendida senão na perspectiva de Estado de direito. Tal como só existe um *Estado de direito democrático*, também só existe um *Estado democrático de direito*”, isto é, sujeito a regras jurídicas.

O Estado Constitucional só o é se este for democrático, e este só é democrático, pois, se do povo (poder constituinte soberano) emanar todo poder e este mesmo poder se sujeitar às normas jurídicas impostas pelo mesmo¹⁵. Nessa linha, o artigo 1º¹⁶ da Constituição Cidadã apresenta o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito fundado em princípios repúblicanos democráticos, bem como seu Parágrafo Único explicita a Soberania Popular, impondo que “todo poder emana do povo”.

Nesse sentido,

Só o princípio da soberania popular segundo o qual “todo poder vem do povo” assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da *soberania popular* concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o Estado de direito” e o “Estado democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*.¹⁷

Ainda, a Constituição de 1988, em seu artigo 14, traz as formas de participação direta do poder soberano (popular): sufrágio universal, voto direto e secreto,

¹⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Martins Fontes: São Paulo, 1996. p. 9: “Quando, na República, o povo em conjunto possui o poder soberano, trata-se de uma *Democracia*. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do povo, chama-se uma *Aristocracia*. O povo, na democracia, é, sob certos aspectos, o monarca; sob outros, é súdito.”

¹⁶ **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Edições Almedina: Coimbra, 2003. p. 100.

plebiscito, referendo e iniciativa popular. Porém, só votar e participar em âmbito legislativo não basta. Explica Ferrari¹⁸ que

Nos regimes democráticos o poder do Estado pertence ao povo, mas seu exercício encontra-se diluído entre os órgãos que atuam em nome do Estado, o que permite dizer que “Em uma autêntica democracia o povo jamais deve permanecer indiferente frente a atuação dos titulares dos órgãos do Estado. Deve ser um fiscalizador ou vigilante desta atuação. Sua participação no bom andamento do governo, não deve conter-se à mera eleição periódica dos titulares dos órgãos estatais primários e deixar que estes se comportem segundo seu arbítrio, realizando muitas das vezes uma conduta contrária à ordem jurídica e ao bem-estar geral, postergando o cumprimento de seu dever como funcionário público, para satisfazer seus interesses pessoais ou sua ambição.

Numa sociedade plural, complexa e segmentada como é a brasileira, a representação majoritária, tal como se opera no Congresso Nacional, por vezes – e não são poucas –, ainda que seus resultados normativos sejam dotados de presunção de constitucionalidade, impossibilita o trato igualitário dos sujeitos submetidos às suas normatizações, tolhendo-lhes direitos e garantias fundamentais essenciais à preservação da dignidade da pessoa humana, que é alicerce e pressuposto da carta política de 1988.

Com isso, face à subjugação da parcela minoritária de direitos, necessária é a atuação jurisdicional em sede de controle. Contudo, ainda que o Poder Judiciário opere sob princípios de isonomia, imparcialidade e impessoalidade, este ainda sofre com a crise de representatividade (dificuldade contramajoritária), o que, *a priori*, é um óbice antidemocrático, uma vez que os homens de toga não são eleitos democraticamente.

Não se sustenta totalmente, porém, o argumento que se opõe ao caráter democrático da jurisdição, pois a democracia – substancial – só se realiza a partir de reais seguranças a direitos fundamentais, de forma igualitária, não podendo haver supremacia da maioria em detrimento dos direitos das minorias. Ademais, ainda que não eleitos, os magistrados, ao decidir, estão vinculados os princípios e regras impostos pelo Estado Democrático de Direito, devendo

¹⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O desenvolvimento da democracia como resultado da efetiva participação do cidadão. **Democracia, hoje**: um modelo político para o Brasil. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional: São Paulo, 1997. p. 214.

fundamentar suas decisões à luz da Carta Maior, perpassando por questões de adequação, necessidade e proporcionalidade.¹⁹

Embora o advento da jurisdição constitucional tenha colaborado sendo uma saída para a efetivação do princípio democrático – informador de todo ordenamento jurídico –, essa, em especial em sede de controle concentrado, ainda se mantém distante da participação popular efetiva, pois ainda é muito fechado o rol de intérpretes no debate constitucional. Nesse sentido, importante ressaltar que no processo de controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade há aparência de abertura do diálogo com a sociedade, através da figura do *amicus curiae*, mas este instituto não é muito significativo – como será mostrado tópico 3.1 – no processo de interpretação constitucional, apesar de intensificar o tom democrático que reveste o controle judicial de constitucionalidade das leis.

1.3 CRÍTICA AO CONTROLE JURISDICIONAL CONCENTRADO (ABSTRATO) DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E DA NECESSIDADE DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

O modelo de controle em análise, de origem austríaca, permite que o Tribunal Constitucional, quando acionado, via ação, dirima questões constitucionais, cujas decisões possuem efeito *erga omnes*, com a consequente extirpação da norma eivada de inconstitucionalidade.

Nesse sentido,

Caracteriza-se esse processo por seu teor sumamente energético, pela sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta. Consente aos governados e com mais frequência a certas autoridades públicas a iniciativa de promover o ataque imediato e ofensivo ao texto eivado de inconstitucionalidade. Uma vez declarada inconstitucional, a lei é removida da ordem jurídica com a qual se apresenta incompatível. O órgão competente para julgar essa ação tanto poderá ser um tribunal ordinário como uma corte especial,

¹⁹ Sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, essa foi melhor tratada no tópico 1.2.

a exemplo dos chamados tribunais constitucionais, dotados para esse fim de jurisdição específica.²⁰

Existem quatro vias de acesso ao controle jurisdicional concentrado – ou controle via ação – das leis no direito brasileiro. São elas: ADI's (Ação Direta de Inconstitucionalidade), ADO's (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão), ADC's (Ação Declaratória de Constitucionalidade) e ADPF's (Aguição de Descumprimento de Preceito Constitucional), as quais possuem rol taxativo de legitimados a provocar o poder judiciário para decidir sobre a (in)constitucionalidade de determinada norma ou ato.

Perceba-se que há um distanciamento do indivíduo popular (cidadão) no processo abstrato em relação à possibilidade de, sequer potencialmente, interferir nas decisões – não atua como requerente e, portanto, não vincula sua pretensão à análise do julgador, devendo aquela, obrigatoriamente, ser apreciada caso requerente fosse –, uma vez que se depende dos legitimados o pedido feito à corte. Nesse sentido, aduz Paulo Bonavides que

O controle por via de ação toma nesse caso um sentido de controle formal de constitucionalidade, voltado sobretudo para resolver conflitos entre os poderes públicos. Desde então relega-se a segundo plano a defesa do conteúdo da ordem constitucional, dos direitos e garantias dos cidadãos, que a sobredita técnica nem sempre resguarda em toda a amplitude, talvez pelo preconceito antidemocrático de não consentir ao cidadão a possibilidade de desfazer por sua iniciativa mesma aquilo que foi obra do legislador.²¹

Explica, ainda, Bonavides²² que

Observa-se em alguns sistemas constitucionais certa relutância em admitir uma abertura ampla à iniciativa individual na movimentação do mecanismo por via de ação. Fica esse controle ordinariamente reservado apenas a algumas autoridades públicas, numa vedação que tem feito bastante débil e ilusória a garantia dos jurisdicionados perante as leis inconstitucionais.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Ed. 28. Malheiros: São Paulo, 2013. p. 318-319.

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Ed. 28. Malheiros: São Paulo, 2013. p. 319.

²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Ed. 28. Malheiros: São Paulo, 2013. p. 319.

Com isso, ficam os cidadãos à mercê de autoridades públicas para, se for de suas vontades, defenderem os interesses daqueles. Porém, não se pode esquecer que as referidas autoridades também são pessoas concretas influenciáveis por suas paixões, ambições e preconceitos. E é por isso que se mostra imperiosa a participação popular, também, via ação.

2 POR UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL ABERTA

2.1 A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

A tese de uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição trazida por Peter Häberle, sob o ponto de vista da nova hermenêutica constitucional democrática, demonstra que há um círculo muito amplo de intérpretes da constituição e que a teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente a relação entre constituição e realidade constitucional.

Em contrário à ideia de “sociedade fechada”, em uma sociedade aberta há multiplicidade dos participantes do processo interpretativo da constituição, para além dos juizes e dos procedimentos formalizados, trazendo a ideia de que quem vive a norma acaba por interpretar ou co-interpretá-la.

Nesse sentido, fora os intérpretes formais (requerente, requerido, recorrente, recorrido, pareceristas ou experts, etc.), existe uma pluralidade de participantes do processo hermenêutico chamados de intérpretes constitucionais em sentido amplo, que são os cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública²³.

²³ Peter Häberle traz a opinião pública como sendo a *media* (imprensa, rádio, televisão), que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada, igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais.

Segundo Häberle, tais intérpretes atuam, “nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes”²⁴ e que “a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.”²⁵ Não é, portanto, monopólio dos intérpretes jurídicos o processo hermenêutico, sendo o destinatário da norma participante muito mais ativo do que se pode supor no processo hermenêutico tradicional.

Nesse sentido, uma teoria da constituição e da hermenêutica propiciam mediação entre estado e sociedade, tendo em vista a pluralidade de intérpretes, sendo, pois, a interpretação aberta, o objetivo da interpretação constitucional.

Quanto às questões constitucionais que possam vir a ser investigadas, aduz Häberle que essas são resultado do tempo – portanto, temporárias –, da esfera pública pluralista e da realidade, o que amplia as necessidades e possibilidades da interpretação.

Conforme Häberle²⁶,

O legislador cria parte da esfera pública (Öffentlichkeit) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. Ele interpreta a constituição, de modo a possibilitar eventual revisão, por exemplo, na concretização da vinculação social da propriedade.

Destarte, sabe-se que a interpretação da constituição se dilui em diversos intérpretes e, com isso, impõe-se a questão da legitimação aos intérpretes que não estão formal, oficial ou competencialmente vinculados à constituição. Entretanto, a legitimação não pressupõe uma vinculação, considerado os

²⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Gabris, 1997. p. 14

²⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Gabris, 1997. p. 14

²⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Gabris, 1997. p. 27

novos conhecimentos da teoria da interpretação – interpretação como um processo aberto. Por exemplo, “do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição”²⁷ e, portanto,

uma constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (Öffentlichkeit), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.²⁸

Com isso, apesar dos cidadãos não possuírem legitimidade democrática para interpretar a constituição em sentido estrito, a democracia não se resume apenas na delegação de responsabilidade formal do povo para o Estado, pois “numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais.”²⁹

O povo (cidadãos) não é apenas um referencial quantivo de legitimação democrática do processo de decisão. Em acordo com Häberle³⁰,

Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.

Dessa forma, nota-se que o processo de interpretação constitucional, sob uma perspectiva democrática, vai muito além do alcance dos órgãos estatais. A realidade e publicidade constitucional é resultado, também, –senão a parte

²⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Gabris, 1997. p. 33

²⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Gabris, 1997. p. 33

²⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Gabris, 1997. p. 36

³⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Gabris, 1997. p. 37

mais importante – da *práxis* popular, devendo, pois, o “povo” estar inserido no processo hermenêutico, uma vez que “a sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido *lato*”³¹ (aqueles não formais, oficial ou competencialmente vinculados à constituição).

2.2 O CONSTITUCIONALISMO POPULAR E A REVISÃO JUDICIAL SOB A ÓTICA DA REALIDADE BRASILEIRA

Larry Kramer, em *The People Themselves*, detalha a história e o desenvolvimento jurisprudencial do *judicial review*, desde sua criação, até o momento deste passar a ter estranha aceitação passiva popular – mormente a partir do caso *Marbury vs. Madison* –, a ponto da população deixar para a Corte a decisão de questões que antes eram debatidas com deliberações de grupos populares opositores e lideranças políticas.

Nesse sentido, o cidadão passou a acreditar que a interpretação constitucional é algo além do seu alcance, devendo a Corte Constitucional cuidar dessa questão. Nas palavras de Kramer³²,

Americans came to believe that the meaning of their constitution is something beyond their compass, something that should be left to others. [...] A judicial monopoly on constitutional interpretation is now depicted as inexorable and inevitable, as something that was meant to be and that saved us from ourselves.

Contra esta aceitação passiva sobre a qual se assentou certa supremacia judicial é que se insurge o constitucionalismo popular³³, não para negar a

³¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Gabris, 1997. p. 40

³² KRAMER, Larry. **The people themselves**. Oxford University Press: Oxford, 2004. p. 229. Tradução Livre: “Os Americanos passaram a acreditar que o significado de sua Constituição é algo além dos seus alcances, algo que deveria ser deixado para outros. [...] Um monopólio judicial sobre a interpretação constitucional é retratado como inexorável e inevitável, como algo que era para existir e que nos salvou de nós mesmos.”

³³ O constitucionalismo popular é um seguimento da teoria constitucional que emergiu em decorrência de uma necessidade de se reduzir a tensão entre constitucionalismo e democracia, sob o ponto de vista revisão judicial e da participação popular na interpretação constitucional. Os nomes mais influentes desta vertente são Larry D. Kramer e Mark Tushnet.

revisão judicial, mas sim para garantir que o povo tenha participação na palavra final da interpretação constitucional. Conforme, ainda, Kramer:

Bear in mind that popular constitutionalism never denied courts the power of judicial review: it denied only that judges had final say. During periods when no major controversies arose, most citizens (and most of political leaders) were content to leave the Court's ruling unchallenged and to respect its status as, in Madison's words, "the surest expositor of the Constitution".³⁴

O contexto do surgimento do constitucionalismo popular foi o de uma Suprema Corte conservadora que, reiteradamente, tolhia direitos das minorias, a saber, por exemplo, do caso *Dred Scott v. Stanford*³⁵, no qual a Suprema Corte entendeu ser constitucional a escravidão. Portanto, mais que compreensível é a preocupação com as decisões tomadas em última instância pela Corte e em boa hora surgiram as críticas quanto ao modelo de supremacia judicial que se instalava.

O que se conclui, portanto, a partir da reflexão proposta pelos defensores do constitucionalismo popular, é que não há problema quando a Suprema Corte decide sobre a constituição, e sim quando essa possui a última palavra. Como defente Mark Tushnet, é preciso que se tenha uma revisão judicial fraca³⁶.

Na linha de pensamento do constitucionalismo popular, incoerente é o raciocínio de que o povo – destinatário da carta política –, de onde todo poder emana, deve ser regulado pelos governantes, por meio de interpretações autoritárias. Nessa toada explica Kramer³⁷ que

³⁴ KRAMER, Larry. **The people themselves**. Oxford University Press: Oxford, 2004. p. 208. Tradução Livre: "Tenha em mente que o constitucionalismo popular nunca negou à corte o poder da revisão judicial: nega apenas que juízes tenham a palavra final. Durante períodos que maiores controvérsias não surgem, a maioria dos cidadãos (e a maioria dos líderes políticos) ficam satisfeitos em deixar a Corte comandar sem óbices e respeitar, portanto, nas palavras de Madison, o status de "o mais certo expositor da constituição".

³⁵ Ver: TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton University Press: Princeton, 1999.

³⁶ Ver: TUSHNET, Mark. **Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton University Press: Princeton, 2009.

³⁷ KRAMER, Larry. **The people themselves**. Oxford University Press: Oxford, 2004. p. 107. Tradução Livre: "A suposição de que a interpretação final autoritária deve girar em torno de algum ramo do governo pretence à cultura da regra ordinária, não à cultura do constitucionalismo popular. Em um mundo de constitucionalismo popular, os oficiais do governo são os regulados – não os reguladores – e a interpretação final autoritária se encontra

The assumption that final interpretative authority must rest with some branch of the government belongs to the culture of ordinary law, not to the culture of popular constitutionalism. In a world of popular constitutionalism, government officials are the regulated, not the regulators, and final interpretative authority rests with the people themselves. Hense, Madison, Jefferson, and their supporters had no difficulty whatsoever explaining how constitutional conflicts would finally be resolved: they would be decided by the people.

Por conseguinte, no primeiro parágrafo do epílogo de *The People Themselves*, Kramer deixa a seguinte reflexão: “A Suprema Corte pôs suas mãos no poder. A questão é: nós vamos deixá-la tomar para si?”. Na sequência, o autor informa que inúmeros leitores perguntaram “o que isso significa?” e “como, supostamente, nós os parariamos?”. Em reação, Kramer sugere aos americanos para que olhem a história americana e como faziam as primeiras gerações de americanos. Em suas palavras:

What did Jefferson, Jackson, Lincoln, the Reconstruction Congress, and Roosevelt do? The Constitution leaves room for countless political responses to an overly assertive Court: Justices can be impeached, the Court’s budget can be slashed, the President can ignore its mandates, Congress can strip it of jurisdiction or shrink its size or pack it with new members or give it burden – some new responsibilities or revise its procedures. The means are available, and they have been used to great effect when necessary.³⁸

Todavia, a análise sobre a realidade estadunidense no firmamento da revisão judicial feita pelo constitucionalismo popular não pode ser integralmente aplicada à realidade jurídico-político-social brasileira. Por uma simples razão: a formação da república norte-americana foi pautada em liberdades, enquanto a brasileira no autoritarismo.

A democracia brasileira é muito recente e o Supremo Tribunal Federal (STF), via jurisdição constitucional, teve papel fundamental em seu estabelecimento.

no povo em si. Hense, Madison, Jefferson e seus apoiadores não tiveram dificuldade alguma em explicar como os conflitos constitucionais seriam finalmente resolvidos: eles seriam decididos pelo povo.”

³⁸ KRAMER, Larry. **The people themselves**. Oxford University Press: Oxford, 2004. p. 249. Tradução Livre: “O que Jefferson, Jackson, Lincoln, o *reconstruction congress* e Roosevelt fizeram? A Constituição deixou espaço para incontáveis formas de resposta à uma corte agressiva: Juízes podem ser destituídos, o orçamento da corte pode ser cortado, o Presidente pode ignorar suas ordens, o Congresso pode extinguir a jurisdição ou encolhê-la, dá-la novo grupo de membros, ou dá-la novas responsabilidades ou revisar seus procedimentos. Os meios estão disponíveis e eles têm sido usados com grande efetividade quando necessários.”

O STF, enquanto guardião da constituição, possui caráter contramajoritário, expondo sua legitimidade democrática ao defender interesses de hipossuficientes, face à edição reiterada de leis que negam direitos fundamentais, via decisões motivadas. Portanto, impensável é a retirada da jurisdição constitucional.

Posto isso, deve-se refletir o seguinte: seria, por exemplo, a população brasileira capaz de defender seus próprios direitos? – lembrando aqui que o modelo de democracia que temos é via representação parlamentar. Seria viável encolher ou extinguir a jurisdição constitucional, como apontou Larry Kramer? A realidade constitucional brasileira nos mostra que não.

A história política brasileira mostra que, ao contrário da realidade estadunidense de outrora, justamente quem deveria representar a vontade popular (os eleitos) assim não o faz, ou o faz de forma majoritaria a sobrepujar direitos e liberdades das minorias, o que é diametralmente oposto a um Estado Democrático de Direito. Nesse contexto de negação ou omissão de direitos é que foi pavimentado o caminho para o ativismo judicial do STF.

Nessa linha, diversas foram as participações do STF na defesa de direitos fundamentais em prol do firmamento do Estado Democrático de Direito, como por exemplo, nas decisões nas seguintes ações: ADI 4.277³⁹, ADPF 489⁴⁰, ADC 41⁴¹ e ADI 3.937⁴².

Contudo, o STF –representando, nesta fala, o poder judiciário –, onde até pouco tempo era depositada a última esperança dentre os poderes, nem sempre se mostra fiél aos ditames democráticos, tendo em vista decisões não meramente políticas, mas sim baseadas em crenças e interesses pessoais.

³⁹ Reconheceu a união homoafetiva.

⁴⁰ A Ministra Rosa Weber, em decisão liminar, suspendeu os efeitos de Medida Provisória que limitava fiscalização sobre trabalho escravo, o que dificultaria o combate a este.

⁴¹ Foi declarada, por unanimidade do STF, a constitucionalidade da Lei 12.990/2014, que destina aos negros 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, no âmbito dos três poderes.

⁴² O STF banuiu o uso do amianto no Brasil.

Nesse sentido, destacam-se, negativamente, por exemplo, as decisões nas ações ADI 5.526⁴³, ADI 4.439⁴⁴ e Ação Originária 1.773⁴⁵.

Ao fim, percebe-se uma sinuca formada: o parlamento brasileiro nunca representou seu povo – e creio que, em maioria, não irá tão cedo –, bem como o STF não mais se sustenta democraticamente. Diante disso, exponho mais uma indagação: como dar a última palavra sobre constituição ao povo sem que isso resulte numa mera representação simbólica e, ao mesmo tempo, permanecer com a jurisdição constitucional brasileira forte? A resposta parece distante, ou até mesmo inalcançável, mas nossos vizinhos colombianos mostraram não ser impossível: colocando a população para discutir a constituição de forma direta, via jurisdição – quando digo “discutir” não falo da figura do *Amicus Curiae* ou da audiência pública, mas sim de uma participação que vincule o juiz ao decidir, como, por exemplo, o cidadão ao postular diretamente na Corte –, pois

pouco importa o modo como nos posicionamos em relação à questão da institucionalização adequada dessa interpretação da constituição, que diz respeito diretamente à atividade do legislativo: a concretização do direito constitucional através de um controle judicial da constitucionalidade serve, em última instância, para a clareza do direito e para a manutenção de uma ordem jurídica coerente.⁴⁶

Quanto à inserção popular vinculante na jurisdição constitucional brasileira, em específico no controle concentrado de constitucionalidade – qual seja o cerne do presente trabalho –, esta será discutida no tópico 3.

⁴³ Definiu que o STF só poderia afastar um parlamentar com o aval do Congresso – por exemplo, o afastamento do então senador Aécio Neves que fora, posteriormente, derrubado pelo Senado Federal.

⁴⁴ Permitiu o ensino confessional de religião nas escolas públicas, com a improcedência do pedido feito pelo PGR.

⁴⁵ Em decisão liminar, o Ministro Luiz Fux permitiu que toda magistratura nacional que ainda não recebia o auxílio-moradia em seu âmbito de atuação (estadual, federal ou militar) passasse a usufruir de tal benefício.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. V 1. 2ª ed. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2010. p. 302.

3 DA EFETIVA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO JUDICIAL DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO (ABSTRATO)

3.1 A INSUFICIÊNCIA DO *AMICUS CURIAE*

O *amicus curiae*, ou amigo da corte, é terceiro interessado que intervém no processo para servir de fonte de informações inéditas, inusitadas, difíceis ou controversas, na defesa do interesse social público e/ou privado. Sua função, em suma, é a de expor fatos ou circunstâncias que poderiam não ser observadas. Nas palavras de Gilmar Mendes⁴⁷:

Trata-se de providência que confere um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão.

Contudo, ainda que pareça que se tenha tornado plural o debate constitucional em sede do controle jurisdicional abstrato, esta abertura não se concretizou de forma efetiva. Isso porque, conforme parágrafo segundo do artigo 138 do Novo Código de Processo Civil, “caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*”. Ou seja, além do juiz poder escolher quem intervém, esse ainda pode limitar a atuação do *amicus curiae* – que já não é muito ampla.

Nesse sentido, emblemática a decisão no Ministro Fux na Ação Originária 1.773, que liberou para serem ouvidas – para tratar da constitucionalidade do auxílio moradia recebido pela magistratura e Ministério Público –, na qualidade de *amicus curiae*, apenas entidades favoráveis à causa do judiciário. Foi deferido

"(...) o ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae* : a) da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público CONAMP e da Associação Nacional dos Procuradores da República ANPR, de

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 275-276.

forma conjunta (Petição nº 2906/2018, Documento Eletrônico 146); e b) da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho ANPT (Petição nº 3064/2018, Documento Eletrônico 159).Deixo de admitir o ingresso no feito dos demais requerentes, o que não prejudicará a análise das razões já trazidas aos autos. À Secretaria para que proceda às anotações."⁴⁸

Para que serve então o *amicus curiae*, senão para dar a falsa sensação de pluralismo? Óbvio que há, decerto, importância na figura do instituto, porém quando as entidades interessadas se opõe aos anseios dos juízes da corte, estes optam por não escolhê-las, como foi o caso de algumas na AO 1.773.⁴⁹

Dessa forma, faz-se mister que o cidadão possa dialogar como parte no STF, via ação, para que participe, efetivamente, da construção do entendimento constitucional, pois, como demonstrado, quando o interesse social e os interesses dos juízes são conflitantes, estes advogam para os seus.

3.2 A ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO POSSIBILIDADE DE DELIBERAÇÃO DEMOCRÁTICA E PARTICIPATIVA: UM EXEMPLO A SER SEGUIDO?

A *acción pública de inconstitucionalidad* foi um marco mundial na seara da jurisdição constitucional no que diz respeito à participação popular e efetivação da democracia participativa. Assegurada pelos art. 40.6⁵⁰ e 241.4⁵¹ da

⁴⁸ BRASIL. Supremo tribunal federal. **Ação Originária 1.773**. Origem: DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em:< <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4395214>>. Acesso em 05 de nov. de 2018.

⁴⁹<https://www.jota.info/stf/do-supremo/entidades-fux-so-liberou-associacoes-favor-de-auxilio-moradia-em-julgamento-02032018>: "Tiveram pedidos negados entidades como Articulação Justiça e Direitos Humanos, Terra de Direitos, Centro Dom Helder Câmara de Estudos e Ação Social, Coletivo Margarida Alves de Assessoria Popular, Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, Instituto Brasileiro de Ciência Criminais e Conectas Direitos Humanos, que se classificam como ligadas à luta pela democratização da Justiça."

⁵⁰ **Artículo 40**. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 6 – Interponer acciones públicas em defensa de la Constitución y de la ley.

⁵¹ **Artículo 241**. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, em los estrictos y precisos términos de este artículo. Com tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contras las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento em su formación.

Constituição colombiana de 1991, esta possibilita que qualquer cidadão acione a suprema corte quando entender inconstitucional determinada lei ou outra norma jurídica. Sobre normatividade da constituição e *acción pública de inconstitucionalidad*, explica o magistrado Naranjo Mesa⁵²:

En orden a instituir la Constitución como primer fundamento del sistema jurídico colombiano, el artículo 4 de la Carta dispone que “*la constitución es norma de normas*” y que en caso de que exista “*incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones constitucionales*”. La consecuencia obvia al principio de que la ley debe estar subordinada a la Constitución y, por tanto, a que su contenido material se encuentre acorde con el texto superior, es, precisamente, el establecimiento de mecanismos de control que permitan garantizar la operancia de ese fundamento de Estado –la suprallegalidad de la Constitución frente al derecho interno.

En Colombia, el control de constitucionalidad se ejerce por los ciudadanos a través de una acción pública de carácter jurisdiccional cuya finalidad es retirar o mantener en el ordenamiento una norma, según ésta sea o no exequible, por medio de una decisión que tiene efectos erga omnes. Esta acción, que representa una conquista propia de las democracias participativas, se consagró por primera vez en la Ley 2.

Como a finalidade deste instituto é ampliar a gama de intérpretes da constituição em âmbito jurisdiccional, não pode este, pois, ficar engessado por rigorosos exames de admissibilidade, sob pena de se comprometer a efetiva participação popular e a concretização da democracia participativa. Nesse

⁵² COLOMBIA. **Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 29, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 47 y 48 (parciales) de la Ley 141 de 1994. Sentencia C – 562/00.** Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Dje, 17 maio 2000. Santafe de Bogotá, Corte Constitucional de la República de Colombia, 2000. Disonível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-562-00.htm>>. Acesso em: 02 de nov. 2018. Tradução livre: “Com a finalidade de instituir a Constituição como primeiro fundamento do sistema jurídico colombiano, o artigo 4º da Carta dispõe que “a constituição é norma de normas” e que em caso de que exista incompatibilidade entre a constituição e a lei ou outra norma jurídica, aplicaram-se as disposições constitucionais. A consequência obvia ao princípio de que a lei deve estar subordinada à constituição e, portanto, que seu conteúdo material se encontre em acordo com o texto superior, é, precisamente, o estabelecimento de mecanismos de controle que permitam garantir a operância desse fundamento do Estado – a suprallegalidade da Constituição frente ao direito interno.

Na Colômbia, o controle de constitucionalidade se exerce pelos cidadãos através de uma ação pública de caráter jurisdiccional cuja finalidade é retirar ou manter no ordenamento uma norma, caso esta seja ou não exequível, por meio de uma decisão que tem efeitos *erga omnes*. Esta ação, que representa uma conquista própria das democracias participativas, se consagrou pela primeira vez na lei 2.”

sentido, conforme artigo 2^o⁵³ do Decreto 2.067/1991 (Colômbia), basta que qualquer cidadão demande a *acción pública de inconstitucionalidad* por escrito, apresentando as normas entendidas como inconstitucionais, a norma constitucional violada, as razões pelas quais estas normas foram violadas, bem como a razão pela qual a Corte é competente para conhecer da demanda. Feito isso,

[...] o *magistrado sustanciador* decide sobre sua admissibilidade no prazo de dez dias; ao recebê-la, permitirá, pelo mesmo prazo, que qualquer cidadão a impugne ou a defenda. Depois disso, o processo segue para o Procurador-Geral da Nação emitir parecer no prazo de trinta dias. Encerrado o prazo, o magistrado propõe o projeto de sentença nos trinta dias seguintes, cabendo ao Pleno (*Sala Plena*) pronunciar a sentença no prazo de sessenta dias.⁵⁴

Com a inserção popular no debate constitucional em sede de jurisdição, a Colômbia supriu o déficit democrático que assombra em essência o controle em abstrato, pois, a partir do feito, houve um compartilhamento na construção da palavra final da corte para com o cidadão que a ela requer, tal como preconiza o constitucionalismo popular, mas sem que pra isso se reduza a intensidade do poder e segurança da decisão judicial.

⁵³ **Artículo 2º.** Las demandas em las acciones públicas de inconstitucionalidade se presentarán por escrito em duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la constitución para expedición del acto demandado y la forma em fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la corte es competente para conocer de la demanda.

⁵⁴ SILVA, Paulo Maycon Costa da. **Jurisdição constitucional na colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional.** Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p185.pdf >. Acesso em: 01 de nov. de 2018.

CONCLUSÃO

Feitas as considerações ao longo do trabalho, extrai-se que os mecanismos até então desenvolvidos para manutenção do princípio democrático do Estado de direito brasileiro, sob a ótica do exercício da soberania popular via participação popular em sede de controle concentrado de constitucionalidade das leis, se mostraram insuficientes. Nesse sentido, apesar de inegável o papel primordial da Corte constitucional na efetivação de direitos fundamentais, um diálogo constitucional com esta não está ao pleno alcance do cidadão: o mais próximo que o indivíduo consegue estar do processo hermenêutico em sede de controle via ação é através de entidades intervenientes que figuram como *amicus curiae*, o que não significa muito, uma vez que o juiz escolhe quem este quiser e confere o poder que quiser à entidade, bem como, se for de seu interesse, ignora completamente as informações trazidas à Corte no momento de decidir, uma vez que não há vinculação aos fatos e informações trazidos pelo “amigo da corte”. Diante disso, viu-se na escolha Colombiana uma forma concreta e efetiva de participação popular através da *Acción Pública de Inconstitucionalidad* na jurisdição constitucional em abstrato.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. Saraiva: São Paulo, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília, DF: UnB, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Ed. 28. Malheiros: São Paulo, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade**: algumas observações sobre o brasil. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007. Acesso em: 28/09/2018.

BRASIL. **Constituição federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária 1.773**. Origem: DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4395214>>. Acesso em 05 de nov. de 2018

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio antônio fabris editor, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Edições Almedina: Coimbra, 2003.

COLOMBIA. **Constituição política da comlômbia**. Promulgada em 6 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>.

COLOMBIA. **Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 29, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 47 y 48 (parciales) de la Ley 141 de 1994. Sentencia C – 562/00.** Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Dje, 17 maio 2000. Santafe de Bogotá, Corte Constitucional de la República de Colombia, 2000. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-562-00.htm>>.

COLÔMBIA. **Decreto 2.067/1991.** Diário oficial n 40.012, de 4 de setembro de 1991. Disponível em: < <https://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/decreto-2067-de-4-septiembre-1991-presidencia-republica-colombia.pdf>>.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O desenvolvimento da democracia como resultado da efetiva participação do cidadão. **Democracia, hoje: um modelo político para o Brasil.** Instituto Brasileiro de Direito Constitucional: São Paulo, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Gabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade.** V 1. 2ª ed. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2010.

KRAMER, Larry. **The people themselves.** Oxford University Press: Oxford, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha.** Saraiva: São Paulo, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis.** Martins Fontes: São Paulo, 1996.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e estado democrático de direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. **Jurisdição e hermenêutica constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. **Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional.** Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p185.pdf >. Acesso em: 01 de nov. de 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria o Advogado, 2002.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton University Press: Princeton, 1999.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, strong rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton University Press: Princeton, 2009.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.