

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

BERKY PIMENTEL DA SILVA

***AMICUS CURIAE*: É FONTE DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS
DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL?**

Rio de Janeiro

2013

BERKY PIMENTEL DA SILVA

***AMICUS CURIAE*: É FONTE DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS
DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL?**

**Dissertação de Mestrado apresentada a
Universidade Estácio de Sá como pré-requisito
para obtenção do título de Mestre em Direito, na
área de concentração Acesso à Justiça e
Efetividade do Processo.**

Orientador:

Prof. Dr. Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2013

S586a Silva, Berky Pimentel da

Amicus curie: e fonte de legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal?/Berky Pimentel da Silva. – Rio de Janeiro, 2013.

103f. : 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, 2013.

1. Supremo Tribunal Federal. 2. Análise do Discurso. 3. *Amicus Curie*.
4. Jurisprudência. I. Título

CDD 341.202



Estácio

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação

AMICUS CURIAE: É FONTE DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL?

elaborada por

BERKY PIMENTEL DA SILVA

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

MESTRE EM DIREITO

Rio de Janeiro, 01 de agosto de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rafael Mario Iorio Filho – Presidente

Presidente
Universidade Estácio de Sá

Prof. Dra. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva
Universidade Estácio de Sá

Prof. Dr. Delton Ricardo Soares Meirelles
Universidade Federal Fluminense

Aos meus pais, Antonio Gomes da Silva e Lucinete Pimentel da Silva *in memoriam*, que com todo esforço e sacrifício me deixaram o maior de todos os legados: a educação, para que pudesse trilhar meu caminho.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a Deus por todas as coisas grandes e maravilhosas que tem feito em minha vida e por tantas que ainda há de fazer. Se não fosse por seu amor não sei o que seria de mim.

Queria expressar a minha admiração pela minha esposa Tatiana que soube conduzir a casa nos momentos em que tive que estar dedicado para a realização desta dissertação. Esse trabalho é dedicado a vocês que são minha razão de viver, Tatiana, e minhas filhas Rebeca e Rute.

Não poderia deixar de expressar o meu grande agradecimento a meu Orientador Professor Doutor Rafael Mario Iorio Filho pelo carinho, auxílio e direção, sem os quais esse trabalho não teria sido realizado.

E ainda, não poderia deixar de prestar meus agradecimentos a todo corpo docente do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Estácio de Sá com quem tive a honra e felicidade de poder aprender tantos relevantes conhecimentos durante esses dois maravilhosos anos, que se sintetizam na presente dissertação.

RESUMO

A Jurisdição Constitucional é ferramenta que ganhou força com o neoconstitucionalismo e visa assegurar a Supremacia da Constituição. Para tanto compatibiliza as normas jurídicas com o texto Constitucional verificando se são válidas ou inválidas. Ocorre que tais normas, via de regra, provém do Poder Legislativo, o qual tem natureza democrática, por ser escolhido pelo povo, diferentemente das Cortes Constitucionais, o que lhes gera um déficit de legitimidade democrática. Nesse sentido, a presente dissertação tem como finalidade investigar se o *amicus curiae* como instrumento de pluralização do processo objetivo de controle de constitucionalidade é meio de conferir legitimidade democrática às decisões proferidas, mitigando o déficit existente. Para chegar a essa conclusão, foram analisadas decisões em ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no período compreendido entre 2005 a 2011, o que permitiu a elaboração de uma conclusão com base na análise do discurso político da Corte Constitucional e nas categorias de Pierre Bourdieu.

PALAVRAS-CHAVES: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; ANÁLISE DO DISCURSO, *AMICUS CURIAE*; JURISPRUDÊNCIA.

ABSTRACT

The Constitutional Jurisdiction is tool that has gained momentum with the neoconstitutionalism and aims to ensure the Supremacy of the Constitution. To reconcile both legal norms with the Constitutional text checking whether they are valid or invalid. It happens that such standards, as a rule, comes from the Legislature, which is democratic, to be chosen by the people, unlike the Constitutional Courts, which they generate a deficit of democratic legitimacy. In this sense, this thesis aims to investigate whether the *amicus curiae* as an instrument of pluralization process control objective constitutionality is way to confer democratic legitimacy of the decisions taken, mitigating the existing deficit. To reach this conclusion, we analyzed decisions on direct actions of unconstitutionality judged by the Plenum of the Supreme Court in the period 2005-2011, which allowed the development of a conclusion based on the analysis of the political discourse of the Constitutional Court and the categories Pierre Bourdieu.

KEY WORDS: FEDERAL SUPREME COURT; ANALYSIS OF SPEECH; *AMICUS CURIAE*; JURISPRUDENCE.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	11
2.1 Considerações Iniciais.....	11
2.2 – A Evolução do Estado Moderno.....	12
2.3 Modelo Inglês.....	16
2.4 Modelo Francês.....	20
2.5 Modelo Americano.....	23
2.6 Modelo de Controle de Constitucionalidade adotado no Brasil.....	27
2.6.1 Do descobrimento do Brasil até a Constituição Imperial de 1824.....	27
2.6.2 Período Republicano até os dias atuais.....	30
3 DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	35
3.1 Considerações Iniciais.....	35
3.2 Legitimidade Democrática do Controle de Constitucionalidade.....	36
3.3 Fundamentos de Justificação da Legitimidade Democrática do Controle de Constitucionalidade.....	37
3.3.1 Fundamentos Normativos.....	38
3.3.1.1 <i>Previsão Constitucional</i>	38
3.3.1.2 <i>A Constituição como Norma Jurídica</i>	39
3.3.2 Fundamento Filosófico.....	41
3.3.2.1 <i>Jurisdição Constitucional como Instrumento de Proteção dos Direitos Fundamentais</i>	41
3.3.2.2 <i>Jurisdição Constitucional como Instrumento de Defesa do Procedimento Democrático</i>	44
3.3.2.3 <i>Imparcialidade do Juiz como fator legitimante</i>	48
3.3.2.4 <i>Argumentação como fator legitimante</i>	50
3.3.2.5 <i>Manutenção dos status quo como fator legitimante</i>	52
3.3.2.7 <i>Entrelaçamento entre a Maioria Legislativa e a Composição ou Tendências do Tribunal da Jurisdição Constitucional como fator legitimante</i>	53

3.3.2.8 <i>Reexame das Razões do Legislador como fator legitimante</i>	55
3.3.2.9 <i>Falta de Legitimidade decorrente da Práxis Política</i>	56
3.3.2.10 <i>Legitimidade como Necessidade de Reequilibrar os Poderes Constitucionais no Welfare State</i>	57
4 AMICUS CURIAE É INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL?	60
4.1 Considerações Iniciais	60
4.2 Amicus Curiae	61
4.2.1 Breve Histórico.....	62
4.2.2 <i>Amicus Curiae</i> no Controle de Constitucionalidade Pátrio.....	63
4.3 Amicus Curiae e Pluralização da Jurisdição Constitucional	67
4.4 A Argumentação do Supremo Tribunal Federal como Discurso Político	68
4.5 Categorias Teóricas de Pierre Bourdieu	70
4.6 O Supremo Tribunal Federal na ADI N° 2321-7 MC/DF	73
4.7 O Supremo Tribunal Federal no Período de 2005 a 2011	78
5 CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	98

1 INTRODUÇÃO

O neoconstitucionalismo tem como um de seus pilares o fortalecimento da Jurisdição Constitucional¹, responsável por zelar pelo primado da Supremacia da Constituição no Estado.

No exercício da Jurisdição Constitucional, as Cortes Constitucionais atuam como verdadeiros legisladores negativos, reconhecendo a nulidade da norma jurídica impugnada, uma vez que não encontra compatibilidade com o seu parâmetro de validade.

O atuar das Cortes Constitucionais encontra questionamentos em sua legitimidade democrática, eis que as leis aprovadas pelo Parlamento são oriundas da vontade popular, manifestada através de seus representantes políticos escolhidos pelo voto, ao passo que os integrantes das Cortes Constitucionais são agentes públicos não eletivos².

Sobre tal ponto se debruça a investigação da presente dissertação, vez que, ao analisar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Celso de Mello, na ADI Nº. 2321-7 MC/DF, julgada em 01/08/2000, se verificou no discurso do Ministro que o *amicus curiae* é um instrumento de mitigação da falta desta legitimidade democrática.

O *amicus curiae*³ instrumento de pluralização do procedimento foi introduzido no processo objetivo de controle de constitucionalidade na Lei Federal nº. 9868/99.

Portanto, a problemática surgiu da necessidade de aferição se o que estava sendo dito pelo discurso político do Supremo Tribunal Federal efetivamente condiz com a realidade.

Nessa linha, foram analisadas decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no período de 2005 a 2011, sendo catalogadas 31 (trinta e uma) decisões.

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em:<www.direitodoestado.com/.../RERE-9-MARÇO-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em 06 jun. 2013, p. 8.

² Trata-se da denominada dificuldade contramajoritária. Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53.

³ O *amicus curiae* é o “terceiro que intervém em um processo, do qual ele não é parte, para oferecer à corte sua perspectiva acerca da questão constitucional controvertida, informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal ou, ainda, defender os interesses dos grupos por ele representados, no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão a ser tomada”. MEDINA, Damares. **Amicus Curiae. Amigo da Corte ou Amigo da Parte?** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17.

Na investigação dessas decisões, tidas como discursos políticos de acordo com Patrick Charaudeau⁴, foram utilizadas categorias teóricas de Pierre Bourdieu⁵, as quais permitiram elaborar uma conclusão sobre a seguinte questão: o *amicus curiae* efetivamente é fonte de legitimidade democrática para a Jurisdição Constitucional ou é apenas um expediente teórico que visa manter o *habitus*⁶ operado pelo Supremo Tribunal Federal?

Para tanto, em um primeiro capítulo foram analisados tópicos relacionados à Jurisdição Constitucional: o desenvolvimento do Estado Moderno, as Matrizes do Controle de Constitucionalidade (Inglesa, Francesa e Americana) e o seu desenvolvimento no Brasil.

No segundo capítulo foram verificadas as diversas teorias acerca da legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional, no qual foram divididas, as de fundamento normativo e as de base filosófica⁷.

Fechando no terceiro capítulo, faz-se uma exposição sobre o *amicus curiae*, com um breve desenvolvimento histórico e sua atuação como instrumento de pluralização do processo objetivo do controle de constitucionalidade; o discurso do Supremo Tribunal Federal é analisado como um discurso político de acordo com Patrick Charaudeau; são investigadas as categorias teóricas de Pierre Bourdieu; e, por derradeiro, é elaborada pesquisa empírica das decisões da Corte Suprema, começando com o caso paradigma (ADI Nº. 2321-7 MC/DF) e, em momento posterior, investigando aos julgados ocorridos entre o período de 2005 a 2011.

⁴ CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso Político**. Trad. Dílson Ferreira da Cruz e Fabiana Komesu. São Paulo: Editora Contexto, 2011.

⁵ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 16.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

⁶ *Habitus* como sistema das disposições socialmente constituídas que, enquanto estruturas estruturadas e estruturantes, constituem o princípio gerador e unificador do conjunto das práticas e das ideologias características de um grupo de agentes. Tais práticas e ideologias poderão atualizar-se em ocasiões mais ou menos favoráveis que lhes propiciam uma posição e uma trajetória determinadas no interior de um campo intelectual que, por sua vez, ocupa uma posição determinada na estrutura da classe dominante. BOURDIEU, Pierre. **A Economia das Trocas Simbólicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974, p.191.

⁷ Essa divisão não é original, mas segue o estabelecido por Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009).

2.0 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 Considerações Iniciais

O presente trabalho tem como finalidade saber se o instituto do *amicus curiae* em âmbito da Jurisdição Constitucional Concentrada Brasileira atua como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte⁸.

A origem desta indagação surgiu da análise de casos do Supremo Tribunal Federal, estando entre eles a ADI Nº. 2321-7 MC/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgada em 25/10/2000, na qual foi exarada tal afirmação.

Para tanto, a metodologia adotada nesta dissertação parte de estudo doutrinário da Jurisdição Constitucional e suas matrizes; da tensão existente ente a democracia e o direito que acarreta a dificuldade contramajoritária da Jurisdição Constitucional e, da pesquisa de casos extraídos do sitio do Supremo Tribunal Federal, no período compreendido entre os anos de 2005 e 2011, nos quais atuou o *amicus curiae*, da qual se permitirá concluir se o *amicus curiae* funciona como fator de legitimação social real, ou se, o discurso apresentado é apenas um instrumento de violência simbólica⁹.

A análise da Jurisdição Constitucional com as suas matrizes históricas e sua forma de constituição no Direito Brasileiro é questão fundamental para este trabalho, eis que nela ocorre tensão democrática entre a vontade da maioria (externada pelo Poder Legislativo) e o Poder Judiciário, para a qual, o *amicus curiae* seria uma ferramenta de superação.

Nesse diapasão, verificar o surgimento do Estado Moderno e o fenômeno do Constitucionalismo é questão basilar para se entender a jurisdição constitucional.

Tal questão se dá em virtude das diferentes formas de constitucionalismo existentes em cada país, devido a sua história e tradições.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI Nº 2321-7 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 25.10.2000. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 01 jun. 2013.

⁹ O termo violência simbólica é uma categoria de Pierre Bourdieu que será desenvolvida no Capítulo 3 deste trabalho.

2.2 A Evolução do Estado Moderno

Assim, inicialmente cabe expor que o Estado Moderno nasce com caráter absoluto¹⁰, sendo a sua forma variada de acordo com a influência filosófica¹¹.

Para Thomas Hobbes a natureza humana não era altruísta, mas forçosamente egoísta¹². No estado de natureza¹³ existia verdadeira de estado de guerra, em que afloravam as paixões, havendo situação de insegurança e incerteza, com o domínio do mais forte.

A fim de preservarem as suas vidas, os indivíduos fazem um pacto em favor de terceiro, transferindo a outrem, não partícipe (homem ou assembléia) todos os seus poderes em troca de segurança. Assim, para fazer cessar a guerra de todos contra todos, os indivíduos despojam-se da totalidade dos direitos que possuem com a intenção de receber segurança do Estado, caracterizado como o Leviatã¹⁴ em sua obra.

Portanto, a partir das idéias configuradas em Thomas Hobbes, o estado de natureza é suplantado pelo estado civil com a finalidade de garantir a segurança dos indivíduos. Esse estado que ganha origem é ilustrador do estado absoluto, uma vez que o príncipe tudo pode, ou tudo deve fazer, pecando apenas por sua fraqueza¹⁵. Nesse Estado formado, em virtude de todos os direitos, exceto o direito a vida, serem transferidos pelos indivíduos, não há parâmetros para a atuação Estatal. Os limites são fixados pelo soberano que, em virtude de não ter participado da convenção instituidora, mas, recebido os poderes dos indivíduos, exerce seu governo de forma ampla e soberana.

Para John Locke, no estágio pré-social e político dos homens (estado de natureza), os indivíduos viviam em uma sociedade de paz relativa, pois havia certo domínio racional das paixões e dos interesses. No entanto, mesmo neste estado, a razão permitia a existência de limites à ação humana, reconhecendo direitos naturais que deviam ser seguidos pelo homem.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 28.

¹¹ Serão abordados apenas autores contratualistas para fins do presente trabalho.

¹² FIGUEIREDO, Marcelo. **Teoria Geral do Estado**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 55.

¹³ O estado de natureza representa a situação em que não existe governo para manter a ordem social. CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79.

¹⁴ O Leviatã é um monstro bíblico, uma espécie de grande hipopótamo de que fala o Livro de Jô, precisando “que não há poder sobre a terra que se possa comparar”. CHEVALLIER, Jean-Jaques. **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a nossos dias**. Rio de Janeiro: Agir, 1998, p. 66.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 33.

Ocorre que, apesar do reconhecimento de direitos naturais (vida, liberdade e bens) que acarretavam limites de atuação para os indivíduos, não existia nenhuma estrutura que, em caso de conflito entre os indivíduos que rompesse a existente paz relativa, pudesse levar a cessação da contenda e impedir a deflagração de guerra¹⁶.

Isso porque, no início da história, o direito natural existente permeava as relações de propriedade entre os indivíduos que respeitavam os direitos dela decorrentes. Não obstante, com o incremento da complexidade das relações, surgiram maiores controvérsias e conflitos¹⁷. Com a finalidade de evitar a emersão e generalização do conflito surge o estado civil através do pacto de consentimento dos indivíduos.

Esse pacto tem caráter histórico, uma vez que surge no momento em que a propriedade atinge um determinado grau de complexidade e preserva os direitos naturais pré-existentes, os quais estabelecem os limites da convenção.¹⁸

Portanto, em Locke, com o pacto de consentimento os indivíduos não entregam todos os seus direitos ao Estado, pois conservam os seus direitos naturais, os quais subsistem para limitar o poder e fundar a liberdade¹⁹. Em suas obras encontram-se a formulação primária e mais completa do Estado Liberal²⁰.

Já para Jean –Jacques Rousseau as coisas são boas por natureza e quando estão em conformidade com a natureza, independem de convenção humana. Assim, os homens nascem bons, sendo degenerados e corrompidos pela sociedade²¹.

Para o autor o início da hostilidade entre os homens está na propriedade, que é fonte das desigualdades²².

Diferentemente de Locke que afirmava que no estado de natureza já existiam os direitos naturais, Rousseau afirmava que neste momento não existia qualquer normatização que só surgiu com o Estado. Assim, neste momento, os homens viviam movidos pelos seus

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 31.

¹⁷ LIMONGI, Maria Isabel de Magalhães Papaterra. Os Contratualistas. In: **Manual de Filosofia Política**. RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rúriom; FRATESCHI, Yara. (Org.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 105.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010 p. 36.

¹⁹ CHEVALLIER, Jean-Jaques. **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a nossos dias**. Rio de Janeiro: Agir, 1998, p. 114.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010 p. 35.

²¹ CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122.

²² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.37.

sentimentos naturais que eram suficientes para engajá-los em uma vida tranqüila e pacífica. No seu instinto o homem encontra o suficiente para garantir a sua sobrevivência²³.

A passagem do estado de natureza para o estado civil, mediante o pacto social, tem como finalidade garantir proteção e organização em troca da cessão de alguns direitos ao Estado²⁴.

Para Rousseau, os indivíduos nascem livres e, portanto, iguais. Com isso, somente a vontade geral pode gerar obrigações em sociedade. A vontade geral sempre se dirige para o bem comum, ao passo de que a vontade particular se dirige para o bem privado.

Portanto, o pacto social estabelecido por Rousseau tem como origem a união entre iguais, na qual existe renúncia de interesses próprios em favor da coletividade. Nesse ponto, a soberania sai das mãos do monarca e passa a ter sua titularidade no povo.

Assim, a passagem do estado de natureza para o estado civil, acarretará o surgimento de Estados Democráticos, tendo em vista que o poder não estará concentrado com uma classe oligárquica ou um príncipe, mas estará com a comunidade²⁵.

O Estado Moderno é fruto da superação do Estado Medieval de cunho patrimonialista.

No Estado Medieval os poderes político e econômico estavam nas mãos privadas dos Senhores Feudais que eram proprietários dos meios administrativos, cobrando tributos, aplicando a justiça e tendo seus próprios exércitos.

No entanto, o novo modelo de produção em formação (capitalista) necessitava de normas impessoais e gerais que dessem segurança aos súditos, a fim de que pudessem comercializar e produzir riquezas²⁶.

Era necessária a passagem do privado para público, em que o poder político estivesse nas mãos do Estado.

²³ LIMONGI, Maria Isabel de Magalhães Papaterra. Os Contratualistas. In: **Manual de Filosofia Política**. RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rúrion; FRATESCHI, Yara. (Org.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114.

²⁴ CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.38.

²⁶ *Ibid.*, p.43.

Enquanto no Estado Medieval o poder político e de controle social permanecem em mãos privadas, confundindo-se com o poder econômico, o Estado Moderno e de economia de mercado formaliza a separação desses poderes, ou seja, de um lado o poder político e de outro o econômico.

Portanto, uma das principais especificidades que marcaram a passagem do Estado Medieval para o Estado Moderno foi a dicotomia público-privado.

A primeira expressão do Estado Moderno alicerçada na idéia de soberania leva a concentração de todos os poderes nas mãos do monarca originando os Estados Absolutistas.

Esses Estados tinham como base de sustentação de seu poder a idéia de que os monarcas tinham origem divina. Assim, como representantes de Deus na terra, não encontravam limites a sua autoridade.

No entanto, é de se ressaltar que o Estado Absolutista não conheceu o fenômeno das Constituições²⁷. Em verdade, como afirmava Hobbes, o limite do Estado estava na fraqueza do príncipe.

A classe burguesa que no início do Estado Moderno se contentava apenas com o poder econômico e por isso delegou o poder político ao soberano, não mais aceitava esta condição, almejando também o poder político, que até então estava com a aristocracia.

Para tanto, tendo como componente teórico as idéias contratualistas de Rousseau, buscava a legitimidade de seu atuar na necessidade de uma estrutura normativa a partir de uma Constituição, tida como o acordo político fundante do Estado²⁸, que limitasse o poder do monarca e assegurasse direitos aos indivíduos.

Essa necessidade de mecanismos que freassem o poder do monarca e assegurassem direitos aos cidadãos deram origem ao movimento constitucionalizador, o qual se deu de formas diferentes em cada país, dando origem a diferentes Estados-Nacionais²⁹.

Esse movimento Constitucional vai originar diferentes matrizes do controle de constitucionalidade, a qual, passamos analisar as principais: inglesa, francesa e americana.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 289.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.51.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 289.

2.3 Modelo Inglês

De acordo com Oswaldo Luiz Palu

Na evolução histórica do direito constitucional inglês divisam-se quatro fases: (a) aquela anterior à conquista normanda de 1066; (b) aquela iniciada em 1066, passando pela concessão da *Magna Charta* pela vez primeira (1215), que foi cancelada e revalidada inúmeras vezes nas lutas entre o poder real e o baronato nos séculos seguintes, indo até o advento da dinastia Tudors (1485); nesse período formou-se a *commom law*; (c) um outra fase, entre 1485 a 1832, passando pela luta entre o Rei e o Parlamento, de onde se tem como consequência a Petição de Direitos de 1628, a Revolução de 1648, a intercorrência da República Britânica sob protetorado de Cromwell, que em 1653 elaborou aquela que parece ter sido a primeira *Constituição escrita do mundo*, de vida efêmera, chamada de *instrument of government*, com 42 artigos, a Revolução de 1688 (*Glorious Revolution*) e a declaração de direitos de 1689 (nesse período surgiu um sistema complementar às vezes rival, 'das regras de equidade'); e (d) a fase contemporânea, de 1832 até hoje, com as reformas eleitorais tendentes ao alargamento do direito de sufrágio e à diminuição do poder da Câmara dos Lordes em favor da Câmara dos Comuns, com membros eleitos por tempo determinado, bem como pela importância cada vez maior das leis frente ao sistema da *commom law*³⁰.

Analisando as fases do Constitucionalismo Inglês, verificamos que as Instituições Feudais foram introduzidas com a invasão normanda em 1066.

O desenvolvimento do modelo feudal acarretou o fortalecimento dos barões que, em 1215, impuseram ao Rei João Sem Terra, a Magna Charta, que originariamente resguardava os direitos feudais dos barões relativamente à propriedade, à tributação e às liberdades públicas, inclusive religiosas, mas, devido a amplitude de seus termos, permitiu que assumisse, ao longo do tempo, caráter de carta geral de liberdades públicas³¹.

Com o advento da dinastia Tudor (1485), ocorre a formação da *common law*, surgindo um novo sistema jurídico sobre os costumes locais anteriores. Em sua formação, a aplicação da *common law* se dava em circuitos periódicos dos Condados e depois em Londres, nas Cortes Reais. Isso porque os juízes depositavam muita confiança nos julgamentos anteriores de casos semelhantes, dando origem a doutrina do precedente judicial³².

³⁰ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 105.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

³² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 291.

No Constitucionalismo Inglês, a origem do Parlamento ocorreu no século XIII, e sua estrutura era formada por clérigos, aristocratas, representantes da baixa aristocracia e da burguesia urbana, os quais eram convocados e controlados pelo rei. Ao final do século XVI, a Inglaterra já era uma monarquia estável e um Estado Protestante.

Duas fases se distinguem na história do sistema parlamentar: a das lutas para formação do governo representativo em face de uma monarquia de tendência absolutista, que vai desde o século XIII ao século XVII, e a das ocorrências pacíficas, que ocorreram na vida política inglesa durante o século XVIII, quando ocorre como efeito da Revolução de 1688, passagem para a forma parlamentar mais aprimorada composta de duas casas legislativas: Câmara dos Comuns e Câmara dos Lordes³³.

Os conflitos entre o parlamento e o rei começaram com James I, em 1603, sendo exacerbados com a assunção de Charles I ao trono, em 1625.

Na Inglaterra, o absolutismo monárquico era frágil, quando comparado a outros países, como a França e Espanha, uma vez que não contava com exército, burocracia organizada e sustentação financeira própria.

Como forma de limitar o poder de Charles I, o Parlamento lhe impôs a *Petition of Rights*, a qual entre as limitações trazidas: impedia o lançamento de tributos sem a aprovação do Parlamento, prisões arbitrárias, uso da lei marcial em tempos de paz e a ocupação de casas particulares por soldados³⁴.

Inicia-se um longo período de tensão política e religiosa³⁵ que vai acarretar a deflagração de Guerra Civil (1642-1648), com a execução de Charles I (1649) e a subsequente implantação da República (1649-1658).

Ocorre que a República Inglesa sob o comando de Cromwell, não subsistiu a morte de seu fundador. Assim, em 1660, ocorreu a restauração da monarquia com Charles II.

Seu filho e sucessor, James II almejou implantar práticas absolutistas e tornar a Inglaterra à Igreja Católica, o que acarretou a sua derrubada em 1688 com a Revolução Gloriosa.

Com isso, Guilherme (William) de Orange, casado com a irmã do rei deposto (Mary) torna-se o novo monarca, sob o regime da Supremacia do Parlamento, com seus poderes limitados pelo *Bill of Rights* (1689), o qual estabelecia uma série de restrições, estando entre

³³ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 319.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11.

³⁵ A tensão religiosa ocorreu entre anglicanos e católicos, puritanos moderados e radicais.

elas: necessidade de consentimento do Parlamento para criação de leis, instituição de impostos e manutenção de exército em tempo de paz.

Em 1701, o Parlamento votou o *Act of Settlement* o qual estipulava que somente um príncipe da religião anglicana poderia ascender ao trono, assim como trouxe novas limitações ao poder real em relação ao Parlamento e as Cortes de Justiça.

Nesse período de tensão entre o Rei e o Parlamento surge a *equity*, caracterizada por ser um recurso à autoridade real diante da injustiça flagrante de alguns casos concretos³⁶.

Pela *equity*, petições eram encaminhadas ao Rei ou ao seu Conselho, as quais eram despachadas pelo Chanceler (*Kepper of the Kings Conscience*), encarregado de orientar e guiar o rei em sua decisão.

Com o passar do tempo esse Chanceler acabou se tornando juiz autônomo, o que ocasionou o reconhecimento de direitos não conhecidos pela *common law*. As regras da *equity* foram sendo sistematizadas, sem contudo, contrariar a *common law*, havendo uma complementação entre elas.

É importante ressaltar que a Inglaterra devido ao processo histórico pelo qual passou no desenvolvimento de seu Constitucionalismo não deu origem a uma Constituição escrita, apesar de existirem vários documentos relevantes de índole constitucional (*Magna Charta, Petition of Rights, Bill of Rights e Act of Settlement*).

Atualmente na Inglaterra (século XXI), a estrutura do poder no Reino Unido³⁷ funda-se em três grandes instituições: o Parlamento, a Coroa e o Governo, tendo como princípio constitucional maior, o da Supremacia do Parlamento³⁸.

Apesar de a Inglaterra não ter uma Constituição Escrita, não é de todo alheia a idéia de uma superioridade normativa. Assim, no século XVII surgira a idéia de um direito fundamental, superior ao direito ordinário (com origem no parlamento).

Sir Edward Coke, magistrado inglês, adotou essa idéia de superioridade normativa contra as pretensões absolutistas dos Stuarts. Assim, “invocava um Direito superior à prerrogativa régia e ao Direito estatutário: era o Direito proveniente da *commom Law*, de cuja interpretação os juízes eram donos e senhores³⁹”.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 292.

³⁷ Formado pela Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 303-304.

Para defender o direito dos ingleses, Coke negava direito a prerrogativa real, interpretando essa sempre de forma restritiva, como nos direitos aduaneiros, de subsídios e de impostos.

Com esses posicionamentos, efetuou a primeira forma de controle de constitucionalidade, no sentido de que ele compatibilizava os atos praticados pelo monarca com a *commom Law*, limitando com isso as prerrogativas reais e garantindo o poder da jurisdição em interpretar a *commom law*. Com isso, seu posicionamento além de firmar um embate político, também se tratava de uma proposta Constitucional, ocorrendo no momento de crise da *iurisdiction*.

Três sentenças caracterizaram o pensamento de Sir Edward Coke: as sentenças sobre os *writs of prohibition*, as *Proclamations* (ordenanças administrativas) e a do processo Bonham⁴⁰.

No caso *writs of prohibition* ocorreu o embate entre o posicionamento de Sir Edward Coke e o Rei Jaime I. Tal ocorreu porque o Arcebispo de Cantebury irritado com a invasão de que os Tribunais de *common law* estavam fazendo na Jurisdição Eclesiástica se utilizou dos *writs of prohibition* afirmando que o Rei como juiz supremo, de acordo com a palavra de Deus, podia avocar a atribuição de julgar para os juízes.

No entanto, Coke com fundamento na *common law* sustentou que o Rei não podia fazer julgamento nenhum, uma vez que esses cabiam aos Tribunais de Justiça de acordo com as leis e costumes da Inglaterra, existindo Estatuto vigente desde Henrique IV, pelo qual transferia o poder judicial do rei a diversos Tribunais.

As *Proclamations* eram ordenações de caráter administrativo, de origem real, pela qual o rei regulava determinadas questões.

Coke posicionou-se que o Rei não podia violar as leis, mediante a criação de ordenações, uma vez que essas não são fonte do direito inglês. Assim, somente o Parlamento poderia fazer leis.

A sentença do caso Boham é a mais famosa sendo creditada a ela a moderna instituição do controle de constitucionalidade de leis por parte do Poder Judiciário, no sentido de que a *commom law* regulava e controlava os atos do Parlamento, e assim, quando tais atos eram-lhe contrários, tratavam-se de atos nulos⁴¹.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 305.

⁴¹ *Ibid.*, p. 306.

Assim, existe um direito superior a lei emanada do Parlamento, que era o direito da *common law*. As lei emanadas do Parlamento tinham validade formal, no entanto, para terem validade substancial, deviam ser adequadas ao direito comum e a razão, podendo ter seu conteúdo controlado pelos juízes da *Commow Law*.

A doutrina de Sir Edward Coke predominou até a Revolução Gloriosa de 1688, ocasião em que passou a predominar a Supremacia do Parlamento, podendo-se afirmar que hoje, não há controle de constitucionalidade na Inglaterra⁴².

Assim, o Parlamento é quem exercita o poder supremo e com isso, se os seus atos vão de encontro a Constituição permanecem válidos e valem como modificações ou emenda a ela⁴³.

2.4 Modelo Francês

A modelo Francês se coaduna com a história de formação do Estado Moderno e com o Constitucionalismo.

Isso porque o Estado Moderno como já foi falado no item 1.2, surge absolutista.

Na França, foi com a ascensão de Henrique IV ao trono, em 1594, que ocorreu a afirmação do poder real, com o enfraquecimento dos senhores feudais e a consolidação do Estado Nacional, lançando as bases do *ancien régime*, fundado no poder absoluto do monarca.

O absolutismo monárquico foi consolidado no período de influência do Cardeal Richelieu, durante o Reinado de Luís XIV (1643-1715), a quem se atribui a frase-síntese dessa era: “*L’Etat c’ est moi*”⁴⁴.

Ocorre que, na formação do Absolutismo, a burguesia, no nascedouro do capitalismo, não estava interessada no poder político, mas apenas no poder econômico.

No entanto, com a viragem do século XVIII, a burguesia não se contentava apenas com o poder econômico, querendo tomar para si o poder político⁴⁵.

Foi na França que ocorreu a ruptura com o regime absolutista, devido a severas contradições que existiam entre as classes.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 307.

⁴³ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 107.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 51.

A crise financeira do Estado Francês, a qual foi agravada com o apoio à guerra de independência americana, foi causa direta de eventos que acarretaram a Revolução⁴⁶.

A burguesia tinha ganhado bastante espaço devido ao seu poder econômico e não admitia os privilégios que a nobreza e o clero tinham, como por exemplo, não pagar impostos⁴⁷.

O surgimento de demandas sociais fez com que o Rei convocasse os Estados Gerais, integrados por representantes da nobreza, do clero e do terceiro estado (que compreendia o remanescente da população), os quais não eram convocados desde 1614.

No entanto dificuldades de forma de votação entre o terceiro estado (que representava vinte e cinco milhões de pessoas) e os notáveis (clero e burguesia), assim como a representatividade de cada grupo acarretou a desagregação dos Estados Gerais e a eclosão dos fatos revolucionários⁴⁸.

Com a revolução Francesa a burguesia ascende ao poder político e influenciados no contratualismo de Rousseau e na doutrina da Separação dos Poderes de Montesquieu, formaram o constitucionalismo Francês e a forma de controle.

A Revolução Francesa ocorreu sobre o lema: liberdade, igualdade e fraternidade. Acarretou uma série de reformas aristocráticas, sendo elas: a) a abolição do sistema feudal; b) a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; c) a elaboração de uma nova Constituição, concluída em 1791; d) a denominada constituição civil do clero⁴⁹.

Interessante questão que levou ao controle de constitucionalidade na França não ser efetivado pelo Poder Judiciário foi à circunstância da desconfiança que se tinha em relação ao Poder Judiciário. Isso, em virtude de tal poder ser formado por membros da aristocracia, o que fez com que se questionasse a legitimidade de um poder não popular modificar leis elaboradas pela vontade geral do povo⁵⁰.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 52.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 345.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 347.

Assim, o Poder Judiciário na França ficou com suas funções bem restritas, ocasião em que se questionava a possibilidade de o magistrado interpretar a lei, devendo apenas efetuar silogismos para a resolução dos casos a ele submetidos.

Essa desconfiança pode ser evidenciada na Lei 16-24, de agosto de 1790, de acordo com a qual, apenas o Poder Legislativo poderia explicitar o sentido das suas próprias prescrições⁵¹.

A Constituição em vigor na França de 1958 estabeleceu o Conselho Constitucional como órgão incumbido do controle de constitucionalidade das leis⁵². A forma de controle de constitucionalidade exercida pelo Conselho Constitucional é preventiva, atuando antes da entrada em vigor da lei.

Em seu atuar, o Conselho Constitucional exerce competências de órgão eleitoral e de juiz constitucional, ao qual devem ser obrigatoriamente submetidas as leis orgânicas e os regimentos das assembléias parlamentares⁵³. Uma disposição declarada inconstitucional não poderá entrar em vigor.

Demais leis também podem ser submetidas ao Conselho, antes de sua promulgação, mediante requerimento de pessoas legitimadas elencadas na Lei Constitucional nº. 74.904, de 29/10/1974, em seu art. 61, a saber: Presidente da República, Presidente da Assembléia Nacional, Presidente do Senado ou sessenta deputados ou sessenta senadores⁵⁴.

Em 23 de julho de 2008 ocorreu a reforma Constitucional, promovida pela Lei Constitucional nº. 2008-724 (Lei de Modernização das Instituições da V República), a qual inovou no Controle de Constitucionalidade exercitado pelo Conselho Constitucional.

Assim, foi inserida uma forma de controle de constitucionalidade repressiva, ou seja, praticada *a posteriori*, após a promulgação e vigência da lei.

De acordo com o art. 61.1 da Constituição, passou-se a permitir que o Conselho de Estado ou a Corte de Cassação submetam ao Conselho Constitucional a discussão acerca da constitucionalidade de uma lei que, ofenda direitos e liberdades garantidas na Constituição⁵⁵.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 349.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 32.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33.

2.5 Modelo Americano

A colonização da América do Norte começou no século XVII por colonos ingleses que migraram para a nova terra por diversos motivos.

Como exemplo: Virgínia foi a primeira colônia, fundada em 1606, por uma companhia de comércio internacional; Massachusetts foi colonizada por puritanos que queriam formar uma sociedade firmada em valores religiosos; Maryland foi colonizada por católicos que estavam sendo perseguidos na Inglaterra; Geórgia foi colonizada por súditos ingleses endividados que vieram recomeçar sua vida⁵⁶.

As colônias gozavam de certa autonomia quanto ao Governo Inglês (o Governador da colônia era escolhido por Londres, mas havia um Poder Legislativo formado por representação local, assim como um Poder Judiciário independente), sendo leis a este, até meados do século XVIII, quando iniciaram os conflitos.

Ocorre que, imposições tributárias e restrições a atividade econômica e ao comércio geraram um clima de grande insatisfação, ocasionando o rompimento com a Coroa Britânica. Três acontecimentos são tidos como determinantes para a eclosão dos conflitos de independência: *stamp act*, de 1765 (a Coroa passou a cobrar tributos sobre os selos, incidentes sobre jornais, documentos e diversos outros itens, sobre o fundamento de garantir a defesa da colônia); o massacre de Boston, de 1770 (o Governo Britânico passou a impor tributos sobre as importações das colônias, havendo manifestação contrária em Boston, ocasião em que militares ingleses dispararam contra a multidão ocasionando cinco mortes); e o *Boston Tea Party*, de 1773 (evento gerado pela permissão da Coroa Inglesa quanto a comercialização pela Companhia das Índias Ocidentais de chá no mercado Americano, causando grande prejuízo ao comércio local, o que ocasionou revolta).

Além disso, as sanções inglesas contra Massachusetts e a transferência para o Canadá das terras ao norte do rio Ohio, foram tidas como intoleráveis, acarretando a convocação do Primeiro Congresso Continental, em 1774, como forma de reação organizada às ações da Coroa Britânica.

⁵⁶ Ibid., p. 15.

Em 1775, reuniu-se o Segundo Congresso Continental, já em estado de guerra, que funcionou até 1788, sendo cenário das decisões relevantes da revolução Americana, estando entre elas a designação de comissão tendo como principal redator Thomas Jefferson para elaborar a Declaração de Independência, a qual foi assinada em 04/07/1776 pelos membros do Congresso.

A guerra de independência se prolongou até o ano de 1781, quando foram ratificados os *articles of confederation*, os quais haviam sido aprovados em 1778, dando surgimento a Confederação dos Estados Unidos da América⁵⁷ formada pelas treze colônias independentes (1778-1787).

No entanto, a organização em forma de Confederação não se mostrou apta para a resolução dos problemas das novas nações independentes e impedir a disputa predatória entre estas. Isso em virtude da não criação de um Executivo Central e um Poder Judiciário Federal. De outro lado, não podia o Poder Legislativo criar impostos para os Estados Confederados.

Tais razões ocasionaram a convocação da Convenção da Filadélfia de 1787, a qual teve como finalidade revisar os *articles of confederation*, mas acabou convertendo-se em Convenção Constitucional.

O texto foi aprovado pela Convenção em 17/09/1787, sendo submetido aos Estados para ratificação. Tratava-se da primeira Constituição escrita do mundo que virou marco da Revolução Americana.

Essa Revolução levou a formação do sistema em que se confiou os direitos e liberdades à Constituição, aceitando com isso, a existência de uma norma superior, imune às leis ordinárias.

De acordo com Luis Roberto Barroso a Constituição Americana de 1787 esboçou um tríptico aspecto: “a) independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação dos Poderes, na igualdade e na supremacia da lei (rule of the law)”⁵⁸.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 166.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17.

É importante afirmar que a Constituição Americana não trás de forma expressa o controle de constitucionalidade, sendo esse fruto de decisão judicial a qual inaugurou o *judicial review*, no caso *Marbury vs. Madison*.

O caso emblemático ocorreu em virtude das eleições realizadas no final de 1800, nos Estados Unidos, em que o Presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pela oposição republicana tanto para o Executivo como para o Legislativo. O Presidente John Adams junto com o Congresso que ainda era federalista buscando continuar influenciando na política mediante o Poder Judiciário aprovaram em 13 de fevereiro de 1801 uma lei de reorganização do Judiciário Federal a qual reduzia o número de ministros da suprema corte e criava dezesseis novos cargos de juiz federal⁵⁹.

Posteriormente, em 27 de fevereiro de 1801, uma nova lei autorizou o Presidente a nomear quarenta e dois juízes de paz, sendo os nomes confirmados pelo Senado. Ocorre que mesmo John Adams tendo assinado todos os atos de investidura, o seu Secretário de Estado John Marshall (que havia sido indicado para ocupar cargo na Suprema Corte, mas exerceu a função de Secretário de Estado até o último dia do mandato de John Adams) não conseguiu entregar todos atos antes de encerrar o governo.

Thomas Jefferson assumiu como presidente e seu Secretário de Estado, James Madison, se recusou a entregar os atos de investidura⁶⁰.

Com isso, Willian Marbury, um dos prejudicados, ingressou com uma ação originária (*writ*) na *Supreme Court*, pleiteando que esta compelisse o Secretário da Justiça James Madison a lhe entregar o título de nomeação de juiz de paz do Distrito de Columbia⁶¹.

Importante frisar que o momento histórico indicava um possível conflito entre a decisão a ser tomada pela Suprema Corte e o Poder Executivo, já que Thomas Jefferson sinalizava que não iria cumprir a decisão que o obrigasse a nomear o juiz de paz e ainda, a Câmara iniciou processo de *impeachment* contra um juiz federalista crescendo a tensão entre os poderes.

No caso o agora juiz da Suprema Corte Marshall sustentou que a lei que permitia que se ingressasse diretamente com a medida na Corte Maior não podiam prevalecer, já que a competência desta era definida na Constituição, sendo inconstitucional e nula⁶².

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3-4.

⁶⁰ Ibid., p.4.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 333.

⁶² PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 115.

Para tal decisão Marshall se utilizou de duas fontes. A primeira delas de origem na tradição americana na qual o *Privy Council* era o órgão encarregado da fiscalização da legislação colonial, tendo anulado diversas leis coloniais. E a segunda, na doutrina de Sir Edward Coke, que na Inglaterra, muito antes à Constituição de 1787, fazia a compatibilidade entre as normas e a *commom Law*⁶³.

Com essa decisão, a Suprema Corte conseguiu a um só tempo dois fatos relevantíssimos. O primeiro foi evitar o confronto direto com o Poder Executivo e ter a sua autoridade desmoralizada, ao momento em que determinasse que algo fosse cumprido e tal decisão não fosse observada. De outro lado, assegurou a competência para ser o órgão de controle de constitucionalidade, podendo anular as lei oriundas do Congresso Nacional.

Desde a decisão de *Marbury vs. Madison*, pode-se dizer que a Suprema Corte Americana passou por três fases.

A primeira denominada “tradicional”, compreendendo o período de 1798 até fins do século XIX, momento em que a Constituição era ao mesmo tempo inteligível (conteúdo real ou verdadeiro) e substantiva (estabelecia princípios que poderiam ser aplicados como regras de direito). O controle de constitucionalidade estabelecia a Supremacia da Constituição sobre qualquer ato legislativo ou executivo que a contrariasse.

Na segunda fase, a Suprema Corte começa a interpretar a Constituição em um sentido conservador da ordem liberal capitalista e afirma sua autoridade frente ao Poder Legislativo.

Enquanto isso, na terceira fase, a Suprema Corte passou a utilizar a clausula do devido processo legal e a clausula do comércio para acabar com uma importante legislação estatal, causando derrotas significativas do *New Deal*.

No entanto o Presidente Roosevelt propôs modificar a Corte e com isso, o entendimento passou a ser no sentido de conservar as leis que antes eram taxadas por inconstitucionalidade em um verdadeiro giro cognitivo.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 334.

A interpretação constitucional e o controle judicial foram aspectos muito relevantes após 1937, passando a interpretação judicial a ser tida como fundamentalmente legislativa. Assim os magistrados resolviam casos, com fundamento em precedentes, na ausência da legislação⁶⁴.

É importante frisar que o sistema de controle de constitucionalidade americano é difuso, não tendo a Suprema Corte o monopólio da interpretação e aplicação da Constituição, sendo a Suprema Corte órgão recursal final e ainda, que a sua jurisdição não é obrigatória, mas sim, discricionária, eis que os magistrados da corte escolhem quais serão os casos a serem julgados⁶⁵

2.6 Modelo de Controle de Constitucionalidade adotado no Brasil

Com a finalidade de expor o modelo de Controle de Constitucionalidade Brasileiro é necessário que seja analisada a formação do ordenamento jurídico brasileiro desde o descobrimento do país.

Assim, o presente item fará uma análise da origem da legislação no Brasil, até chegar a primeira Constituição.

Sucessivamente, serão analisadas as Constituições Brasileiras Republicanas até a Carta vigente de 1988.

2.6.1 Do descobrimento do Brasil até a Constituição Imperial de 1824

No Brasil entre os anos de 1501 e 1532 não havia legislação aplicável. Nesse momento, período em que ocorriam as feitorias, a lei era a palavra do feitor.

O primeiro ato legislativo a vigorar no Brasil foi a Bula Papal expedida por Julio II, confirmando a Dom Manuel, na qualidade de grão-mestre da Ordem de Cristo e rei de Portugal, os direitos sobre as terras brasileiras, em conformidade com o Tratado de Tordesilhas⁶⁶.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 337-338.

⁶⁵ Ibid., p. 341.

⁶⁶ Ibid., p. 388.

No entanto, as feitorias tinham um ponto vicioso, incontrolável e precário, uma vez que os moradores da terra eram instáveis, irredutíveis a obediência, incapazes de serem tidos como leais e inacessíveis a escravidão⁶⁷.

A ineficácia do sistema de feitorias levou a criação das capitâneas hereditárias, que seriam um estabelecimento militar e econômico voltado à defesa externa e ao incremento do comércio português⁶⁸.

Ocorrendo a divisão territorial do Brasil em Capitâneas Hereditárias, de 1532 a 1549, vigoravam as Cartas Forais, outorgadas pelo rei de Portugal Dom João III a doze fidalgos portugueses, as quais estabeleciam os direitos e deveres dos donatários e colonos entre si e perante a Coroa. Os forais foram revisados em 1520 por determinação real, sendo emitidos novos forais.

As cartas de doação e os forais das capitâneas hereditárias formaram a principal fonte para o conhecimento do sistema jurídico do Brasil no período anterior à instituição do Governo Geral. Os forais e as cartas de doação eram documentos que se completavam, sendo o estatuto jurídico fundamental para as Capitâneas Hereditárias.

Dom João III almejando centralizar o governo no Brasil, e diante da ineficiência das Capitâneas Hereditárias, instituiu o cargo de Governador Geral em 1548, perdurando até 1572. Nesse período vigorou o Regimento do Governo Geral outorgado por Dom João III.

Os governadores-gerais eram assessorados pelas Juntas Gerais, as quais cuidavam de negócios relacionados ao fisco, e Juntas Militares.

Com o Governo Geral houve a criação de novos cargos administrativos como o provedor-mor, responsável pelos negócios da fazenda e o ouvidor-mor, com atribuições de aplicação da justiça, ambos com Regimentos Particulares, não subordinados ao Governador.

Sob o reinado de Filipe II, rei da Espanha, foram publicadas as Ordenações Filipinas, entrando em vigor através da Lei de 11 de janeiro de 1603.

Em 1605, o Rei Filipe ordenou a Dom Pedro de Castilho, vice-rei de Portugal, que efetuasse medidas necessárias para a criação do Tribunal de Relação no Brasil. Esse Tribunal, em sua primeira fase, funcionou até 1626, quando foi abolido por ordem real de 5 de abril, voltando a vigorar no Brasil o sistema de ouvidor geral.

⁶⁷ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder. Formação do patronato político brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Editora Globo, 2001, p. 126.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 139.

Com Portugal livre do jugo Espanhol, em 1652 foi reinstituído no direito brasileiro o Tribunal de Relação, o qual mostrou ser importante, apresentando Regimento semelhante ao antigo Tribunal de 1609.

Entre 1808 e 1822, o Brasil integrou o Reino Unido, formado por Portugal e Algarves.

A independência do Brasil com a formação da Constituição de 1824 é marcada por alguns fatores: regresso de Dom João VI a Portugal em 1821 por imposição das Cortes Constituintes, deixando Dom Pedro como príncipe regente do Brasil; o agravamento do conflito entre tendências centralizadoras de Lisboa e as aspirações de independência dos brasileiros, acompanhado da recusa de Dom Pedro regressar a Lisboa; convocação por Dom Pedro em 16 de fevereiro de 1822, de um Conselho de Procuradores Gerais das Províncias do Brasil, de caráter eletivo e posteriormente, Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Brasil; eleição da Assembléia e sua abertura em 3 de maio de 1823⁶⁹.

No entanto a Assembléia elaborou um projeto que não atendia aos anseios do Imperador, o que levou este a dissolver a Constituinte mediante o Decreto de 12 de novembro de 1823, sob o fundamento de que a Assembléia perjurara ao solene juramento que prestara a Nação de defender a integridade do Império, sua independência e a dinastia de Bragança.

Com isso, criou um Conselho de Estado, composto por dez membros para elaborar um novo projeto de Constituição que foi aprovado em 25 de março de 1824.

A Constituição do Império de 1824 era semi-rígida, dividindo a matéria constante da Carta em constitucional e não constitucional. A matéria constitucional se relacionava aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos e aos Direitos Políticos e Individuais dos cidadãos. Tudo que não era constitucional podia ser alterado por maioria simples. No entanto, o que era constitucional deveria observar procedimento especial descrito nos artigos 174 a 178⁷⁰ do referido diploma⁷¹

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 334., p. 405.

⁷⁰ BRASIL. Constituição (1824). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013. Art.174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles. Art. 175. A proposição será lida por tres vezes com intervallos de seis dias de uma á outra leitura; e depois da terceira, deliberará a Camara dos Deputados, se poderá ser admittida á discussão, seguindo-se tudo o mais, que é preciso para formação de uma Lei. Art. 176. Admittida a discussão, e vencida a necessidade da reforma do Artigo Constitucional, se expedirá Lei, que será sanccionada, e promulgada pelo Imperador em fórma ordinaria; e na qual se ordenará aos Eleitores dos Deputados para a seguinte Legislatura, que nas Procurações lhes confirmam especial faculdade para a pretendida alteração, ou reforma. Art. 177. Na seguinte Legislatura, e na primeira Sessão será a materia proposta, e discutida, e o que se vencer, prevalecerá para a mudança, ou addição á Lei fundamental; e juntando-se á Constituição será solemnemente promulgada. Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pôde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.

Como característica principal, a Constituição do Império de 1824 trazia o Poder Moderador, o qual deveria funcionar como um poder neutro e acima dos demais, levando a circunstância de o Imperador não poder ser responsabilizado por seus atos.

Esta Constituição não estabeleceu um controle *stricto sensu* de constitucionalidade. Isso, em virtude de inspiração Francesa, país no qual, não se delegou ao Poder Judiciário a prerrogativa de poder declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos legislativos, em virtude da desconfiança que se nutria a este Poder quando da Revolução Francesa⁷².

Assim, de acordo com o art. 15, VIII e IIX, cabia ao Poder Legislativo o poder para criar leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las assim como, velar pela Constituição.

Com a análise deste artigo, fica evidenciada a inspiração francesa, até mesmo no que tange a possibilidade de interpretar as leis, que não era conferida ao Poder Judiciário, mas apenas ao Poder Legislativo.

Portanto, durante o Império, o Brasil não conheceu o sistema de controle de constitucionalidade, o qual passou a existir durante a República.

2.6.2 Período Republicano até os dias atuais

No Brasil o controle de constitucionalidade pode ser analisado sob dois aspectos. O primeiro relacionado ao surgimento do controle na modalidade difusa, enquanto o segundo, no que tange a modalidade concentrada.

A Constituição de 1824, conforme exposto no item anterior, não previu qualquer hipótese de controle, vindo este a aparecer com a Constituição de 1891⁷³, na modalidade difusa e incidental, permitindo que as justiças da União e dos Estados se pronunciassem acerca da invalidade das leis em face da Constituição. Esse modelo com alterações de pequena monta permaneceu por toda a República até chegar na Constituição de 1988⁷⁴.

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 408.

⁷² *Ibid.*, p. 411.

⁷³ BRASIL. Constituição (1891). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013. Art 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. [...] Art 60. Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal [...]

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62-63.

Interessante que, mesmo antes da vigência da Constituição da República de 1891, o Governo Provisório com a finalidade de organizar a Justiça Federal, editou o Decreto nº. 848, de 11 de outubro de 1890 que trazia em sua exposição de motivos as idéias do *judicial review* norte-americano, com a possibilidade de o Poder Judiciário declarar a nulidade de leis que contrariassem a Constituição⁷⁵.

A Constituição de 1934⁷⁶ previu a representação interventiva que foi antecessora do controle abstrato de normas no Direito Brasileiro⁷⁷. Tal representação era provocada pelo Procurador Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal com a finalidade de analisar lei que decretasse a intervenção federal por ofensa aos princípios constitucionais sensíveis. Assim, tal lei só poderia ser aplicada se fosse declarada constitucional pelo Supremo⁷⁸.

No que tange ao controle difuso, a Constituição de 1934 estabeleceu a necessidade de maioria absoluta dos membros do Tribunal para que pudesse ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei⁷⁹, estabelecendo a cláusula de reserva de plenário⁸⁰, assim como previu que o Senado Federal poderia suspender a eficácia da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário⁸¹.

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 423.

⁷⁶ BRASIL. Constituição (1934). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013. Art. 12. A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: [...] V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a* a *h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; [...] § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 60.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63.

⁷⁹ BRASIL. Constituição (1934). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013. Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

⁸⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 288.

⁸¹ BRASIL. Constituição (1934). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013. Art. 91. Compete ao Senado Federal: [...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

O controle de constitucionalidade da forma concentrada só foi alterado substancialmente com a emenda 16, de 26 de novembro de 1965, sob a vigência da Constituição de 1946⁸², ocasião em que se instituiu a denominada ação genérica de inconstitucionalidade. Com ela, o Supremo Tribunal Federal passou a ter competência de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, mediante pedido do Procurador Geral de Justiça⁸³. Também estabeleceu a Emenda 16/65 a possibilidade de os Estados Membros instituírem controle de constitucionalidade por via concentrada de leis e atos municipais questionados em face da Constituição Estadual⁸⁴.

No que tange ao controle difuso de constitucionalidade, a Constituição de 1946⁸⁵ continuou estabelecendo a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal analisar em sede de recurso extraordinário a compatibilidade de leis ou atos normativos com a Constituição.

A Constituição de 1967 não previu a ação genérica estadual contida na Emenda 16/65, mantendo o controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal e o Controle Difuso⁸⁶.

A Constituição de 1969 voltou a trazer previsão da ação genérica em âmbito estadual, sendo limitada a hipótese de intervenção do Estado no Município. Deve ser ressaltado ainda que a emenda 07, de 13 de abril de 1977 previu a possibilidade de cabimento de liminar em sede de representação de inconstitucionalidade, prevendo ainda, a representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual em que o Supremo Tribunal Federal mediante provocação do Procurador Geral da República poderia fixar, em tese, o sentido de uma norma com caráter vinculante.

⁸² BRASIL. Constituição (1946). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013. Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: [...] k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64.

⁸⁴ BRASIL. Constituição (1946). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013. Art. 124. Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios: [...] XIII – a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado.

⁸⁵ BRASIL. Constituição (1946). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013. Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato.

⁸⁶ BRASIL. Constituição (1967). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013. Art. 114. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente: [...] l) a representação do Procurador - Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência a tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do Governo local, contestado em face da Constituição ou de lei federal.

A Constituição de 1988 trouxe o sistema de controle de constitucionalidade eclético, ou seja, manteve o sistema difuso, originado na Constituição Republicana de 1891 e ainda, trouxe o controle concentrado, originado na emenda 16/65, com inovações consideráveis.

Assim, Luís Roberto Barroso leciona que a Constituição de 1988 trouxe as seguintes alterações no que tange ao controle de constitucionalidade na modalidade concentrada:

- a) ampliação da legitimidade ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103);
- b) a introdução de mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objeto (art. 103, §2º) e o mandado de injunção;
- c) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º);
- d) a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º);
- e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III)⁸⁷.

Importante frisar que o quadro Constitucional de 1988 foi modificado com a emenda constitucional nº 3, de 18 de março de 1993, que criou a ação declaratória de constitucionalidade, no qual o Supremo Tribunal Federal é o órgão competente para análise e tem como legitimados os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade.

Foram editadas as Lei Federais nº 9868, de 10 de novembro de 1999 (disciplina o processo e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal das Ações Diretas de Inconstitucionalidade como a Ação Declaratória de Constitucionalidade) e 9882 de 3 de dezembro de 1999 (regula o processo e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

Por força da emenda constitucional nº 45, de 18 de dezembro de 2004, foi incluído o art. 103-A na Constituição de 1988⁸⁸ criando a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal criar súmulas vinculantes em relação aos demais órgãos do poder judiciário e do executivo.

A Emenda Constitucional 45/04, no que tange ao controle de constitucionalidade, desta vez em sua espécie difusa, também fez alteração na Constituição Federal de 1988, com a previsão do instituto denominado repercussão geral disciplinado no art. 102, §3⁸⁹.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65.

⁸⁸ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013. Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Trata-se de mais um requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário poder ser analisado junto ao Supremo Tribunal Federal, possibilitando a este, que verifique a relevância constitucional da matéria, bem como o interesse público em discuti-la, buscando afastar do tribunal causas que tenham relevo somente para as partes envolvidas⁹⁰.

Com isso, busca-se fortalecer as jurisdições ordinárias preservando as suas decisões, deixando para a análise do Supremo Tribunal Federal apenas as causas que demandem relevo para a sociedade, apresentando interesse geral, transcendente ao interesse das partes envolvidas no processo.

⁸⁹ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

⁹⁰ MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 603.

3 DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1 Considerações Iniciais

Conforme estabelecido no primeiro capítulo desta dissertação, o Controle de Constitucionalidade teve origens diferenciadas de acordo com o modelo de formação de cada Estado.

No caso Brasileiro, a origem do Controle de Constitucionalidade na Constituição Federal de 1891 teve como inspiração o Modelo Norte Americano, de forma difusa e incidental, pelo qual, compete ao Poder Judiciário verificar no caso concreto a compatibilidade da norma impugnada com o texto da Constituição.

Ocorre que as leis, fruto do Poder Legislativo em sua função típica, são expressão da vontade geral do povo⁹¹, manifestada através de seus representantes por força de uma democracia representativa.

Assim, cada lei aprovada tem sua legitimidade democrática assegurada no povo, legítimo titular do poder constituinte⁹².

Se o Poder Legislativo tem a vontade popular como esteio da legitimidade de seus atos, de outro lado, a estrutura do Poder Judiciário Brasileiro estabelecida na Constituição Federal de 1988 não revela que este poder seja expressão da vontade popular.

Pelo contrário, dois são os critérios estabelecidos na Constituição para preenchimento de seus cargos: aprovação em concurso público de provas e títulos⁹³ e nomeação⁹⁴.

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 38.

⁹² MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 12.

⁹³ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

⁹⁴ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013. Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação. [...] Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Tal circunstância origina a indagação que será objeto de análise no presente capítulo: se o Poder Judiciário não é oriundo da vontade popular, mas pode no controle de constitucionalidade reconhecer a nulidade de atos que são fruto dessa vontade, qual seria a origem de sua legitimidade democrática? Ou, carece esse Poder de legitimidade democrática?

3.2 Legitimidade Democrática do Controle de Constitucionalidade

O Estado Democrático de Direito trás consigo dois grandes pilares: a democracia e a proteção aos direitos fundamentais⁹⁵.

Deve haver a compatibilização da democracia, como governo da maioria com a proteção aos direitos fundamentais.

Por isso, não podem todos os anseios da maioria serem cumpridos a qualquer custo, sob pena de haver uma opressão da minoria e esta ter os seus direitos fundamentais aviltados.

As Constituições modernas trazem em seu conteúdo a forma de manifestação da vontade majoritária e os conteúdos mínimos que devem ser observados pelos órgãos representativos.

De acordo com as palavras de Gustavo Binbenbojm⁹⁶

assumindo a democracia como um jogo, a Constituição seria o manual de regras e, os jogadores, os agentes políticos representantes do povo. À jurisdição constitucional, nesse contexto cumpre o papel de ser o árbitro do jogo democrático.

Nesse diapasão, as Cortes Constitucionais, como órgãos encarregados de apreciação e manifestação de última palavra quanto à interpretação da Constituição enfrentaram os casos que gerem tensão entre democracia e direitos fundamentais e ofensa à Constituição.

⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 47.

⁹⁶ Ibid., p. 48.

Dois são os principais modelos controle de constitucionalidade no mundo. O primeiro deles, americano, atribui ao Poder Judiciário a competência para analisar a compatibilidade da lei com a Constituição. Esse modelo é feito de forma difusa, discricionária (quanto à escolha das ações) e não obrigatória pela Suprema Corte. O segundo, modelo europeu, em que foram criados Tribunais Constitucionais, fora da estrutura do Poder Judiciário, com a função de guarda da Constituição, sendo a análise constitucional feita de forma concentrada⁹⁷.

Em ambos os sistemas, seja o americano, seja o europeu, as decisões das Cortes Constitucionais acarretam a paralisação de eficácia da norma impugnada ou sua retirada do mundo jurídico, exercendo atividade que se equipara a um legislador negativo.

Essa atividade de contrariar a vontade popular exteriorizada pelo parlamento acarretou a discussão acerca da legitimidade democrática da Cortes Constitucionais.

Com isso, questionam-se dois aspectos da jurisdição constitucional. O primeiro deles é a circunstância de os membros das Cortes Constitucionais não serem eleitos pelo povo, não se submetendo com isso a aferição de legitimidade periódica fruto do processo democrático. O segundo atem-se ao fato de que as decisões das Cortes Constitucionais não são submetidas a qualquer forma de controle democrático (salvo por meio de emendas à Constituição que venham modificar a jurisprudência do Tribunal^{98,99}).

3.3 Fundamentos de Justificação da Legitimidade Democrática do Controle de Constitucionalidade

Para solucionar o questionamento acerca da legitimidade, várias idéias surgiram, sejam elas de cunho normativo, sejam elas de cunho filosófico¹⁰⁰, os quais passam a ser expostos a seguir.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53.

⁹⁸ Como exemplo, a Emenda Constitucional n. 39, de 19 de dezembro de 2002, veio permitir expressamente a cobrança de contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública anteriormente vedada pelo STF.

⁹⁹ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 52.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática** in BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 339.

3.3.1 Fundamentos Normativos

Essas espécies de justificações à legitimidade democrática da jurisdição constitucional extraem o seu fundamento do próprio texto da Constituição, seja considerando este como norma jurídica, seja tendo este como fruto da vontade do poder constituinte.

3.3.1.1 Previsão Constitucional

O poder constituinte originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade¹⁰¹.

Esse poder decorre da soberania popular¹⁰² exercida através de seus representantes. No Brasil, esse poder foi exteriorizado em Assembléia Nacional Constituinte que deu origem a Constituição Federal de 1988.

A Carta de 1988 deixou claro no art. 1, parágrafo único que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que compete ao Supremo Tribunal Federal o exercício da Jurisdição Constitucional¹⁰³, mediante a qual, efetua em abstrato a compatibilidade de normas jurídicas com o texto da Carta Maior.

Destarte, se a Constituição é fruto do poder constituinte originário e atribuiu ao Supremo o exercício da Jurisdição Constitucional, quando este dá a última palavra em matéria constitucional está em verdade, obedecendo à vontade do poder constituinte, fazendo prevalecer essa vontade sobre as maiorias eventuais.

Para essa justificativa, a atividade da Corte Constitucional é eminentemente de subsunção, não havendo discricionariedade por parte da Corte, sob pena de exceder os limites outorgados pela Constituição e com isso gerar ofensa aos anseios do povo.

¹⁰¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 25.

¹⁰² *Ibid.*, p. 24.

¹⁰³ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...] §1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

A justificativa normativa fica relativizada quando se analisa dentro de uma posição positivista normativista¹⁰⁴, o ato de interpretação não como um ato de subsunção, mas como um ato de vontade, em que atua a discricção judicial¹⁰⁵.

Por esse aspecto, a jurisdição constitucional não sofre qualquer censura pelo princípio da separação de poderes, já que é a própria Constituição, como norma jurídica superior, quem institui o Estado e organiza o sistema de freios e contrapesos, conferindo aos juízes constitucionais competência para anular ou deixar de aplicar, conforme o caso, as leis inconstitucionais¹⁰⁶.

Aspecto relevante se circunscreve ao fato de que, apesar de o citado artigo 102 da Constituição Federal estabelecer competir ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, não excluiu a defesa desta pelos demais poderes¹⁰⁷.

Portanto a legitimidade da jurisdição constitucional estaria prevista em sua instituição pelo poder constituinte, de tal forma que o debate existente nos Estados Unidos se daria em virtude da ambigüidade da Constituição Norte-Americana a esse respeito, o que não justificaria, diante da clareza do texto da Constituição Federal de 1988, o seu debate no Brasil¹⁰⁸

3.3.1.2 A Constituição como Norma Jurídica

Hans Kelsen estabeleceu em sua obra a existência de um sistema escalonado de normas jurídicas¹⁰⁹ no qual a norma jurídica superior por ser pressuposta condiciona a elaboração da norma jurídica inferior.

Assim, para que as normas jurídicas sejam consideradas válidas e devam ser cumpridas, tem que ser elaboradas de acordo com a norma jurídica fundamental, a qual é o seu parâmetro de validade.

Para Kelsen, as normas jurídicas não são tidas como um todo fechado, existindo uma indeterminação de seu conteúdo, a qual pode decorrer intencionalmente do órgão que a

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 24.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56.

¹⁰⁶ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 60.

¹⁰⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 101.

¹⁰⁸ Ibid., p. 100.

¹⁰⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 103.

originou ou de uma circunstância não intencional, como o caso das expressões normativas que apresentam várias significações possíveis¹¹⁰.

A análise dessa indeterminação intencional ou não intencional fica a cargo do interprete que tem diante de si uma moldura dentro da qual são apresentadas várias possibilidades de execução, de modo que todo o ato é conforme a norma, desde que esteja dentro da moldura¹¹¹.

A teoria exposta permite a compreensão de que, assim como o legislador, o juiz também cria o direito¹¹², uma vez que atuam em atividade de complementação, ou seja, o legislador cria a moldura e o interprete fixa o seu conteúdo, não se resumindo a atividade do interprete a mera aplicação da vontade preexistente do legislador.

A decisão judicial para Kelsen seria um ato de vontade¹¹³, que tem como balizas a moldura estabelecida pelo legislador.

Para o autor austríaco, a maneira mais eficaz de proteger a normatividade da Constituição seria mediante criação de Cortes Constitucionais, tendo em vista que o Parlamento e o Governo tenderiam sempre a interpretá-la de forma parcial e de acordo com os seus interesses¹¹⁴.

Ocorre que, as Cortes Constitucionais não interpretam apenas o texto da Constituição, mas em verdade, o reescrevem, havendo uma larga margem de participação criativa do intérprete.

Assim, atuaria o Tribunal Constitucional como legislador negativo, retirando do mundo jurídico a lei impugnada de vício de inconstitucionalidade¹¹⁵

A justificação da atuação das Cortes Constitucionais está na própria Constituição como norma suprema, colocada na hierarquia das normas como um conjunto de preceitos institucionais que servem de base para a organização do Estado.

A Supremacia da Constituição exige um órgão para manter a integridade do ordenamento jurídico e evitar que normas transgridam os princípios fundamentais da Constituição.

¹¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 114-115.

¹¹¹ Ibid., p. 116.

¹¹² BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 66.

¹¹³ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 119.

¹¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 68.

¹¹⁵ Ibid., p. 69.

Logo, o próprio poder constituinte elevou a Corte Constitucional como guardião da normatividade da Constituição, a fim manter a perfeita harmonia entre os poderes constituídos.

3.3.2 Fundamento Filosófico

Além da justificação normativa, a filosofia apresenta argumentos mais sofisticados, elencando a jurisdição constitucional como órgão de proteção dos direitos fundamentais, e também, como instrumento de proteção do procedimento democrático.

Também elabora a justificação da legitimidade da jurisdição constitucional mediante os argumentos expostos por esta no seu decidir; na imparcialidade no magistrado no exercício de suas atividades; como meio de manutenção do *status quo*; em virtude do entrelaçamento da vontade Jurisdicional com a vontade da maioria parlamentar; como instrumento de reexame das razões do legislador; decorrente da práxis política; e, forma de reequilibrar os poderes constitucionais no *welfare state*.

3.3.2.1 Jurisdição Constitucional como Instrumento de Proteção dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são tidos como índice de legitimidade do sistema constitucional, embora haja certa imprecisão de seu conceito ou a manifestação de sua fundamentalidade¹¹⁶.

Ronald Dworkin¹¹⁷ expõe que para a superação do voluntarismo hermenêutico, que é uma característica do normativismo, é necessário entender o direito como um sistema íntegro de regras e princípios.

Com isso, o sistema jurídico seria apto a abarcar toda a variedade da complexa vida em sociedade, permitindo ao magistrado que possa decidir com argumentos racionais e controláveis, rompendo com a idéia normativista de que a decisão judicial é um ato de vontade.

¹¹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 79.

¹¹⁷ DWORKIN *apud* BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 85.

A idéia de dignidade da pessoa humana eleva-se a condição de princípio jurídico, do qual decorrem os direitos fundamentais do homem, os quais não podem ser relativizados em favor de projetos coletivos de bem comum.

Para Dworkin existe uma contraposição entre os argumentos de princípio e os argumentos de política (*policy*). Considera *policies* como metas ou diretrizes a serem alcançadas pelo governo para a melhoria de aspectos econômicos e sociais da sociedade. De outro lado, os princípios devem ser observados não porque irão gerar um benefício para a comunidade, mas porque constituem uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.

As questões de princípio tornam-se matérias insensíveis a escolha ou preferências da população, sendo imperativos morais, reconhecidos como direitos fundamentais das pessoas.

Esses direitos não podem ser afrontados pela legislação infraconstitucional e pelas decisões judiciais, que com eles devem se compatibilizar, sendo verdadeiro instrumento de fortalecimento da democracia¹¹⁸.

Assim, a jurisdição constitucional seria o fórum de princípio por excelência, porque os juízes constitucionais são os mais qualificados para resolver as questões de princípio, ao passo que o Parlamento, devido a sua legitimação popular, seria o mais apto a escolher políticas públicas.

Rawls também considera a proteção dos direitos fundamentais como fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional. Em sua obra *O Liberalismo Político*¹¹⁹ divide os elementos constitucionais essenciais em dois tipos:

- (I) os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as competências do Legislativo, do Executivo e do Judiciário; o alcance da regra da maioria;
- (II) os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar, tais como o direito ao voto e à participação na política, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e de associação, assim como as garantias do Estado de Direito.

¹¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 92.

¹¹⁹ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 268.

Os direitos fundamentais têm caráter inalienável e só podem ser limitados ou negados quando em conflito com outras liberdades fundamentais e nunca por razões de bem estar geral ou de valores perfeccionistas.

Esses direitos têm como fundamento o valor liberdade, entendido como autodeterminação do indivíduo, estando imune a qualquer constrição do Estado.

Com isso, os direitos fundamentais passam a ter um valor transcendente, os quais não podem ser objeto de deliberações de maiorias políticas eventuais que procurem restringi-los. Esses direitos estabelecidos na Constituição estão situados acima de qualquer disputa política baseada no princípio majoritário.

O Tribunal Constitucional aplica a razão pública¹²⁰ para evitar que a lei seja erodida pela legislação de maiorias transitórias ou, o que é mais provável, que corresponda a interesses estreitos, organizados e muito bem posicionados para fazer valer seus pontos de vista¹²¹.

O papel da jurisdição constitucional, portanto, não é antidemocrático, uma vez que a sua autoridade está conferida pela vontade popular superior, insculpida nos princípios Constitucionais.

O Poder Judiciário quando analisa um caso e profere uma decisão está expondo a vontade do povo manifestada na Constituição, atuando nessas hipóteses como um instrumento de expressão da vontade popular¹²².

Discute-se sobre o conceito de direitos fundamentais, que para alguns, não pode ser extraído de brilhantes reflexões de um filósofo ou de um juiz, ou por serem considerados como “cartas de trunfo”, asseguradas pelo Poder Judiciário contra decisões legislativas da maioria.

Os direitos fundamentais não seriam tidos como valores supremos, mas como técnicas instrumentais de abertura do sistema constitucional ao tempo e aos valores pluralistas¹²³.

¹²⁰ A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o *status* da cidadania igual. O objeto da razão dos cidadãos é o bem do público, aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica institucional da sociedade e os propósitos e fins a serviço dos quais tal estrutura deve se colocar. RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 250.

¹²¹ *Ibid.*, p. 276.

¹²² BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 81.

¹²³ Peter Häberle *apud* SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 81.

De outro lado, há quem recuse a necessária ligação entre proteção dos direitos e Poder Judiciário.

Theodore Becker cita exemplos da Inglaterra e da Suíça como países em que a cultura torna prescindível o controle judicial, sem deixar de assegurar aos cidadãos sua importante quota de liberdade individual¹²⁴.

3.3.2.2 *Jurisdição Constitucional como Instrumento de Defesa do Procedimento Democrático*

A justificação da legitimidade democrática da jurisdição constitucional alçando-a como reforço a democracia, por proteger o procedimento democrático, parte de uma crítica a justificativa na qual a jurisdição constitucional é meio de proteção dos direitos fundamentais.

John Hart Ely analisando o papel da jurisdição constitucional verifica duas possíveis formas de atuação: a primeira em que a jurisdição constitucional se restringe a expor o que os criadores da constituição decidiram como correto no momento de sua elaboração; ou, a jurisdição constitucional se transforma na soberania máxima da nação, podendo esclarecer a vontade constitucional¹²⁵.

Partindo para a crítica, entende que na primeira possibilidade, o intérprete fica aprisionado a vontade do constituinte no momento da elaboração da constituição, sem permitir que a Constituição seja relida de geração em geração.

De outro lado, a segunda possibilidade, sustenta que as decisões morais fundamentais numa sociedade democrática devem ser tomadas pelo parlamento, como legítimos representantes do povo, não sendo adequado que tais decisões sejam entregues a magistrados que decidiriam de acordo com supostas concepções morais universais ou pretensamente aceitas como um consenso na sociedade.

Com sua crítica, pretende uma terceira concepção, na qual a jurisdição constitucional não caberia apenas expor a vontade do constituinte e ainda, apresentar as decisões morais fundamentais da sociedade. Acredita que a função primordial da jurisdição constitucional é a de preservar o regime democrático, garantindo a lisura dos procedimentos pelos quais a democracia se realiza¹²⁶.

¹²⁴ Theodore Becker *apud* SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 81 SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 82.

¹²⁵ John Hart Ely *apud* BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 98-99.

¹²⁶ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 101.

Assim, a jurisdição constitucional atuaria com a finalidade de proteger a constituição, a qual, com a sua natureza procedimental se destina a viabilizar que cada geração se autogoverne, consoante as decisões da maioria, não contendo, portanto, um quadro de valores a ser descoberto pelo Poder Judiciário.

Deve a jurisdição constitucional se preocupar com a proteção das liberdades, preservando abertos os canais de participação política, tais como liberdades de expressão, de consciência, de associação e o voto universal, secreto, igualitário e periódico¹²⁷.

Além disso, também cabe a jurisdição constitucional proteger as minorias de atos de natureza discriminatória, garantindo a higidez do sistema representativo.

Portanto, a identificação de grupos sociais total ou parcialmente excluídos deve ser buscada sempre por trás da legislação e das medidas administrativas como forma de afastar os atos da maioria que tendam a discriminá-los ou impedi-los de ativamente participar do processo político, sendo esta tarefa, uma forma de complementação do exercício da limpeza dos canais de mudança políticos¹²⁸

Outro autor que tratou a justificativa da legitimidade democrática da jurisdição constitucional como instrumento de defesa do procedimento democrático foi o alemão Jünger Habermas.

Para Habermas a formação da vontade democrática tira a sua força legitimadora de pressupostos comunicativos e procedimentais, os quais permitem que, durante o procedimento democrático, surjam os melhores argumentos¹²⁹.

O autor analisa três discursos existentes acerca do questionamento da legitimidade democrática da Corte Constitucional.

O primeiro deles se relaciona com a interpretação literal do esquema de divisão dos poderes, em que ocorre uma ampliação das funções da justiça, acarretando para o Tribunal constitucional uma forma de legislação concorrente, o que é perigoso do ponto de vista normativo, sendo justificado pela passagem histórica do Estado Liberal de Direito para o Estado Intervencionista e do Bem Estar Social.

¹²⁷ Ibid., p. 103.

¹²⁸ John Hart Ely *apud* SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 75.

¹²⁹ HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. v. 1. 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 345.

Assim, no Estado Liberal, em que há primazia do parlamento, como forma de repulsa ao absolutismo monárquico, o limite de atuação do Poder Judiciário está na concreção do direito pré-existente. O parlamento elabora o direito previamente e quando ocorrem os conflitos sociais o Poder Judiciário aplica o direito que já fora previamente escrito pelo parlamento.

De outro lado, quando se passa ao Estado Social, tem-se uma atividade maior do Poder Judiciário não só de aplicar o direito previamente elaborado pelo parlamento, mas também, no desenvolvimento desse direito mediante argumentação principiológica, acarretando uma ampliação do espaço de decisão judicial.

Essa ampliação de espaço de decisão eleva a atividade do Poder Judiciário a uma postura diferenciada em relação a tal poder diante do Estado Liberal, ao passo em que não mais se restringirá na aplicação do direito pré-existente, mas atuará de forma concomitante com o Poder Legislativo na criação do direito.

O problema relacionado com tal argumentação é a possível afronta ao dogma da separação dos poderes, eis que estariam atuando em forma colidente o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, sendo que somente o segundo tem a competência constitucional, lastreada em legitimidade popular, para elaborar a norma cogente.

O segundo é ancorado na Jurisprudência dos Valores do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que em autocompreensão metodológica, equipara a orientação por princípios com a comparação entre bens.

A Jurisprudência dos Valores do Tribunal Constitucional Federal Alemão entende que a Lei Fundamental não constitui tanto um sistema de regras estruturado através de princípios, mas uma ordem concreta de valores¹³⁰.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão incide no equívoco de adaptar princípios do direito a valores.

As normas e valores são diferentes. Enquanto as primeiras são deontológicas, os valores são teleológicos. Enquanto as normas válidas obrigam seus destinatários, os valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas por dada sociedade.

¹³⁰ HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. v. 1. 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 315.

Assim, entender que a Constituição é uma ordem concreta de valores está desconhecendo o seu caráter jurídico específico, eis que os direitos fundamentais enquanto regras morais têm o padrão de obrigatoriedade (norma) e não de valor (o qual se adaptaria aquele que é mais atraente).

Com esse posicionamento o Tribunal Constitucional Federal Alemão ao concretizar as normas, na idéia de realizar valores materiais, acaba por se colocar no campo da legislação concorrente com o Poder Legislativo, incidindo nesse ponto, na crítica atinente a legitimidade democrática de suas decisões, ante o princípio da divisão dos poderes.

Os fatores legitimantes do Tribunal Constitucional Federal Alemão encontram-se no dever de proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. Assim, tais direitos, tidos como fundamentais, não apenas sob o aspecto liberal de oposição contra as atividades estatais, mas também positivos, dentro de um Estado Social, permitem que o Tribunal Constitucional possa examinar os conteúdos das normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos de comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático¹³¹.

O terceiro, ocorrente especialmente nos Estados Unidos, tem em foco o papel do Tribunal Constitucional em proteger o procedimento democrático da legislação¹³².

Nos Estados Unidos a questão atinente a legitimidade democrática do Poder Judiciário está mais atinente a política do que a metodologia do direito. Com isso, a celeuma entre a divisão dos trabalhos entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo está vinculada ao processo legislativo e a racionalidade que a Constituição atribui a esse processo.

Nessa linha, há argumentos no sentido de que a Corte Constitucional ao retirar a validade de uma norma jurídica impugnada retiraria a sua força no direito de autodeterminação dos povos, tendo apelo à soberania popular.

Dentro de um atuar comunicativo social, as controvérsias de opiniões, desenvolvidas na arena política, possuem força legitimadora, não somente no sentido de se apropriar de posições de poder, mas também para o tipo de exercício do poder político.

¹³¹ HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. v. 1. 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 326.

¹³² *Ibid.*, p. 298 e 299.

Portanto, o Tribunal Constitucional precisa se utilizar dos meios disponíveis para, no âmbito de sua competência, o processo de normatização jurídica se realize sob condições da política deliberativa, que fundam legitimidade.

Nesse sentido, a fonte última de legitimação da justiça constitucional se encontra no plebiscito diário a que estão sujeitas suas decisões e na sua capacidade de gerar consenso, de forma a que sejam aceitas como justas e extraídas dos valores constitucionais básicos¹³³.

3.3.2.3 Imparcialidade do Juiz como fator legitimante

A legitimidade da jurisdição constitucional também é justificada sob o fundamento de que os juízes são indivíduos que se encontram distanciados das causas políticas e da disputa de opiniões, de tendências, o que lhes proporcionam a imparcialidade necessária para defesa impessoal das normas constitucionais. Esse era o pensamento de James Madison e Alexander Hamilton, os quais, nos célebres textos condensados no livro *O Federalista*, expuseram seus entendimentos.

Madison no Texto Federalista nº. 49 estabelece que nos Estados Republicanos há uma tendência de fortalecimento do Poder Legislativo. A partir dessa afirmação, analisa os poderes executivo e judiciário em suas características a fim de delinear o que o indivíduo pode encontrar quando necessitar de algum deles.

No que se refere ao Poder Judiciário estabelece que, em virtude de sua forma de nomeação e permanência nos cargos, estão muito distantes do povo para compartilhar as suas simpatias¹³⁴.

Nesse diapasão, não caberia nem a maioria, nem a minoria a missão de definir o espaço de liberdade uma da outra, restado recurso a Suprema Corte a quem caberia desenvolver uma teoria de arbitragem, constitucionalmente fundada¹³⁵.

Alexander Hamilton no Texto Federalista nº. 78 analisou a necessidade de se manter o Poder Judiciário na Constituição, alegando que, entre os três poderes o Judiciário é o que pode causar menos danos, uma vez que, enquanto o Poder Executivo tem a espada, o Poder

¹³³ Eduardo García de Enterría *apud* BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 117.

¹³⁴ MADISON, James. **The Federalist Papers n. 49**. Disponível em: <<http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2013, p. 227.

¹³⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 82.

Legislativo elabora os comandos para a sociedade. Conclui por afirmar ser o Poder Judiciário o mais fraco dos três poderes¹³⁶.

Para o autor não há que se falar da existência de liberdade em uma sociedade em que o Poder Judiciário não se encontra separado dos Poderes Legislativo e Executivo. Assim, afirma a necessidade de independência do Poder Judiciário para manutenção das limitações constitucionalmente estabelecidas, declarando nulos os atos legislativos contrários a constituição¹³⁷.

O Poder Judiciário foi constituído como um órgão intermediário entre o Poder Legislativo e o povo, afim de, manter este Poder dentro dos limites estabelecidos na Constituição.

Assim, compete ao Poder Judiciário a interpretação da Constituição e a manifestação de seu significado. Tal circunstância não torna o Poder Judiciário superior ao Poder Legislativo, mas reforça a vontade do povo é superior aos dois¹³⁸.

Para o exercício deste árduo dever é essencial a independência do magistrado. Essa independência vai se perfazer necessária para proteger a Constituição e os direitos dos indivíduos contra efeitos nocivos de humores ocasionais da sociedade.

Logo, para os autores supramencionados, a situação de independência no atuar do magistrado é essencial para dar legitimidade no seu atuar de guardião da Constituição e dos Direitos Fundamentais, uma vez que não está inserido no jogo político típico dos Poderes Executivo e Legislativo.

Deve ser ressaltado que alguns doutrinadores duvidam desta posição de maior privilégio e capacitação dos juízes, afirmando até mesmo o despreparo judicial para questões técnicas, cuja complexidade exija conhecimentos para além do direito, exigindo assim, a presença de especialistas e de informações que apenas o legislador ou o integrante do executivo podem possuir¹³⁹.

Inclusive, questionam a capacitação moral dos juízes para aplicar decisões, as quais podem ser impregnadas de preconceito, sentimento e raiva. Além disso, a independência do

¹³⁶ HAMILTON, Alexander. **The Federalist Papers n. 78**. Disponível em: <<http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2013, p. 353.

¹³⁷ Ibid., p. 354.

¹³⁸ Ibid., p. 355.

¹³⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 89.

juiz pode servir para esconder sob a idéia de manifestação dos valores fundamentais da sociedade, a imposição ou tradução de valores de uma determinada classe social¹⁴⁰.

3.3.2.4 Argumentação como fator legitimante

A jurisdição constitucional apresenta a sua fonte de legitimidade na argumentação exercida pelo magistrado durante a sua decisão. Aqui, ocorre uma hipótese de legitimidade pelo resultado, atuando a decisão judicial com força de solidificação do pacto social, tendo efeito simbólico ou de integração¹⁴¹.

Essa espécie de justificação pelo resultado é constituída de duas teorias, uma forte e uma fraca, conforme a compreensão dispensada à palavra consenso.

A teoria fraca se conforma com dados estatísticos que indiquem uma aceitação social do resultado da Corte, sendo resumida a um escrutínio que revele a vontade concreta da comunidade ou a coincidência entre os valores assegurados pela decisão e aqueles que, de fato, sejam considerados como relevantes para uma dada sociedade em determinado marco temporal¹⁴².

De outro lado, a teoria forte não aceita apenas a quantificação do resultado. Essa teoria busca a formação de um consenso amplo, sobre os pontos discutidos, que envolvam o processo decisório socialmente orientado e um dispositivo discursivamente fundamentado, os quais passam por uma dupla exigência de argumentação: internamente, de coerência discursiva, guardando compatibilidade com o direito vigente, reforçando a certeza do direito; externamente, de modo a se apresentar racionalmente apta a ser aceita pelo corpo social.

Assim, a decisão judicial deve estar em consonância com a opinião pública, a fim de que seus argumentos sejam tidos como aptos e aceitos pelo corpo social, o qual é a verdadeira fonte de legitimidade social.

Nessa linha de pensamento os Tribunais Constitucionais vem abrindo o procedimento para o debate público de questões relevantes, como é o caso dos *amicus curiae*, assim como, as audiências públicas.

Portanto, os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à possibilidade de participação no processo constitucional, devendo ser

¹⁴⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 90.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 91.

¹⁴² *Ibid.*, p. 92.

desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto interpretes em sentido amplo da Constituição¹⁴³

Isso porque, o povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional¹⁴⁴.

Apresentando uma posição interessante, Barry Friedman esclarece que a dificuldade contramajoritária pode ser superada quando a Corte Constitucional apresenta uma decisão que se consubstancia nos valores constitucionais que alcançaram apoio popular ao longo da história. E continua acrescentando que, a circunstância de a decisão ter imediata aceitação popular é uma das formas do Constitucionalismo Popular Mediado. Pode ser que esta decisão não encontre aceitação imediata, mas que uma reflexão leve a sua aceitabilidade, já que a reflexão de questões relevantes pode requerer tempo¹⁴⁵.

Tal posicionamento foi questionado por Roberto Gargarella¹⁴⁶ em vários pontos, no que tange a dificuldade contramajoritária. Segundo o autor não é necessário o apego ao constitucionalismo popular mediado, mas torna-se necessária apenas uma releitura pelo Poder Judiciário no momento da interpretação constitucional. Assim, quando decide deve ater-se a vontade consistente e deliberada do povo e não de uma maioria eventual. De outro lado, afirma a possibilidade de, em democracia participativa os juízes abrirem o processo para que a cidadania desse a última palavra em matéria de interpretação constitucional.

Destarte, a Corte Constitucional deve se tornar mais aberta possível para recepção de idéias e posicionamentos, não só aqueles que correspondam à maioria, mas também os que tragam as idéias e anseios da minoria, eis que todos que vivem direta ou indiretamente a Constituição são seus reais intérpretes¹⁴⁷.

¹⁴³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 49.

¹⁴⁴ Ibid., p. 37.

¹⁴⁵ FRIEDMAN, Barry. **Constitucionalismo Popular Mediado**. Revista Jurídica de La Universidad de Palermo. 2005. Disponível em: < http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2012, p. 7.

¹⁴⁶ GARGARELLA, Roberto. **Acerca de Barry Friedman y el “Constitucionalismo Popular Mediado”**. Revista Jurídica de La Universidad de Palermo. 2005. Disponível em: < http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica07.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2012, p. 165.

¹⁴⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 15.

Na democracia deliberativa, o debate público é amplo, com circulação de idéias, informações e respeito aos direitos fundamentais, e, em decorrência disso, fomentadora de maior legitimidade para as decisões judiciais¹⁴⁸.

No entanto, apesar dos autores supramencionados, que localizam a argumentação como fonte de legitimidade da jurisdição constitucional, quando encontra a aceitação popular, é importante expor que há duras críticas a esta linha de pensamento.

E a fundamentação para a crítica seria a idéia de que o modelo argumentativo é um recurso puramente retórico, como forma de ocultar a prevalência de um especialista judicante, alçado em um altar de moderador dos poderes constitucionais, com todas as idiosincrasias e valores pessoais sublimados em um discurso pretensamente legítimo¹⁴⁹.

3.3.2.5 Manutenção dos status quo como fator legitimante

A jurisdição constitucional se justifica porque tem dado certo ou porque tem contribuído para aperfeiçoamento das instâncias sociais ou porque tem permitido, acima de brigas, das tendências ou dos conchavos políticos, uma atualização dos valores fundamentais da comunidade.

Assim, cumpriria uma dupla função, seja ajudando a comunidade política a manter fidelidade à tradição política indeterminada, ocasião em que atuaria como guardião das tradições e do conservadorismo; seja participando do desenvolvimento da tradição, ocasião em que revelaria o seu lado criativo e constitutivo¹⁵⁰.

Nesse sentido, a legitimidade da jurisdição constitucional encamparia aspectos puramente pragmáticos, com fundamento nos efeitos positivos produzidos por seu atuar na sociedade.

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62.

¹⁴⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 94.

¹⁵⁰ Michael Perry *apud* SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 95.

Os magistrados estão mais próximos das situações concretas do que os legisladores que vêem o caso sempre em abstrato. Por isso, a decisão judicial analisa a hipótese fática real, vivenciadas pelos homens de carne e osso, o que faz com que os juízes presenciem os problemas reais e agudos do cotidiano dos cidadãos e da sociedade.

Tal circunstância gera o desenvolvimento do direito pela atuação judicial, o que, no entanto é gradativa, experimental e lenta. O juiz tem a cada dia que se debruça sobre o processo, a possibilidade de rever, corrigir e melhorar o direito.

Destarte, a legitimidade da jurisdição constitucional é fruto do pragmatismo, o que de certo modo favorece a manutenção do *status quo*. Os juízes diuturnamente exercem o seu *munus* decidindo as questões que lhes são submetidas e, a sociedade não questiona as suas decisões, mas as aceita como legítimas e tem os seus efeitos como positivos.

Todavia a legitimidade do atuar do Poder Judiciário necessita ser confirmada cotidianamente, numa espécie de plebiscito diário. Nenhum outro órgão constitucional submete o acerto de seu atuar, dia a dia, ao crivo social, como o Poder Judiciário¹⁵¹.

No entanto, não bastam os fatores pragmáticos para a justificação da legitimidade constitucional, exige-se sempre que as decisões judiciais sejam produzidas sob condições sociais racionais, segundo uma interpretação crítica do sistema cultural o qual leve em conta princípios de razão e moral¹⁵².

3.3.2.7 Entrelaçamento entre a Maioria Legislativa e a Composição ou Tendências do Tribunal da Jurisdição Constitucional como fator legitimante

Também é fonte de justificação da legitimidade democrática da jurisdição constitucional a circunstância de suas decisões observarem a vontade da maioria parlamentar existente, ocorrendo uma reprodução jurisdicional da vontade majoritária.

No entanto, nem sempre a jurisdição constitucional decide de acordo com a vontade majoritária, o que pode levar a um certo desprestígio do tribunal e, em certas circunstâncias, à superação da jurisprudência do Tribunal por meio de Emenda a Constituição, ou, até mesmo,

¹⁵¹ Eduardo García de Enterría *apud* SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 96.

¹⁵² SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 98.

em caso de séria crise institucional, a reformulação (ou proposta de reformulação) do próprio Tribunal¹⁵³.

As Emendas a Constituição nesses casos são tidas como uma forma de controle do controlador, conferindo ao Poder Legislativo a última palavra quando há conflitos constitucionais. Nesses casos, a jurisdição constitucional não está apta para a avaliação de seu aspecto intrínseco e político, mas, tão só, se há irregularidade durante o seu procedimento.

Nos Estados Unidos da América esse expediente tem sido utilizado com relativa freqüência. Como exemplos, a Emenda XI visou limitar a jurisdição dos tribunais federais, a qual havia sido ampliada pela sentença proferida no caso *Chisholm v. Geórgia*; a Emenda XIV foi aprovada para impedir a prevalência da decisão tomada em *Dread Scott v. Sanford*, em que se recusara cidadania e certos direitos civis aos americanos descendentes de africanos, escravos livres, mesmo que nascidos em território norte-americano¹⁵⁴.

No Brasil também tivemos alguns exemplos: a Emenda Constitucional n.º. 19, de 4 de junho de 1998, modificou a redação do inciso XI do art. 37, para explicitar que no limite máximo de remuneração dos servidores públicos estavam incluídas as vantagens pessoais, uma vez que o STF, sob a vigência da redação anterior, embora o dispositivo se referisse a remuneração “a qualquer título”, entendeu que na locução não se incluíam vantagens pessoais (RTJ, 130:475, 1989, ADI N.º 14, rel. Min. Célio Borja. V. sobre o tema o voto vencido do Min. Marco Aurélio, no RE N.º 141.788-9-CE, DJU, 18 jun. 1993, rel. Min. Sepúlveda Pertence); a Emenda Constitucional n.º. 29, de 13 de setembro de 2000, suprimiu a referência à função social da propriedade, no dispositivo que cuida da progressividade do IPTU (art. 156, § 1.º, I), a vista da interpretação restritiva que o STF dera à cláusula (e.g., RTJ, 175:371); assim como, a Emenda Constitucional n.º. 39, de 19 de dezembro de 2002 permitiu, expressamente, a cobrança de contribuição para o custeio de iluminação pública, a qual,

¹⁵³ No Brasil a crise institucional gerada entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário em virtude do julgamento da Ação Penal n.º. 470 (“mensalão”) e a decisão liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux no Mandado de Segurança n.º 31816/DF, sobre a necessidade de que a apreciação do veto presidencial pelo Congresso no caso do Projeto Lei n.º. 2565/2011 que gerou a Lei Federal n.º. 12.734/2012 (que fixa novas regras sobre a distribuição entre os entes da Federação dos royalties e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos) observasse a ordem cronológica de entrada na casa legislativa, o que levaria a uma fila de quase 13 anos, fez a Casa Parlamentar “desenterrar” a Proposta de Emenda a Constituição n.º. 33/2011, que tem como finalidade aumentar o quorum necessário para a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e ainda, a necessidade de submeter as decisões de inconstitucionalidade material no bojo de ações diretas de inconstitucionalidade ao crivo do Congresso Nacional para que este delibere sobre a atribuição de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

¹⁵⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 71.

anteriormente foi vedada pelo STF, o qual, até mesmo, em momento posterior, editou a Súmula nº. 670¹⁵⁵.

Deve ser ressaltado que a tese é somente parcialmente aceita, uma vez que, nem todos os países adotam o sistema de investidura vitalícia dos membros da Suprema Corte, assim como o poder de superação da jurisprudência da Corte Constitucional por meio de Emendas Constitucionais. Além disso, a identidade de orientações entre os juízes e aqueles que os nomearam é algo que fica apenas no campo das possibilidades. Como exemplo, *Warren*, político conservador ligado ao Partido Republicano, que após ser nomeado por *Eisenhower* para acentuar o conservadorismo na Suprema Corte Americana, quando esteve como *Chief Justice*, deu início a um período de grande ativismo judicial¹⁵⁶.

3.3.2.8 Reexame das Razões do Legislador como fator legitimante

A legitimidade da jurisdição constitucional estaria na doutrina da metodologia ótima da legislação enquanto dever constitucional¹⁵⁷, mediante a qual, o juiz constitucional não estaria adstrito apenas, quando da análise da inconstitucionalidade de uma lei, a verificar seus aspectos formais, mas também, deve verificar a gênese legislativa, ou seja, a Corte Constitucional deve procurar saber se o legislador tomou conhecimento dos dados empíricos disponíveis e levou a sério e a fundo a experiência social.

Essa análise mais aprofundada teria origem na vontade da Constituição, a fim de que a jurisdição constitucional efetuasse o controle da legislação e sua compatibilidade com o interesse público.

Assim, a Corte Constitucional poderia verificar o que deu origem a vontade legislativa, se foi tomada com base no interesse público ou se foi tomada com fundamento em interesses privados, o que daria ensejo a reconstrução pelo Poder Judiciário.

¹⁵⁵ BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 54.

¹⁵⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 71-72.

¹⁵⁷ Schwerdtfeger *apud* SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 68.

Em casos de afronta ao interesse público a Corte Constitucional poderia avaliar a proporcionalidade em sentido amplo da medida, a saber, se é adequada, necessária e proporcional.

No entanto, tal idéia sofre severas críticas, uma vez que o controle deve ser feito em relação a norma como produto do processo legislativo e não acerca da vontade e dos motivos que levaram o legislador a editá-la. Isso porque, tratando-se de um Poder eminentemente político, o atuar do Legislativo está deveras arraigado ao jogo democrático de maiorias eventuais que defendem os seus interesses.

Portanto, o controle exarado pela Corte Constitucional a atividade do Poder Legislativo deve ter um caráter objetivo e ser efetuado com base na análise formal e procedimental de seus ritos, sob pena de o juiz se sobrepor sobre o legislador e passar a tomar o seu lugar na estrutura Constitucional.

3.3.2.9 Falta de Legitimidade decorrente da Práxis Política

Dentro de uma democracia representativa, o povo legítimo titular do poder soberano, delega a cada período de tempo, aos parlamentares, seu poder de decidir as questões políticas atinentes ao Estado.

Ocorre que, por vezes, os representantes do povo em vez de exercerem o mandato na direção dos interesses gerais da coletividade, terminam por perseguir os seus próprios interesses ou de grupos de apoio, de modo que, a vontade popular acaba por ser suplantada pela vontade de determinados grupos¹⁵⁸.

Tais questões ficam evidenciadas durante o processo eleitoral, no qual há forte apoio da iniciativa privada às campanhas, buscando a conhecida política do “toma lá dá cá”, ou seja, apoiando as candidaturas para em caso de vitória eleitoral conseguir contratos de serviços juntos ao ente público¹⁵⁹.

Esses atores atuam durante o mandato eleitoral como grupos de pressão almejando moldar o mandato parlamentar de acordo com os seus interesses. Quando o parlamentar está comprometido com esses “apoiadores”, seu atuar deixa de seguir o interesse coletivo e passa a ser guiado pelo interesse individual.

¹⁵⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 64.

¹⁵⁹ Tomando como base o processo eleitoral Brasileiro. Sobre o caso, foi aprovada a Lei Federal nº. 12.034/2009, que alterou as Lei Federais nº. 4737/65, 9096/95 e 9504/97, com a finalidade de dar maior transparência a processo eleitoral e garantir um maior controle e fiscalização.

Neste ponto estaria a legitimidade da Corte Constitucional em efetuar a aferição da lei criada pelo parlamento com a Constituição Federal. A Corte atuaria como instrumento de controle do Poder Legislativo, com a finalidade de desmascarar a transformação desses votos, em busca da obtenção da legítima vontade coletiva.

Assim, a atuação da jurisdição constitucional é necessária como uma forma de compensação a falta de racionalidade da práxis política, como forma de atenuar a distância existente entre o ideal político e a realidade constitucional, sendo tida como representante do povo ausente¹⁶⁰.

A Constituição, portanto, é defendida pela Corte Constitucional das decisões legislativas tomadas por parlamentares descomprometidos com o ideal público, protegendo as decisões fundamentais do povo descritas naquele texto.

As críticas a essa teoria de legitimação estão na circunstância de que se atribuir esta competência ao Poder Judiciário de fiscalizar o ideal democrático deturpado, nada mais é do que reconhecer o déficit do procedimento legislativo, que se vincula a carências de tradições democráticas e parlamentares.

Assim, a transferência do debate político para as Cortes Constitucionais não resolve o problema, mas funciona como paliativo e meio de garantir ao legislador fuga de suas reais competências constitucionais, em vez de funcionar como meio de reflexão nos corpos legislativos.

3.3.2.10 Legitimidade como Necessidade de Reequilibrar os Poderes Constitucionais no Welfare State

O Estado Liberal é resultado da ascensão da burguesia ao poder. Tratava-se de forma de Estado Mínimo ou Estado-Polícia, com funções restritas quase que a mera vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas. Essa orientação foi cenário para a implantação do Constitucionalismo e da Separação dos Poderes, uma vez que ambos implicam o enfraquecimento do Estado e, ao mesmo tempo, a preservação da liberdade de comércio e de contrato, bem como do caráter basicamente individualista da sociedade¹⁶¹.

¹⁶⁰ Ackerman *apud* SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 65.

¹⁶¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 280.

Ocorre que o Estado Liberal criou condições para a sua própria superação em virtude de fomentar o ultra-individualismo, que fazia com que os indivíduos mais hábeis se aproveitassem dos menos afortunados; criou injustiça social, a partir do momento que todos tinham o direito de ser livres, não se assegurava a ninguém o poder de ser livre; além disso, um conseqüência grave, foi a criação do proletariado, que promoveu a aglomeração social nos centros urbanos como conseqüência direta da Revolução Industrial.

Esse Estado Mínimo e não intervencionista foi superado pelo Estado Intervencionista, que tem como fundamento a atuação do Estado no domínio econômico buscando mitigar as características do Estado Liberal (liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção), a fim de que ocorra separação entre trabalhadores e meios de produção¹⁶².

O Estado Intervencionista é grande em relação ao Estado Liberal (mínimo). Com isso, com a finalidade de equilibrar o incremento de funções dos Poderes Legislativo e Executivo, surge uma magistratura atuante.

O incremento de demandas sociais gerou um cenário propício para o desenvolvimento dos Poderes Legislativo e, logo depois, do executivo. O Poder Judiciário, até então, era tido como mero censor ou árbitro das relações privadas.

O desenvolvimento do Estado Social apresentava uma necessária redefinição da atuação do Poder Judiciário, que passava também a proteger os indivíduos e os grupos sociais contra os excessos cometidos pelo setor público, assim como, controlar a constitucionalidade das leis elaboradas.

Nesse estágio de evolução do Estado surgem os direitos prestacionais, que acabam por gerar uma confusão de papéis entre o legislador e o juiz, tendo em vista que ambos passam a criar o direito na forma de concretização a partir de suas atuações.

Essa necessária modificação do atuar do Poder Judiciário em virtude do Estado Social é fonte legitimante de seu atuar durante o exercício da jurisdição constitucional, na qual intervém para restaurar a Constitucionalidade ofendida.

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 74-75.

Há quem critique essa forma de legitimação da jurisdição constitucional, afirmando que, na verdade, ocorreu uma simples explicação de como aconteceu a transformação do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, o que se fez acompanhar da mudança de um Estado Parlamentar ou Legislativo para um Estado Administrativo e, enfim, judicial¹⁶³.

¹⁶³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 64.

4 *AMICUS CURIAE* É INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL?

4.1 Considerações Iniciais

O presente capítulo tem por finalidade analisar o instituto do *amicus curiae* e sua aplicabilidade no procedimento objetivo¹⁶⁴ do controle de constitucionalidade.

Através da abertura pluralística da jurisdição constitucional¹⁶⁵, busca-se verificar se o *amicus curiae* atua como instrumento de legitimação democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal conforme sustentado na ADI N°. 2321-7 MC/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

Dentre as teorias de legitimação democrática da jurisdição constitucional será adotada a que apresenta esteio na Argumentação do Supremo Tribunal Federal exposta em suas decisões proferidas pelo Tribunal Pleno nas ações diretas de inconstitucionalidade existentes no período de 2005 a 2011.

A argumentação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões consubstancia verdadeiro discurso político dentro da concepção de Patrick Charaudeau¹⁶⁶ evidenciando a articulação da linguagem para a expressão do poder Estatal.

Partindo desta concepção e ainda, utilizando as categorias teóricas de Pierre Bourdieu¹⁶⁷, o discurso político do Supremo Tribunal Federal será verificado de forma empírica nas ações direta de inconstitucionalidade julgadas pelo Tribunal Pleno no período estabelecido visando constatar se a participação do *amicus curiae* realmente trás legitimidade democrática ou se é apenas um recurso puramente retórico, como forma de ocultar a prevalência de um especialista judicante, alçado em um altar de moderador dos poderes constitucionais, com todas as idiosincrasias e valores pessoais sublimados em um discurso pretensamente legítimo¹⁶⁸.

¹⁶⁴ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 67.

¹⁶⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 48.

¹⁶⁶ CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso Político**. Trad. Dílson Ferreira da Cruz e Fabiana Komesu. São Paulo: Editora Contexto, 2011, p. 15.

¹⁶⁷ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 16.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

¹⁶⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 94.

4.2 *Amicus Curiae*

A expressão latina é referida por Paulo Rónai, em obra clássica, e explicada como “amigo da cúria, isto é, da justiça. Diz-se de perito designado por juiz para aconselhá-lo¹⁶⁹”.

Dameres Medina¹⁷⁰ define o *amicus curiae* como

[...] terceiro que intervém em um processo, do qual ele não é parte, para oferecer à corte sua perspectiva acerca da questão constitucional controversada, informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal ou, ainda, defender os interesses dos grupos por ele representados, no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão a ser tomada.

Tal instituto tem raízes democráticas, permitindo a pluralização da interpretação constitucional no processo dentro de uma sociedade aberta¹⁷¹.

Assim, de acordo com Manoel Jorge e Silva Neto¹⁷²

É a figura do *amicus curiae* - ou *friend of the Court*, no dizer dos norte americanos -, outrora aceitável apenas nos domínios da jurisprudência do STF; hoje expressamente admitida no sistema do direito positivo brasileiro, tudo com suporte na idéia consagrada no magistério de Peter Häberle, segundo o qual a interpretação da Constituição não deve ser limitada aos seus interpretes formais, mas aqueles também que são destinatários dos seus comandos, como se sucede com os cidadãos de forma geral.

De acordo com as palavras do Ministro Celso de Mello¹⁷³ o *amicus curiae* tem como finalidade

[...] à legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação 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.

¹⁶⁹ RÓNAI, Paulo *apud* BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro. Um Terceiro Enigmático**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6.

¹⁷⁰ MEDINA, Dameres. **Amicus Curiae. Amigo da Corte ou Amigo da Parte?** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17.

¹⁷¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13.

¹⁷² SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 228.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI Nº 2130-3 SC (AGReg), rel. Min. Celso Mello, j. 03.10.2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

Alexandre de Moraes¹⁷⁴, por seu turno, informa que a função primordial do *amicus curiae* é juntar aos autos pareceres ou informações com a finalidade de trazer matérias importantes à decisão, assim como, dados acerca dos reflexos da decisão a ser proferida em determinado público alvo.

Portanto, o *amicus curiae* é este terceiro que intervém no procedimento ampliando o seu espectro cognitivo, a partir do momento que trás elementos que serão úteis ao julgamento da demanda em juízo deduzida.

É interessante ressaltar que desde sua origem remota no direito inglês até os tempos atuais, a sua participação no procedimento veio se alterando.

Tal circunstância é verificada no momento em que, no Direito Inglês, o *amicus curiae* surgia como um terceiro que, a pedido da corte, oferecia informações e esclarecimentos acerca de campos específicos do direito¹⁷⁵.

Esse terceiro era desinteressado no resultado do litígio em juízo deduzido e atuava com a finalidade de auxiliar o Poder Judiciário na resolução da questão.

No entanto, desde a sua feição inglesa, o caráter de neutralidade do *amicus curiae* foi comprometido, assumindo o *amicus* uma posição partidária e litigante¹⁷⁶.

4.2.1 Breve Histórico

A origem do *amicus curiae* é debatida na doutrina, havendo quem entenda que o instituto se origina do Direito Romano nos *amici*, advogados responsáveis por aconselhar e auxiliar os juízes na resolução dos conflitos. No entanto, o Direito Romano não fazia referência a tais auxiliares como *amicus curiae*¹⁷⁷.

Há certo consenso entre os estudiosos que o *amicus curiae* teria surgido no sistema da *common law* inglês, tendo como papel auxiliar as Cortes, principalmente apontando erros manifestos nos processos, ou trazendo informações relevantes contidas em precedentes judiciais e em *statutes* não conhecidos ou ignorados pelos juízes.

¹⁷⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 677.

¹⁷⁵ MEDINA, Damares. **Amicus Curiae. Amigo da Corte ou Amigo da Parte?** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 37.

¹⁷⁷ BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade. Um Estudo Comparado á Luz das Experiências Americana, Européia e Brasileira.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 18.

Nesse momento, o *amicus curiae* era um terceiro que, sem nenhum interesse direto na lide, intervinha no processo, por sua própria iniciativa ou a pedido da corte, para oferecer informações acerca de questões de fato e de direito que fossem de seu conhecimento¹⁷⁸.

A presença do sistema processual denominado de *adversarial system*¹⁷⁹ na Inglaterra foi propício ao desenvolvimento do *amicus curiae*, uma vez que era meio de auxílio aos juízes, aprimorando o seu convencimento, aperfeiçoando ou corrigindo o conjunto probatório elaborado¹⁸⁰.

No entanto, foi nos Estados Unidos que o instituto assumiu maior notoriedade, desde o século XIX. A sua consolidação no direito americano ocorreu em virtude da pioneira prática do *judicial review* neste país.

Os Estados Unidos da América não adotaram em sua estrutura jurídica o modelo concentrado de controle de constitucionalidade com análise das leis em abstrato. Adotaram o modelo de controle de constitucionalidade difuso, no qual a verificação da constitucionalidade da lei é feita dentro de uma lide individual e concreta, a qual, quando analisada por Tribunal Superior, em especial pela Suprema Corte, pode irradiar efeito *erga omnes*¹⁸¹.

Assim, a participação de terceiros nos feitos de natureza individual indicam a necessidade sentida pela sociedade americana de criar instrumento jurídico para informar e convencer o Poder Judiciário das possíveis conseqüências de suas decisões, especialmente no âmbito do *judicial review*.

Com isso, a Suprema Corte Americana ao permitir que terceiros participem em processos de natureza individual, acaba por converter o processo aparentemente subjetivo de controle de constitucionalidade, em processo verdadeiramente objetivo (no sentido de um processo que interessa a todos), no qual se assegura a participação das mais diversas pessoas e entidades¹⁸².

¹⁷⁸ MEDINA, Damares. **Amicus Curiae. Amigo da Corte ou Amigo da Parte?** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36.

¹⁷⁹ O *adversarial system* é um sistema processual nascido na Inglaterra e estruturado na idéia de confronto entre dois adversários, diante de um julgador relativamente passivo. Nesse sistema são os advogados atuam na produção probatória e não os juízes. Diferentemente do *inquisitorial system*, existente nos países de tradição romano-germânica em que os juízes são os condutores do feito.

¹⁸⁰ BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade. Um Estudo Comparado á Luz das Experiências Americana, Européia e Brasileira.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 47.

¹⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Comentários à Lei n. 9882, de 03.12.1999.** São Paulo: Saraiva, 2007, p.34.

No Direito Brasileiro, de acordo com Manoel Jorge e Silva Neto¹⁸³, houve previsão do instituto do *amicus curiae* nos seguintes diplomas legislativos: Lei Federal nº. 6385/76, art. 31 – permissão para a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) atuar; Lei Federal nº. 8884/94, art. 89 – quanto à permissão para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) atuar; Lei Federal nº. 9469/ 97, art. 5º, parágrafo único – quanto à possibilidade de pessoa jurídica de direito público atuar.

Também houve previsão do *amicus curiae* nos Juizados Especiais Federais - Lei Federal nº. 10259/01, art. 14, § 7º - no procedimento de uniformização de interpretação de lei federal ante a divergência de entendimento de Turmas Recursais, ocasião que eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, podem se manifestar no prazo de trinta dias¹⁸⁴.

No entanto, o *amicus curiae* assumiu maior conotação no direito brasileiro a partir de 1999, com a Lei Federal n. 9868, quando foi inserido no controle de constitucionalidade brasileiro.

4.2.2 *Amicus Curiae* no Controle de Constitucionalidade Pátrio

O maior destaque do *amicus curiae* no direito pátrio se deu no Controle Concentrado de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.¹⁸⁵

Tal modalidade de Controle de Constitucionalidade é exteriorizada em um processo objetivo¹⁸⁶, no qual a Corte Constitucional efetua a compatibilização de uma norma jurídica impugnada com o parâmetro de validade do ordenamento jurídico (Constituição Federal de 1988), não havendo que se falar em partes, no sentido processual da palavra, havendo apenas requerentes. Ressalte-se que nessa modalidade de processo, diferentemente do processo subjetivo, tem-se como finalidade a garantia da ordem jurídica abstratamente considerada e não a solução de conflitos individuais¹⁸⁷.

¹⁸³ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 229.

¹⁸⁴ PIMENTEL DA SILVA, Berky. **Amicus Curiae: Da Jurisdição Constitucional ao Projeto do Novo Código de Processo Civil**. REDP, Rio de Janeiro, v. 8, jul./dez. 2011. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 01 mai. 2013, p. 114.

¹⁸⁵ Sem deixar aqui de relacionar a possibilidade do *amicus curiae* figurar no Controle Concentrado perante os Tribunais Estaduais. Para tanto ver o artigo BINENBOJM, Gustavo. **A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito do estado**. Disponível em:< www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 10 jan. de 2012.

¹⁸⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 166.

¹⁸⁷ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: Conceitos, sistemas e efeitos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 192.

Funciona o *amicus curiae* como instrumento pluralizante, permitindo que o processo do Controle de Constitucionalidade busque uma maior proximidade do princípio democrático e do pluralismo político, ao ser receptáculo de informações técnicas ou científicas necessárias para uma correta e legítima decisão do magistrado.

A legislação brasileira previu no Controle Concentrado de Constitucionalidade o *amicus curiae* no art. 7, § 2º da Lei Federal nº 9868/99 nos seguintes termos:

o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades¹⁸⁸.

Fixou, destarte, os requisitos da relevância da matéria e representatividade do postulante para a admissão do *amicus curiae*. No que tange ao primeiro requisito, trata-se da necessidade de se abrir um diálogo entre a norma questionada e os valores da sociedade civil ou até mesmo, outros entes governamentais.¹⁸⁹

No que se refere à representatividade adequada, expõe Cássio Scarpinella Bueno que terá

Representatividade adequada toda aquela pessoa, grupo de pessoas ou entidade, de direito público ou direito privado, que conseguir demonstrar que tem um específico interesse institucional na causa e, justamente em função disso, tem condições de contribuir para o debate da matéria, fornecendo elementos ou informações úteis necessárias para o proferimento de melhor decisão jurisdicional. Meros interesses corporativos, que dizem respeito apenas à própria entidade que reclama seu ingresso em juízo, não são suficientes para sua admissão na qualidade de *amicus curiae*.¹⁹⁰

Frise-se que, em que pese ser o *amicus curiae* visualizado com maior destaque no Controle Concentrado de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, também no Controle por via Incidental, mediante Recurso Extraordinário, em especial, posteriormente a Emenda Constitucional nº 45/2004 (que instituiu para tal espécie recursal o requisito da repercussão geral), pode figurar o *amicus curiae*, na forma do art. 543-A, §6º do Código de Processo Civil Brasileiro, inserido pela Lei Federal nº. 11.418/2006.

¹⁸⁸ BRASIL. Lei Federal nº. 9868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013.

¹⁸⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus Curiae no Processo Civil. Um terceiro enigmático***. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 140

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 146-147.

O Recurso Extraordinário, que anteriormente a Emenda Constitucional nº 45/2004 tinha nítido caráter subjetivo, passou a ter caráter híbrido¹⁹¹, eis que, ora apresenta feições objetivas (participação do *amicus curiae*, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante da decisão), ora com feição subjetiva (os interesses concretos e subjetivos das partes em litígio moldaram o desenvolvimento do processo e estão em verdadeiro contencioso constitucional).

Com isso, seu julgamento foi dividido em duas fases. A primeira delas, quando se reconhece a repercussão geral, de aspecto objetivo, que visa saber que a questão *in judicio deducta* ultrapassa o interesse das partes, repercutindo em outras esferas e segmentos sociais. A segunda, após ser ultrapassada a primeira, decide-se o caso concreto posto com as suas peculiaridades.¹⁹² É nesta fase que o Supremo Tribunal Federal decidirá o caso concreto sob o aspecto constitucional.

É importante ainda frisar que o Supremo Tribunal Federal, com esteio no princípio democrático e no pluralismo político, na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº. 415.454 de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, reconheceu por maioria de seus membros, a possibilidade de sustentação oral por *amicus curiae* em sede de recurso extraordinário nos seguintes termos:

Em síntese, creio que o instrumento da admissão de *amici curiae* confere ao processo de fiscalização de constitucionalidade um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, que a meu ver, não pode ficar restrito ao controle concentrado. Pelo contrário, penso que, justamente por se tratar de matéria ínsita aos juizados especiais, a jurisdição constitucional exercida por este Tribunal deve se afastar de uma perspectiva estritamente subjetiva do recurso extraordinário.¹⁹³

¹⁹¹ MEDINA, Damares. **Amicus Curiae. Amigo da Corte ou Amigo da Parte?** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31.

¹⁹² *Ibid.*, p. 31-32.

¹⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010 / Gilmar Ferreira Mendes.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1152.

4.3 *Amicus Curiae* e Pluralização da Jurisdição Constitucional

O procedimento de controle de constitucionalidade objetivo previsto na Constituição Federal de 1988 apresenta como órgão incumbido de dar “a última palavra” sobre a constitucionalidade de uma lei o Supremo Tribunal Federal.

Assim, a Constituição apresenta a competência formal de quem está oficialmente nomeado para exercer a interpretação constitucional.

No entanto, a interpretação deve ser tida como um processo aberto¹⁹⁴, no qual a ampliação do círculo de interpretes é conseqüência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação, uma vez que, os interpretes em sentido amplo, compõem a realidade pluralista.

A legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional está no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição¹⁹⁵.

Nesse sentido, o *amicus curiae* surge com viés democrático e pluralista¹⁹⁶, ao enriquecer a Corte Constitucional com informações, sejam elas de cunho técnico ou científico, auxiliando e legitimando socialmente as decisões proferidas.

Isso porque, de acordo com Häberle¹⁹⁷

Povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.

Assim, a participação do *amicus curiae* no procedimento objetivo do controle de constitucionalidade é um instrumento de pluralização da jurisdição constitucional, permitindo que a sociedade atue trazendo argumentos tidos como legítimos pelos grupos sociais, fomentando o debate e a ampliação cognitiva, obtendo a ampliação do coeficiente de legitimação das decisões da Corte Constitucional acarretando uma aproximação social.¹⁹⁸

¹⁹⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 30.

¹⁹⁵ Ibid., p. 33.

¹⁹⁶ Ibid., p. 11-12.

¹⁹⁷ Ibid., p. 37.

¹⁹⁸ MEDINA, Damares. **Amicus Curiae. Amigo da Corte ou Amigo da Parte?** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

Com isso, a Corte Constitucional reveste as suas decisões de substrato oriundo dos anseios do corpo social¹⁹⁹, podendo atuar amparado nas idéias e aspirações daqueles que são os verdadeiros intérpretes da Constituição e titulares do poder que a constituiu.

E ainda, a abertura procedimental acarreta expectativas sociais, eis que, ao permitir que a sociedade institucionalizada participe do processo, gera aumento de sua aceitabilidade social.

Por isso, Häberle sustenta que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere a forma gradativa de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional²⁰⁰. Nesse diapasão, o direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática.

Os elementos de fundamentação trazidos pelo *amicus curiae* vão ampliar o espectro cognitivo do magistrado, auxiliando-o a decidir e a buscar dentro do giro ontológico-hermenêutico, a resposta adequada a Constituição²⁰¹, não sendo esta aquela que está na consciência do magistrado, mas aquela construída, estruturada e motivada dentro de critérios democráticos.

4.4 A Argumentação do Supremo Tribunal Federal como Discurso Político

As decisões do Supremo Tribunal Federal manifestam verdadeiros discursos políticos, tendo esses como discursos que objetivam construir uma adesão legítima de um auditório, com fins de levar este público a apoiar, reconhecer e reproduzir estruturas de poder estabelecidas²⁰².

¹⁹⁹ Independentemente de adotar posicionamento que revista a vontade da maioria ou que seja a vontade da minoria, eis que tais circunstâncias fazem parte do Estado Democrático de Direito e de seus pilares: democracia e proteção dos direitos fundamentais.

²⁰⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 47.

²⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decidido conforme minha consciência?** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 62-63.

²⁰² IORIO FILHO, Rafael Mario. **Os Discursos de Benito Mussolini. Uma proposta de construção da identidade cultural italiana.** Curitiba: Editora CRV, 2012, p. 47.

Assim, no momento em que decide determinada questão, em suas argumentações, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, buscam atingir aceitabilidade da sociedade (auditório).

Tal fato ocorre em virtude de que os discursos políticos não são elaborados apenas por aqueles que exercem a governança e os solitários pensadores da coisa pública, havendo diferentes lugares em que se fabrica o pensamento político²⁰³.

Patrick Charaudeau²⁰⁴ ao analisar a interligação entre a palavra política e a questão de poder, informa a necessidade de verificar a interação existente entre as questões da ação política, de sua finalidade e de sua organização; as instâncias que são partes interessadas nessa ação; os valores em nome dos quais é realizada essa ação.

A ação política é aquela destinada a obtenção do bem comum, o qual, para ser obtido, depende de um espaço de discussão e da utilização da linguagem, como na discussão dos objetivos a definir, no modo de acesso à representação no poder e nas modalidades de controle desse poder²⁰⁵.

Essa ação política é realizada pela instância política, ao passo que a instância cidadã é aquela que escolhe os representantes do poder.

Apesar da instância política agir em função do possível, a instância cidadã a elegeu para que realizasse o desejável. Nesse ponto, pode haver uma divergência de representatividade, no momento em que a instância política atue de forma não desejável pela instância cidadã.

Nesse ponto, a instância política está submetida a modalidades de controles por parte da instância cidadã, encontrando-se permanentemente ameaçada por uma sanção física (golpe de Estado), institucional (derrubada do governo) ou simbólica (descrédito)²⁰⁶.

Para tanto, o discurso político é utilizado para se obter a persuasão da instância cidadã, no qual, a instância política jogando com argumentos da razão e da paixão, objetiva fazer com que a instância cidadã adira a sua ação.

Logo, o discurso político é essencial para obtenção de persuasão do auditório, sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões com a finalidade de obter aceitabilidade daqueles que são destinatários de suas decisões, as quais, no caso objeto deste

²⁰³ IORIO FILHO, Rafael Mario. **Uma questão de cidadania: o papel do Supremo Tribunal Federal na Intervenção Federal (1988-2008)**. Fls.391. Tese. Doutorado em Direito. Universidade Gama Filho – UGF. Rio de Janeiro, 2009, p.26.

²⁰⁴ CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso Político**. Trad. Dílson Ferreira da Cruz e Fabiana Komesu. São Paulo: Editora Contexto, 2011, p. 16.

²⁰⁵ Ibid., p. 18.

²⁰⁶ Ibid., p. 19.

trabalho (decisões no controle concentrado de constitucionalidade), em virtude da eficácia *erga omnes* atribuída constitucionalmente, são todos os brasileiros.

Sobre o ponto são relevantes as palavras de Patrick Charaudeau²⁰⁷

O governo da palavra não é tudo na política, mas a política não pode agir sem a palavra: a palavra intervém no espaço de discussão para que sejam definidos o ideal dos fins e os meios da ação política; a palavra intervém no espaço de ação para que sejam organizadas e coordenadas a distribuição das tarefas e a promulgação das leis, regras e decisões de todas as ordens; a palavra intervém no espaço de persuasão para que a instância política possa convencer a instância cidadã dos fundamentos de seu programa e das decisões que ela toma ao gerir os conflitos de opinião em seu proveito.

Assim, não há como não ter o discurso do Supremo Tribunal Federal como político, no sentido que durante a investigação das decisões tomadas pelo Tribunal Pleno nos procedimentos de ações diretas de inconstitucionalidade entre os anos de 2005 a 2011, verificou-se a articulação dos elementos lingüísticos com objetivo de convencer os destinatários da decisão (população brasileira) de que as respostas apresentadas às lides são legítimas.

4.5 Categorias Teóricas de Pierre Bourdieu

A presente dissertação trabalha com análise do discurso político envolvendo as relações entre direito e poder.

Para tanto, serão utilizadas as categorias teóricas criadas por Pierre Bourdieu, quando trata das estratégias de poder em uma matriz de violência física, em que há imposição explícita de força pela autoridade, Supremo Tribunal Federal, que ocupa a posição de órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, ou simbólica - legítima²⁰⁸.

Assim, serão articuladas as noções de: sistema simbólico, violência simbólica, *habitus* e campo de lutas políticas²⁰⁹.

²⁰⁷ CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso Político**. Trad. Dílson Ferreira da Cruz e Fabiana Komesu. São Paulo: Editora Contexto, 2011, p. 21.

²⁰⁸ IORIO FILHO, Rafael Mario. **Uma questão de cidadania: o papel do Supremo Tribunal Federal na Intervenção Federal (1988-2008)**. Fls.391.Tese. Doutorado em Direito. Universidade Gama Filho – UGF. Rio de Janeiro, 2009, p.28.

²⁰⁹ IORIO FILHO, Rafael Mario. **Os Discursos de Benito Mussolini. Uma proposta de construção da identidade cultural italiana**. Curitiba: Editora CRV, 2012, p. 47.

Os sistemas simbólicos e suas relações ideológicas designam característica própria das sociedades humanas em que os agentes sociais (atores sociais de funções próprias, em razão de suas práticas, na autonomia do seu campo social) criam estruturas de comportamento e pensamento de dominação, denominado por Pierre Bourdieu de poder simbólico²¹⁰, encaradas como arcabouço legítimo, na luta frente a outros agentes na manutenção e distinção de seu campo social. Trata-se de poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhes estão sujeitos ou mesmo que o exercem²¹¹.

Já a violência simbólica é fruto da relação que se estabelece entre os agentes internos de um campo e externos. Trata-se de categoria, advinda da violência física (imposição da vontade por força material), que nada mais é do que a articulação de um instrumental de dominação para convencer os agentes sociais, naturalizando os discursos pelo domínio da linguagem, de que determinada realidade é verdadeira e legítima porque não arbitrária²¹².

Essa forma de violência é mais eficaz do que a violência física, uma vez que consegue os mesmos resultados mediante a utilização da linguagem e não da força. Assim, consegue pela linguagem a naturalização de determinadas crenças impondo uma estrutura específica de pensamento (*habitus*), fazendo com que os dominados não percebam as imposições que estão lhes sendo colocadas, fazendo nascer uma maior estabilidade na manutenção do poder do campo.

O *habitus* é a estruturação de um raciocínio próprio e de uma cultura em ação. Trata-se de uma habilidade incorporada, quase postural de um agente em ação.

De acordo com Pierre Bourdieu²¹³

Habitus como sistema das disposições socialmente constituídas que, enquanto estruturas estruturadas e estruturantes, constituem o princípio gerador e unificador do conjunto das práticas e das ideologias características de um grupo de agentes. Tais práticas e ideologias poderão atualizar-se em ocasiões mais ou menos favoráveis que lhes propiciam uma posição e uma trajetória determinadas no interior de um campo intelectual que, por sua vez, ocupa uma posição determinada na estrutura da classe dominante.

²¹⁰ IORIO FILHO, Rafael Mario. **Uma questão de cidadania: o papel do Supremo Tribunal Federal na Intervenção Federal (1988-2008)**. Fls.391.Tese. Doutorado em Direito. Universidade Gama Filho – UGF. Rio de Janeiro, 2009, p.28.

²¹¹ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 16.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 7-8.

²¹² IORIO FILHO, Rafael Mario. **Uma questão de cidadania: o papel do Supremo Tribunal Federal na Intervenção Federal (1988-2008)**. Fls.391.Tese. Doutorado em Direito. Universidade Gama Filho – UGF. Rio de Janeiro, 2009, p.29.

²¹³ BOURDIEU, Pierre. **A Economia das Trocas Simbólicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974, p.191.

Assim, o *habitus* é um modo de pensar específico, um conhecimento adquirido e também um haver²¹⁴ dos agentes de um campo de poder, o qual pode sofrer atualização ao longo do tempo dependendo de circunstâncias sociais, com a finalidade de manter as relações de poder como legítimas.

Outra categoria teórica de Pierre Bourdieu é a de campo de poder, sendo este, espaço social das relações de força, oriundas da disputa de poder pelos agentes sociais, a qual é dotada de regras e conhecimentos específicos (*habitus*) para a estruturação das relações de poder.

Portanto, trata-se do local onde ocorrem as relações de força entre as posições sociais e, em sua estruturação interna, estabelece valores e objetivos próprios, sendo conhecidos como metas a serem alcançadas na disputa entre os agentes sociais.

De acordo com o Professor Doutor Rafael Mario Iorio Filho²¹⁵ a organização do campo de poder se dá por padrões de pensamento e matrizes de educação recebidos por investimentos possíveis de situar os agentes dentro do campo munidos do reconhecimento de sua hierarquização e lógica de mobilidade interna. Tais investimentos ou capitais para a inserção nos campos são de três ordens: econômica, cultural e social.

Assim, o econômico representa a fonte de capital que detém um agente ou uma classe econômica situada.

O capital educacional exterioriza as formas de educação e conhecimento, que estrategicamente preparam as mentes nas lógicas específicas de cada tempo.

Ao passo que o capital social, que é suportado pelos capitais econômico e educacional, é estabelecido nos recursos aplicados ao conhecimento como membro do grupo, obtendo acesso às oportunidades, aos eventos e a uma rede de relações institucionalizadas interativas.

²¹⁴ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 16.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 61.

²¹⁵ IORIO FILHO, Rafael Mario. **Uma questão de cidadania: o papel do Supremo Tribunal Federal na Intervenção Federal (1988-2008)**. Fls.391.Tese. Doutorado em Direito. Universidade Gama Filho – UGF. Rio de Janeiro, 2009, p.32.

4.6 O Supremo Tribunal Federal na ADI Nº 2321-7 MC/DF

A metodologia empregada para a investigação foi a de tomar as decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade como objeto de pesquisa, por meio das argumentações trazidas pelos diversos atores políticos atuantes no processo objetivo de controle de constitucionalidade, como os Ministros e os *amicus curiae*.

Assim, a empiria buscou verificar se a pluralização da Jurisdição Constitucional com a participação do *amicus curiae* atuou como fonte de legitimação do Supremo Tribunal Federal ou se foi um instrumento de violência simbólica para manter o *habitus* existente gerado pelo poder simbólico dessa Corte Judicial.

Portanto a ADI Nº 2321-7 MC/DF²¹⁶ é tida como decisão paradigmática para a investigação, tendo em vista que de acordo com as palavras do Relator Ministro Celso Mello na Ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - RESOLUÇÃO EMANADA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - MERA DECLARAÇÃO DE "ACCERTAMENTO", QUE NÃO IMPORTOU EM AUMENTO DE REMUNERAÇÃO NEM IMPLICOU CONCESSÃO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA NOVA - INOCORRÊNCIA DE LESÃO AO POSTULADO DA RESERVA DE LEI FORMAL - RECONHECIMENTO DO DIREITO DOS SERVIDORES (ATIVOS E INATIVOS) DA SECRETARIA DESSA ALTA CORTE ELEITORAL À DIFERENÇA DE 11,98% (CONVERSÃO, EM URV, DOS VALORES EXPRESSOS EM CRUZEIROS REAIS) - INCORPORAÇÃO DESSA PARCELA AO PATRIMÔNIO JURÍDICO DOS AGENTES ESTATAIS - IMPOSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO DE TAL PARCELA (PERCENTUAL DE 11,98%), SOB PENA DE INDEVIDA DIMINUIÇÃO DO ESTIPÊNDIO FUNCIONAL - GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA - PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO - INAPLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DO IMPEDIMENTO E DA SUSPEIÇÃO - CONSEQÜENTE POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (QUE ATUOU NO TSE) NO JULGAMENTO DE AÇÃO DIRETA AJUIZADA EM FACE DE ATO EMANADO DAQUELA ALTA CORTE ELEITORAL. - O Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, embora prestando informações no processo, não está impedido de participar do julgamento de ação direta na qual tenha sido questionada a constitucionalidade, "in abstracto", de atos ou de resoluções emanados daquela Egrégia Corte judiciária. Também não incidem nessa situação de incompatibilidade processual, considerado o perfil objetivo que tipifica o controle normativo abstrato, os Ministros do Supremo Tribunal Federal que hajam participado, como integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, da formulação e edição, por este, de atos ou resoluções que tenham sido contestados, quanto à sua validade jurídica, em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade, instaurada perante a Suprema Corte. Precedentes do STF. - Os institutos do impedimento e da suspeição restringem-se ao plano exclusivo dos

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI Nº. 2321-7 MC/DF, rel. Min. Celso Mello, j. 25/10/2000. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

processos subjetivos (em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos), não se estendendo nem se aplicando, em conseqüência, ao processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, que se define como típico processo de caráter objetivo destinado a viabilizar o julgamento, em tese, não de uma situação concreta, mas da validade jurídico-constitucional, a ser apreciada em abstrato, de determinado ato normativo editado pelo Poder Público. PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO "AMICUS CURIAE": UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL. - O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do "amicus curiae", permitindo, em conseqüência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia 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 poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, QUANDO AJUIZAR AÇÃO DIRETA, DEVE ASSUMIR TODOS OS ENCARGOS INERENTES À POSIÇÃO DE QUEM FAZ INSTAURAR O PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA, DEDUZINDO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO IMPUGNADO. - Incumbe, ao Procurador-Geral da República, quando ajuizar a ação direta, o dever de assumir todos os encargos inerentes à posição de quem faz instaurar o processo de fiscalização normativa abstrata, inclusive aquele que se refere à obrigação de pedir a declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado. Encargo processual atendido, na espécie, pelo Chefe do Ministério Público da União. - O Procurador-Geral da República não mais pode, ante a pluralização dos sujeitos processuais ativamente legitimados ao exercício da ação direta (CF, art. 103), limitar-se ao mero encaminhamento formal de representações que lhe venham a ser dirigidas, incumbindo-lhe assumir - como se impõe, de ordinário, a qualquer autor - a posição de órgão impugnante da espécie normativa por ele questionada, deduzindo, sem qualquer ambigüidade, pretensão ao reconhecimento da inconstitucionalidade das leis e atos estatais cuja validade jurídica conteste em sede de controle concentrado. - Desde que se ampliou, nas ações diretas de inconstitucionalidade, a pertinência subjetiva da lide, com o estabelecimento de um regime de legitimidade ativa "ad causam" concorrente (CF, art.103) não mais subsiste a "ratio" que justificava, sob a égide das Cartas Políticas anteriores, o comportamento processual adotado, em muitos processos, pelo Procurador-Geral da República, a quem incumbia, então, enquanto "dominus litis", o monopólio da titularidade do poder de agir em sede de fiscalização normativa abstrata. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL: INOCORRÊNCIA. - Não se revela inepta a petição inicial, que, ao impugnar a validade constitucional de ato emanado do Tribunal Superior Eleitoral, (a) indica, de forma adequada, as normas de parâmetro, cuja autoridade teria sido desrespeitada, (b) estabelece, de maneira clara, a relação de antagonismo entre esse ato estatal de menor positividade jurídica e o texto da Constituição da República, (c) fundamenta, de modo inteligível, as razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor e (d) postula, com objetividade, o reconhecimento da procedência do pedido, com a conseqüente declaração de ilegitimidade constitucional da resolução questionada em sede de controle normativo abstrato, delimitando, assim, o âmbito material do julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

CONTEÚDO NORMATIVO DA RESOLUÇÃO EMANADA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - RELATIVA INDETERMINAÇÃO SUBJETIVA DE SEUS DESTINATÁRIOS - QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA. - A noção de ato normativo, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade, pressupõe, além da autonomia jurídica da deliberação estatal, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. Esses elementos - abstração, generalidade, autonomia e impessoalidade - qualificam-se como requisitos essenciais que conferem, ao ato estatal, a necessária aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos estatais ou de condutas individuais. - Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, impugnada na presente ação direta, que se reveste de conteúdo normativo, eis que traduz deliberação caracterizada pela nota da relativa indeterminação subjetiva de seus beneficiários, estipulando regras gerais aplicáveis à universalidade dos agentes públicos vinculados aos serviços administrativos dessa Alta Corte judiciária. SUPOSTA TRANSGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL, POR ALEGADA NECESSIDADE DE LEI FORMAL PARA A CONCESSÃO DE AUMENTO DE VENCIMENTOS DOS AGENTES PÚBLICOS INTEGRANTES DOS SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS DOS TRIBUNAIS - OFENSA INOCORRENTE - MERA DECLARAÇÃO DE "ACCERTAMENTO" - DELIBERAÇÃO QUE NÃO IMPORTOU EM AUMENTO DE REMUNERAÇÃO NEM IMPLICOU CONCESSÃO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA NOVA. - O Tribunal Superior Eleitoral, longe de dispor sobre tema resguardado pelo princípio constitucional da reserva absoluta de lei em sentido formal, limitou-se a proceder, em sede administrativa, a uma simples recomposição estipendiária, que não se identifica com aumento de remuneração, que não veicula o deferimento de vantagem pecuniária indevida nem traduz, ainda, outorga, em caráter inovador, de qualquer das situações financeiras de vantagem a que se refere o art. 169, § 1º, da Constituição. - A resolução do TSE destinou-se a neutralizar e a corrigir distorções, que, provocadas por inconstitucional aplicação do critério de conversão pela URV, impuseram, aos servidores administrativos do Poder Judiciário, em decorrência da não-utilização do critério da URV pertinente ao dia do efetivo pagamento (CF, art. 168), a injusta supressão de parcela (11,98%) que ordinariamente deveria compor a remuneração funcional de tais agentes públicos. - A decisão administrativa emanada do Tribunal Superior Eleitoral, precisamente por não se revestir de índole constitutiva, traduziu, em essência, mera declaração de "accertamento" de um direito à recomposição estipendiária injustamente lesado por erro do Estado, que, ao promover a incorreta conversão, em URV, dos vencimentos/proventos expressos em cruzeiros reais devidos aos servidores do Poder Judiciário, transgrediu a cláusula de garantia inscrita no art. 168 da Constituição da República. O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, AO EDITAR O ATO QUESTIONADO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, ADSTRINGIU-SE AOS LIMITES DE SUA COMPETÊNCIA INSTITUCIONAL E CONFERIU EFETIVIDADE À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. - A deliberação do TSE - ao determinar a correção de erro cometido pelo Poder Público no cálculo de conversão, em URV, de valores expressos em cruzeiros reais correspondentes à remuneração funcional então devida aos servidores administrativos da Secretaria do Tribunal Superior Eleitoral e ao autorizar, ainda, a incorporação do índice percentual de 11,98% ao estipêndio a que tais agentes públicos fazem jus - nada mais refletiu senão a estrita observância, por essa Egrégia Corte judiciária, dos limites de sua própria competência, o que lhe permitiu preservar a integridade da garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos/proventos instituída em favor dos agentes públicos (CF, art. 37, XV). Com tal decisão, ainda que adotada em sede administrativa, o Tribunal Superior Eleitoral conferiu efetividade à garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, pois impediu que os valores constantes do Anexo II (que contém a tabela de vencimentos das carreiras judiciárias) e do Anexo VI (que se refere aos valores-base das funções comissionadas), relativos a agosto de 1995 e mencionados na Lei nº 9.421/96, continuassem desfalcados da parcela de 11,98%, que havia sido excluída, sem

qualquer razão legítima, do cálculo de conversão em URV erroneamente formulado pelo Poder Público. (grifo nosso)

Conforme ficou visto, o Ministro Relator Celso Mello na ementa da ação direta de inconstitucionalidade supramencionada fez constar que o *amicus curiae* é instrumento de pluralização da jurisdição constitucional e que devido a abertura procedimental, atua auxiliando a suprir o déficit de legitimidade democrática do Poder Judiciário.

No entanto, ao analisar o voto do referido ministro nesta ação direta de inconstitucionalidade, constata-se que em nenhum momento, o *amicus curiae* foi referido, com exceção do relatório da decisão, no qual constou que o *amicus curiae*, no caso, Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores do Judiciário Federal e do Ministério Público da União – FENAJUFE havia sido admitido por ser vislumbrada a relevância da matéria e representatividade adequada da entidade.

De outro lado, a investigação elaborada nos votos dos Ministros Ilmar Galvão, Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves e Carlos Veloso também exteriorizou que em nenhum momento, os ministros fizeram alusão ao *amicus curiae* em suas razões de decidir.

Deve ser ressaltado que, apesar de tratar-se de decisão proferida em pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, já havia tido manifestação do *amicus curiae* (FENAJUFE) em 16/10/2000, data esta anterior a decisão proferida em 25/10/2000.

Dessa avaliação, o que fica evidenciado é que o Supremo Tribunal Federal pelo voto do Relator Ministro Celso Mello, quando expõe que o *amicus curiae* atua na legitimação da Jurisdição Constitucional devido abertura procedimental não está levando em consideração que os argumentos trazidos pelo *amicus curiae* são relevantes para a resolução da demanda, e assim influenciam nas razões de decidir, ou se tais argumentos são irrelevantes, eis que desconsiderados pelos Ministros que em seus votos já trazem as suas próprias convicções sobre o tema, mas que, uma vez feita a abertura procedimental ao *amicus curiae*, este expediente seria suficiente para conferir legitimidade a decisão.

O constatado expressa a assimilação pelo *habitus* de mais um instrumento, a saber, o *amicus curiae*, para a sua manutenção e aplicação.

Nas palavras de Pierre Bourdieu²¹⁷

Habitus como sistema de disposições socialmente constituídas que, enquanto estruturadas e estruturantes, constituem o princípio gerador e unificador do conjunto das práticas e das ideologias características de um grupo de agentes. Tais práticas e ideologias poderão atualizar-se em ocasiões mais ou menos favoráveis que lhes propiciam uma posição e uma trajetória determinadas no interior de um campo intelectual que, por sua vez ocupa uma posição determinada na estrutura da classe dominante.

Tal fato também fica evidenciado na circunstância de que a introdução do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade brasileiro através da Lei Federal nº. 9868, que é datada de 10/11/1999 e a decisão da ADI Nº 2321-7 MC/DF foi proferida em 25/10/2000.

Portanto, o que pode ser extraído do discurso político do Supremo Tribunal Federal na ADI Nº 2321-7 MC/DF, no que tange ao explicitado pelo Ministro Celso Mello na ementa da decisão proferida em 25/10/2000 é que, apesar de elencar o *amicus curiae* com um instrumento para atuar no déficit de legitimidade democrática do Tribunal, o que é levado em consideração para tanto, é a simples abertura procedimental para que o *amicus curiae* tenha acesso ao processo objetivo de controle de constitucionalidade.

Nesse ponto, fica evidente a manutenção de um *habitus* com a aplicação de uma violência simbólica que faz transparecer as decisões como mais legítimas uma vez que os *amicus curiae* foram ouvidos.

Com isso, o *amicus curiae* surge como mais um instrumento de manutenção do *habitus*, e não como um instrumento de verdadeiro aumento da legitimação democrática do Supremo Tribunal Federal em suas decisões no controle concentrado de constitucionalidade, tendo em vista que, pelo que ficou analisado na ADI Nº 2321-7 MC/DF, com ou sem a manifestação do *amicus* já existia um pensamento expressado pelos Ministros em seus votos que não levava em conta o que por esse foi trazido aos autos.

Mas, de outro lado, dentro do sistema simbólico de Pierre Bourdieu, com o *amicus curiae*, o discurso político passa a ser mais palatável e aceitável para a sociedade, uma vez que por pluralizar o procedimento do controle de constitucionalidade com sua atuação, julga interferir em seu conteúdo, passando a tê-lo por isso, como legítimo.

²¹⁷ BOURDIEU, Pierre. **A Economia das Trocas Simbólicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974, p.191.

4.7 O Supremo Tribunal Federal no Período de 2005 a 2011

Após análise do caso paradigmático é necessário avaliar outras ações diretas de inconstitucionalidade decididas pelo Supremo Tribunal Federal em que atuou o *amicus curiae*, com o objetivo de aferir se a conclusão obtida com a investigação da ADI Nº 2321-7 MC/DF foi um caso isolado ou se mantém nos demais casos.

Nesse item, não serão expostas as ementas de cada decisão, sob pena de torná-lo muito extenso, mas serão analisados os seguintes itens: quais são os *amici curiae* que figuraram; se houve manifestação escrita; se nas razões de decidir, os Ministros do Supremo Tribunal Federal mencionaram o que foi trazido pelos *amici curiae* de forma explícita.

Para isso foi utilizado como objeto de investigação, ações diretas de inconstitucionalidade com julgamento entre os anos de 2005 e 2011²¹⁸, sendo catalogadas 31 (trinta e uma) ações.

A análise destas ações levou a verificação de três posturas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal, a saber: ações em que os *amici curiae* sequer são mencionados; ações em que os *amici curiae* somente são mencionados no relatório; e, ações que os *amici curiae* são mencionados no relatório e nos votos.

²¹⁸ Em pesquisa realizada no sítio do Supremo Tribunal Federal foram localizadas as seguintes ações diretas de inconstitucionalidade com julgamento pelo Tribunal Pleno: ADI Nº 3273/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 16/03/2005; ADI Nº 3045/DF, rel. Min. Celso Mello, j. 10/08/2005; ADIN Nº 3345/DF, rel. Min. Celso Mello, j. 25/08/2005; ADI Nº 1470/ES, rel. Min. Carlos Veloso, j. 14/12/2005; ADI Nº 3685/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 22/03/2006; ADI Nº 3026/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 08/06/2006; ADI Nº 3615/PB, rel. Min. Ellen Gracie, j. 30/08/2006; ADI Nº 2359/ES, rel. Min. Eros Grau, j. 27/09/2006; ADI Nº 3521/PR, rel. Min. Eros Grau, j. 28/09/2006; ADI Nº 3205/MS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19/06/2006; ADI Nº 3404/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 16/11/2006; ADI Nº 3277/PB, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 02/04/2007; ADI Nº 2990/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 18/04/2007; ADI Nº 3599/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21/05/2007; ADI Nº 3688/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 11/06/2007; ADI Nº 3768/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19/09/2007; ADI Nº 3614/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/09/2007; ADI Nº 3819/MG, rel. Min. Eros Grau, j. 24/10/2007; ADI Nº 3720/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 31/10/2007; ADI Nº 2862/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26/03/2008; ADI Nº 3378/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 09/04/2008; ADI Nº 3510/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008; ADI Nº 2501/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 04/09/2008; ADI Nº 3772/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 29/10/2008; ADI Nº 3857/CE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18/12/2008; ADI Nº 3773/SP, rel. Min. Menezes Direito, j. 04/03/2009; ADI Nº 3934/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27/05/2009; ADI Nº 3106/MG, rel. Min. Eros Grau, j. 14/10/2010; ADI 3248/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23/02/2011; ADI Nº 2650/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 24/08/2011; ADI Nº 3343/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 01/09/2011.

Assim, a investigação das ações diretas de inconstitucionalidade constatou que, nas seguintes ações: ADI Nº. 3345/DF, Relator Ministro Celso de Mello, com julgamento em 25/08/2005, em que figurou como *amicus curiae* o Partido Socialista Brasileiro – PSB; ADI Nº. 3026/DF, Relator Ministro Eros Grau, com julgamento em 08/06/2006, em que atuou como *amicus curiae* o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; ADI Nº. 2359/ES, Relator Ministro Eros Grau, com julgamento em 27/09/2006, em que figurou como *amicus curiae* o Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Gás Liquefeito e Petróleo – SINDIGÁS; ADI Nº 3521/PR, Relator Ministro Eros Grau, com julgamento em 28/09/2006, em que interveio no processo como *amicus curiae* a Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros – ABRATI; ADI Nº 3599/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, com julgamento em 21/05/2007, em que interveio como *amicus curiae* o Sindicato dos Servidores do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas da União – SINDILEGIS; ADI Nº 3614/PR, Relator Ministro Gilmar Mendes, com julgamento em 20/09/2007, em que funcionou como *amicus curiae* a Associação de Delegados de Polícia do Estado do Paraná – ADEPOL; ADI Nº 3819/MG, Relator Ministro Eros Grau, com julgamento em 24/10/2007, na qual interveio como *amicus curiae* a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais; ADI nº 3378/DF, Relator Ministro Carlos Britto, com julgamento em 09/04/2008, na qual interveio como *amicus curiae* o Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás – IBP; ADI Nº 3106/MG, rel. Min. Eros Grau, com julgamento em 14/10/2010, na qual intervieram como *amici curiae* Sindicato dos Servidores da Justiça do Estado de Minas Gerais – SERJUSMIG; Sindicato dos Servidores da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais – SINDALENG; e o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG; ADI Nº 2650/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, com julgamento em 24/08/2011, em que interveio como *amicus curiae* o Instituto Pró Estado de Carajás – IPEC e na ADI Nº 3343/DF, Relator Ministro Ayres Britto, com julgamento em 01/09/2011, na qual atuou como *amicus curiae* a Associação Brasileira de Prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado – ABRAFIX; apesar de os *amici curiae* estarem presentes, não foram mencionados no relatório e nos votos dos Ministros que participaram do julgamento, tanto no que se refere a sua admissão, quanto aos argumentos e informações trazidos aos autos.

Continuando a verificação das ações diretas de inconstitucionalidade, foi constatado que, em diversas ações, o *amicus curiae* foi mencionado somente no relatório da decisão, não havendo qualquer menção aos seus argumentos e informações no conteúdo dos votos dos diversos Ministros que participaram do julgamento.

Nesse sentido a ADI Nº 3273/DF, Relator Ministro Carlos Britto, com julgamento em 16/03/2005, figuraram como *amici curiae* a Federação Única dos Petroleiros – FUP, Sindicato dos Petroleiros do Litoral Paulista - SINDIPETRO/LP, Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Refinação, Destilação, Exploração e Produção de Petróleo nos Estados do Paraná e Santa Catarina – SINDIPETRO PR/SC e Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás – IBP.

Na data de 14/09/2004 os quatro *amici curiae* pediram ingresso no procedimento. De forma concomitante, os três primeiros requereram a juntada de memoriais.

Após concluir o seu relatório, o Ministro Carlos Britto informou que havia recebido petições dos *amici curiae* solicitando apresentar sustentação oral durante o julgamento. Ao decidir pelo deferimento do direito de sustentar oralmente o Ministro Carlos Britto exarou que “o pluralismo que a nossa Constituição reconhece, desde o seu preâmbulo é um fator de legitimação das decisões colegiadas²¹⁹”.

A ADI Nº 3205/MS teve como Relator Ministro Sepúlveda Pertence, com julgamento em 19/06/2006, intervieram como *amici curiae* a Associação de Aposentados e Pensionistas do Grupo Tributação e Arrecadação do Estado do Mato Grosso do Sul e o Sindicato dos Agentes Tributários do Mato Grosso do Sul.

Em seu relatório o Ministro Sepúlveda Pertence esclareceu acerca da admissão dos *amici curiae* para atuarem no processo.

Na ADI Nº. 3404/DF, Relator Ministro Carlos Britto, com julgamento em 16/11/2006, atuou como *amicus curiae* a Associação dos Juízes Federais da Primeira Região – AJUFER.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI Nº. 3273/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 16/03/2005. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

No relatório o Ministro Carlos Britto informa que

Já me encaminhando para o fecho do relatório, anoto que a Associação dos Juízes Federais da Primeira Região – AJUFER, também se manifesta nos autos, na condição de *amicus curiae* (fls. 61/77). Manifestação, essa, que reproduz, em linhas gerais, a tese de que o dispositivo posto em xeque padece de vício formal de inconstitucionalidade²²⁰.

Já na ADI Nº 3277/PB, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, com julgamento em 02/04/2007, atuaram como *amici curiae* a Associação Brasileira de Loterias Estaduais – ABLE e o Ministério Público do Estado da Paraíba.

Em seu Relatório o Ministro Sepúlveda Pertence informa que deferiu o pedido de ingresso no processo na qualidade de *amicus curiae* da Associação Brasileira de Loterias Estaduais – ABLE e do Ministério Público do Estado da Paraíba.

Também na ADI Nº 3720/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, com julgamento em 31/10/2007, interveio como *amicus curiae* a Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

No relatório, o Ministro Marco Aurélio informou que indeferiu o pedido de ingresso na qualidade de *amicus curiae* formulado pela Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP, assim como, que admitiu a intervenção da Defensoria Pública do Estado de São Paulo como *amicus curiae*, a qual

anexou documentos de folhas 294 a 303 e o parecer da lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello, à folha 313 à 323, cuja conclusão é no sentido da constitucionalidade das normas questionadas²²¹.

A ADI nº 2862/SP teve como Relatora Ministra Cármen Lúcia, com julgamento em 26/03/2008, atuou como *amicus curiae* a Federação Nacional de Entidades de Oficiais Militares Estaduais – FENEME.

A Ministra Cármen Lúcia, em seu relatório, expôs que em 04/12/2007 admitiu a intervenção na qualidade de *amicus curiae* da Federação Nacional de Entidades de Oficiais Militares Estaduais – FENEME.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI Nº. 3404/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 16/11/2006. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI Nº 3720/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 31/10/2007. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

Na ADI Nº 2501/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, com julgamento em 04/09/2008, interveio como *amicus curiae* a Associação das Fundações Educacionais de Ensino Superior do Estado de Minas Gerais – AFEESMIG.

Durante o relatório o Ministro Joaquim Barbosa informou que

ingressa no feito, na qualidade de *amicus curiae*, a Associação das Fundações Educacionais de Ensino Superior do Estado de Minas Gerais (Afeesmig), manifestando-se pela constitucionalidade da norma atacada²²².

Já na ADI Nº 3857/CE, na qual foi Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, com julgamento em 18/12/2008, interveio como *amicus curiae* o Sindicato dos Servidores Públicos Civis do Grupo Tributação, Arrecadação e Fiscalização do Ceará – SINTAF.

Em seu relatório, o Ministro Ricardo Lewandowski informou deferir o pleito de ingresso no processo na condição de *amicus curiae* do SINTAF.

Na ADI Nº 3934/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, com julgamento em 27/05/2009, ingressaram como *amici curiae* o Sindicato Nacional dos Aeroviários e a Confederação Nacional da Indústria – CNI.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em seu relatório, expôs acerca da admissão do Sindicato Nacional dos Aeroviários e a Confederação Nacional da Indústria – CNI na qualidade de *amici curiae* e da inadmissão da Gol Transportes Aéreos S.A. para figurar nessa qualidade.

E ainda, na ADI Nº 3248/PR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, com julgamento em 23/02/2011, figurou como *amicus curiae* a Associação de Notários e Registradores do Brasil – ANOREG-BR.

No relatório o Ministro Ricardo Lewandowski informou que admitiu a ANOREG-BR na qualidade de *amicus curiae*.

Por último, durante a investigação das ações diretas de inconstitucionalidade, foram verificadas demandas em que os *amici curiae* não só era mencionado no relatório em sentido de que foi admitido para atuar no procedimento do processo objetivo, mas também teve os seus argumentos e informações levados para os votos dos diversos Ministros que participaram do julgamento.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI Nº 2501/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 04/09/2008. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

Na ADI Nº 3045/DF, Relator Ministro Celso de Mello, com julgamento em 10/08/2005, figuraram como *amici curiae* a Rede Brasileira de Entidades Assistenciais Filantrópicas – REBRAAF e o Sindicato das Associações de Futebol Profissional e Administração do Desporto e Ligas - SINDAFEBOL.

No relatório, o Ministro Celso de Mello informou que admitiu como *amicus curiae* a REBRAAF e que esta

havia ingressado na causa para postular a integral declaração de inconstitucionalidade do art. 59 do novo código civil brasileiro, sustentando que este preceito legal transgredir o postulado constitucional que assegura a liberdade de associação e que protege de qualquer tipo de interferência estatal²²³.

Durante seu voto, o Ministro Celso de Mello ao enfrentar uma preliminar argüida pelo Advogado Geral da União e pelo Procurador Geral da República no sentido de que a REBRAAF não poderia ostentar a condição de *amicus curiae* uma vez que é associação de associações e lhe carecia pertinência temática, rejeitou a preliminar e esclareceu que

Não se pode perder de perspectiva que a regra inscrita no art. 7, § 2º da Lei nº 9.868/99, que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do “*amicus curiae*” – tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte (GUSTAVO BINENBOJM, “**A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**”, 2001, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, “**Tribunal e Jurisdição Constitucional**”, p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, “**Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**”, p. 64/81, 2000, Atlas), quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade.

Tenho presente, neste ponto, o magistério do eminente Ministro GILMAR MENDES (“**Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**”, p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor) expedido em passagem na qual põe em destaque o entendimento de PETER HÄBERLE, segundo o qual o Tribunal “*há de desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional*” (p.498), em ordem a pluralizar, em abordagem que deriva da abertura material da Constituição, o próprio debate em torno da controvérsia constitucional, conferindo-se, desse modo, expressão real e efetiva ao princípio democrático, sob pena de se instaurar, um indesejável “*déficit*” de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal venha a pronunciar no exercício, “*in abstrato*”, dos poderes inerentes à jurisdição constitucional.

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI Nº. 3045/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 10/08/2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

Também é exposto pelo Ministro Relator em seu voto que o pleito autoral de declaração de inconstitucionalidade tem o apoio da SINDAFEBOL, que também foi admitido como *amicus curiae*.

Trecho interessante do voto do Ministro Relator é o que tece comentários acerca dos elementos trazidos pelo *amicus curiae* REBRAAF nos seguintes termos

O princípio constitucional da liberdade de associação – consubstanciado na norma parâmetro invocada pela REBRAAF como tendo sido alegadamente vulnerada pelo art. 59, e seu parágrafo único do Código Civil -, não configura um valor absoluto em si mesmo, nem inibe o poder de conformação legislativa do Estado.

Também na ADI Nº. 1470/ES, Relator Ministro Carlos Velloso, com julgamento em 14/12/2005, na qual atuou como *amicus curiae* o Sindicato dos Delegados de Polícia Civil do Espírito Santo – SINDELPO/ES, ficou evidenciada a análise dos argumentos do *amicus curiae*.

No relatório, o Ministro Carlos Velloso trás a informação que admitiu o *amicus curiae* (SINDELPO/ES) no processo e que este pugnou pelo não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade ou pelo reconhecimento da incompetência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o feito.

Em seu voto, o Ministro Relator analisou pontualmente as informações e requerimentos apresentados pelo *amicus curiae*

Examino, primeiro que tudo, as preliminares argüidas pelo *amicus curiae*.

Não há que falar em incompetência do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento da presente ação direta.

É que a lei estadual está sendo confrontada com a Constituição Federal, principalmente com o dispositivo constitucional federal contido no processo legislativo, CF, art. 61, § 1º, II, a.

O que se decidiu na Rcl 383/SP é que compete ao Tribunal de Justiça local julgar ação direta de inconstitucionalidade proposta contra lei municipal frente à Constituição Estadual, reproduzindo esta norma constitucional federal de observância obrigatória. Neste caso, há possibilidade de interposição de recurso extraordinário, ‘se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta’.

O mesmo pode ser dito relativamente a uma lei estadual acoimada de inconstitucionalidade, frente à Constituição do Estado, no Tribunal local (CF, art. 125, § 2º).

No caso, não foi ajuizada representação de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade) da lei estadual, objeto desta ação, junto ao Tribunal local. A ação direta foi posta perante o Supremo Tribunal Federal, na forma do disposto no art. 102, I, a.

Não há falar, também, que a norma aqui impugnada constitui ato normativo de efeitos concretos.

Trata-se de norma que estabelece os valores dos vencimentos dos cargos do Quadro Permanente do Pessoal da Polícia Civil, mandando-se observar os índices constantes do Anexo II que integra a Lei Complementar, a contar de 1º de dezembro de 1994.

O Supremo Tribunal Federal, aliás, conheceu a ação, quando da apreciação da cautelar, que foi deferida (Acórdão, fls. 108-118)²²⁴.

Na ADI Nº. 3685/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, com julgamento em 22/03/2006, atuaram como *amici curiae* a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, o Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB, Partido da Frente Liberal – PFL, Partido Democrático Trabalhista – PDT e Partido Popular Socialista.

Foi levantada uma questão de ordem relacionada admissão do Partido Social Liberal – PSL no processo, uma vez que a petição fora protocolada após o horário em que o julgamento teve início, o que levou os Ministros a inadmitirem por ferir “a organicidade” do processo, a participação do *amicus curiae*.

O Ministro Nelson Jobim em esclarecimento trouxe a posição do *amicus curiae* (PDT) nos seguintes termos

outro importante registro – mostrando tudo isso – é que as consultas de 2002 foram formuladas pelas lideranças do PDT, partido representado pelo eminente Doutor Admar Gonzaga, que, agora, pretende o contrário²²⁵.

A ADI Nº. 3615/PB teve como Relatora a Ministra Ellen Gracie, com julgamento em 30/08/2006, em que funcionaram como *amici curiae* os Municípios de Conde – PB e Alhandra – PB.

No relatório é exposto pela Ministra que os

Municípios paraibanos de Alhandra e Conde, admitidos no processo na qualidade de *amici curiae* (fl. 273), pleitearam, respectivamente, a procedência do pedido formulado e o não conhecimento da presente ação direta (fls. 196/207 e 277/287)²²⁶.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI Nº. 1470/ES, rel. Min. Carlos Velloso, j. 14/12/2005. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI Nº. 3685/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 22/03/2006. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº. 3615/PB, rel. Ministra Ellen Gracie, j. 30/08/2006. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

Já em seu voto, a Ministra Relatora indeferiu o pedido de adiamento do julgamento formulado pelo *amicus curiae* Município de Conde/PB, o qual tinha como fundamento a mudança de Procurador e a falta de tempo para juntada de memorial.

Na análise de preliminar, a Ministra Relatora tratou do *amicus curiae*

A primeira preliminar, suscitada pela Advocacia-Geral da União e ecoada na manifestação de um dos *amici curiae*, consubstancia-se na alegação de que, segundo reiterada jurisprudência desta Corte, não seria possível, em sede de controle abstrato, confrontar o preceito constitucional tido como parâmetro, cuja atual redação é de 1996, com ato normativo surgido em momento anterior, hipótese que estaria muito mais ligada ao fenômeno da revogação das normas.

Ainda na análise das preliminares, também cuida de questão trazida pelo *amicus curiae*

A segunda questão preliminar, mais atrelada ao mérito da causa e trazida em uma das manifestações apresentadas pelos *amici curiae*, funda-se na alegação de que a norma impugnada, sendo fruto de atividade do legislador constituinte estadual, gozaria de uma inaugural presunção de constitucionalidade.[...]

O Ministro Eros Grau em seu voto trouxe interessante argumento trazido por um dos *amicus curiae*

O Município de Alhandra, que integrou o feito na qualidade de *amicus curiae*, informa que após a Emenda Constitucional n. 1/1991, a Lei Estadual n. 6590/97 cuidou dos limites entre os municípios, tendo sido ‘fruto de exaustiva tratativa, envolvendo os mais diversos seguimentos da sociedade, seja Assembléia Legislativa, Prefeituras Municipais, Câmaras de Vereadores, Interpa, IBGE, IDEME, Associações, etc’ [fl. 199]. Esse texto normativo foi alterado pela Lei Estadual n. 6999/2001, que, uma vez mais, alterou os limites territoriais entre os municípios. Essa Lei Estadual n. 6999/01, por seu turno, foi declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça da Paraíba no julgamento de ação direta. A discussão acirrou-se quando, em 2005, o Município de Conde, após a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 6999/2001, propôs reclamação no TJ da Paraíba, requerendo a observância dos ‘limites anteriores às modificações introduzidas pela Lei Estadual n. 6999/2001’ e o ‘imediato cumprimento do acórdão proferido na Ação Direta de inconstitucionalidade n. 2001.009185-5’ [fls. 268/269].

Na ADI Nº 2990/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, com julgamento em 18/04/2007, intervieram na qualidade de *amici curiae* o Distrito Federal e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Durante os debates o Ministro Relator fez uma pergunta ao *amicus curiae* (Distrito Federal), nos seguintes termos: “talvez o Procurador Geral possa nos esclarecer. Esses condomínios situados nas áreas mais nobres do Distrito Federal são atingidos?”²²⁷. Indagação que foi respondida pelo *amicus curiae* no sentido positivo.

Já na ADI Nº 3688/PE, Relator Ministro Joaquim Barbosa, com julgamento em 11/06/2007, figurou como *amicus curiae* a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON.

No relatório, o Ministro Joaquim Barbosa admitiu o ingresso do *amicus curiae* nos seguintes termos

A Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) requereu o seu ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*. Ante a presença dos requisitos necessários, deferi o pedido. Em suas manifestações, a ATRICON se posiciona pela improcedência da ação apenas no que se refere ao inciso II do art. 1º; no que diz respeito ao art. 2º, pugna pela procedência da ação direta para a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo. Os argumentos utilizados são, em geral, semelhantes àqueles trazidos nas informações do governador, à exceção de uma preliminar suscitada de descabimento da ação direta. Argumenta a ATRICON que a presente ação somente foi ajuizada em virtude de um suposto interesse do então Presidente da Assembléia Legislativa Estadual de tornar-se o conselheiro indicado pelo Parlamento do Estado de Pernambuco²²⁸.

O Ministro Joaquim Barbosa iniciou o seu voto analisando a preliminar suscitada pelo *amicus curiae*

Analiso, primeiramente, a preliminar de descabimento da ação direta de inconstitucionalidade suscitada pelo *amicus curiae*.

Não há como aferir, a partir de meras suposições jornalísticas, se, de fato, o então Presidente da Assembléia Legislativa propôs tal ação direta em benefício próprio. Ao lado disso, ante as circunstâncias do caso, não se pode retirar a prerrogativa da Assembléia Legislativa de contestar a constitucionalidade de lei pernambucana. O fato de a ação direta ter sido ajuizada dez anos depois da lei começar a vigor pode interferir na concessão da liminar, mas não na análise de mérito. Ademais, não se pode esquecer que estamos diante de um processo de natureza tipicamente objetiva. Também o fato de a ação direta ter sido proposta apenas quando surgiu dúvida sobre a indicação do próximo membro do tribunal de contas estadual não a inviabiliza. Em situações semelhantes, esta Corte apreciou ações diretas propostas

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI Nº. 2990/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 18/04/2007. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI Nº. 3688/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 11/06/2007. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

com a intenção precípua de resolver conflito sobre a indicação de membros para tribunal de contas estadual. Lembro a ADI 2.209 MC, Pleno, DJ de 01.09.2000, rel. min. Maurício Corrêa e ADI 3.361 MC, Pleno, rel. min. Eros Grau, DJ de 22.04.2005, para apenas ficar em dois exemplos. Rejeito, portanto, a preliminar suscitada.

Mais a frente, em seu voto, o Ministro Relator Joaquim Barbosa fez alusão expressa às informações trazidas pelo *amicus curiae*

Observo também o argumento trazido pelas informações e pelo *amicus curiae* de que desde a promulgação da Constituição de Pernambuco, nunca a clientela do ministério público junto à Corte de Contas foi contemplada. Reconheço a seriedade do argumento e vejo com preocupação a ausência do *parquet* na composição da Corte de Contas. A CF/1988, ao garantir a presença do ministério público nos tribunais de contas, permitiu um grande avanço na fiscalização de contas no Brasil. A presença do ministério imprime maior legitimidade à atuação das Cortes de Contas. Contudo, o argumento não consegue superar a necessidade de se respeitar a proporcionalidade de indicações dos Poderes Legislativo e Executivo. A vaga do ministério público impõe-se somente e exclusivamente na cota de escolha do Governador. Não se pode retirar vaga que pertencia ao Poder Legislativo para garantir a representatividade do ministério público.

A ADI Nº 3768/DF atuou como Relatora a Ministra Cármen Lúcia, com julgamento em 19/09/2007, interveio como *amicus curiae* a Associação dos Usuários de Transportes Coletivos de Âmbito Nacional – AUTCAN.

Em seu relatório, a Ministra Cármen Lúcia expôs que a AUTCAN pleiteou a admissão como *amicus curiae* na data de 03/10/2006, a qual foi deferida.

Em seu voto, o Ministro Menezes Direito faz menção expressa ao *amicus curiae*

A interpretação dada pelo autor da ação e pelo *amicus curiae* é contraditória com o comando da Constituição. A Constituição não fez nenhuma exceção, mas determinou a gratuidade. A regra ordinária que produz o dispositivo da Constituição não pode ser inconstitucional; e, por outro lado, não há que se falar, neste momento, na qualidade econômica que essa gratuidade pode acarretar, porque há uma determinação constitucional e esta tem de ser cumprida. Não bastasse isso, essa regra é de 88, e, em grande parte dos municípios brasileiros, particularmente nas grandes cidades, essa regra vem sendo cumprida, ou seja a gratuidade vem sendo deferida, nem por isso se questionou com relação ao art. 37, que fala do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos²²⁹.

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI Nº 3768/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19/09/2007. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

Na ADI Nº 3510/DF, Relator Ministro Ayres Britto, com julgamento em 29/05/2008, intervieram como *amici curiae* Conectas Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos – CDH, Movimento em Prol da Vida – MOVITAE, Instituto de Bioética Direitos Humanos e Gênero – ANIS e a Confederação Nacional de Bispos do Brasil – CNBB.

No relatório o Ministro Ayres Britto informou que

Prossigo para anotar que aditi no processo, na posição de “amigos da corte” (*amici curiae*), as seguintes entidades Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos – CDH; Movimento em Prol da Vida – MOVITAE; Instituto de Bioética Direitos Humanos e Gênero – ANIS, além da Confederação Nacional de Bispos do Brasil – CNBB. Entidades de saliente representatividade social e por isso mesmo postadas como subjetivação dos princípios constitucionais do pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição) e especificamente político (inciso V do art. 1º da nossa Lei Maior). O que certamente contribuirá para o adensamento do teor de legitimidade da decisão a ser proferida na presente ADIN. Estou a dizer: decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, no tema²³⁰.

Interessante que no processo em questão também houve a realização de uma audiência pública para ouvir as autoridades científicas acerca do tema, o que também foi uma fonte de abertura procedimental além dos *amici curiae*.

No relatório do voto vista do Ministro Menezes Direito ficou exposto que

Manifestaram-se nos autos o Senhor Presidente da República, por meio da Advocacia-Geral da União, o Congresso Nacional e a Procuradoria-Geral da República. Também foram recebidas as manifestações das seguintes entidades, todas admitidas como *amici curiae*: CONECTAS – Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos – CDH; Movimento em Prol da Vida – MOVITAE; ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e CNBB – Confederação Brasileira dos Bispos do Brasil.

E mais adiante continua

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3510/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

Incluído em pauta, o julgamento da presente ação foi designado para o dia 5/3/2008. Nessa ocasião, após o relatório, sustentaram oralmente o Senhor Procurador-Geral da República, CNBB, a Advocacia-Geral da União, o Congresso Nacional e os *amici curiae*.

No voto do Ministro Cezar Peluso são trazidas informações pelo *amicus curiae*

Há argumentos respeitáveis na posição dos que sustentam que embriões isolados não se caracterizam e nem definem como pessoas. É por exemplo, a formulação da AGU, segundo a qual “a ofensa à dignidade da pessoa humana exige existência da pessoa humana, hipótese que não se configura ao embrião *in vitro*”, e, ainda, a do *amicus curiae* MOVITAE, que, ao afirmar não ser “o embrião uma pessoa”, invoca esta lição do Prof. ANTONIO JUNQUEIRA AZEVEDO: ‘[D]o embrião pré-implantatório, resultante de processos de fecundação assistida, ou até mesmo de clonagem, constituído artificialmente e que ainda está fora do ventre materno, por não estar integrado no fluxo vital contínuo da natureza humana, é difícil dizer que se trata de pessoa humana. É verdade que, pr se tratar de vida em geral e especialmente de vida humana potencial, nenhuma atividade gratuitamente destruidora é moralmente admissível, mas, no nosso entendimento, aí já não se trata do princípio da intangibilidade da vida humana; trata-se da proteção, menos forte, à vida em geral’.

E mais a frente, trata novamente de argumento trazido por um *amicus curiae*

Noutras palavras, assumamos esta premissa como verdadeira, consoante o fez o eminente Ministro Relator, e concordemos integralmente com a assertiva da CNBB, segundo a qual ‘está cientificamente comprovado que a vida começa com o zigoto. [...] Cientificamente, a vida começa com a concepção.

Em outra parte de seu voto, menciona mais uma vez

E é, ao propósito, insuspeita a manifestação da CNBB, que, talvez o mais ardoroso dos *amici curiae* antagonistas dos experimentos, não destoa dessa percepção científica comum, ao sustentar que o embrião ‘é um ser humano, que, por força da lei natural, continuará a crescer, amadurecer, envelhecer e morrer, segundo o ritmo de tempo concedido a cada um’.

O Ministro Cezar Peluso em nota de rodapé de número 56 de seu voto explicita argumentação trazida pelo *amicus curiae* CONECTAS

Mesma opinião tem a CONECTAS: ‘neste caso, são as leis ordinárias, em ponderação legislativa, que dispõem sobre a suposta vida de embrião congelado [...] e dimensionam a sua proteção. [...] a Lei de Biossegurança reconhece que, mesmo que tais embriões não estejam sujeitos a mesma proteção constitucional do direito à vida conferia ao feto ou a pessoa já nascida, trata-se de material sujeito a alguma proteção. [...] Não bastaria ao legislador apenas relativizar a proteção jurídica da

vida e da dignidade da célula-tronco embrionária para autorizar fazer-se qualquer coisa com tais células.

E continuou trazendo informações dos *amici curiae* (CONNECTAS)

Cabe, aqui, estoutra, opinião de KLAUS ROXIN, invocada com toda pertinência por um dos *amici curiae*: '[...] enquanto um embrião destruído não cria qualquer valor positivo, um embrião que não possa mais ser salvo, e que seja sacrificado para fins de pesquisas pode contribuir consideravelmente para a futura cura de doenças graves [...] Quem renuncia a esta possibilidade não serve à vida, mas a lesiona'.

O Ministro Gilmar Mendes no seu voto mencionou a atuação dos *amici curiae*

[...] Os pronunciamentos dos senhores advogados, do Ministério Público, dos *amici curiae* e dos diversos cientistas e expertos, assim como dos votos magistrais de Vossas Excelências, fizeram desta Corte um foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas.

A ADI Nº 3772/DF teve como o Relator Ministro Carlos Britto, com julgamento em 29/10/2008, atuaram como *amici curiae* Sindicatos dos Trabalhadores em Educação Pública no Estado do Espírito Santo – SINDIUPES; Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE; Associação Brasileira de Instituições de Previdência Estaduais e Municipais – ABIPEM; Sindicato dos Especialistas de Educação do Ensino Público do Município de São Paulo – SINESP; Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Educação e Cultura – CNTEEC; Sindicato dos Servidores do Magistério Municipal de Curitiba – SISMMAC; Sindicato dos Professores do Estado do Rio Grande do Sul – SINDPRO/RS; Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – CONTEE; Associação dos Supervisores de Educação do Estado do Rio Grande do Sul – ASSERS; Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Goiás – SINTEGO; Sindicato dos Profissionais do Ensino Público Municipal de São Luís – SINDEDUCAÇÃO; Sindicato dos Profissionais em Educação no Ensino Municipal em São Paulo – SINPEEM; Centro do Professorado Paulista – CPP; Sindicato de Especialistas de Educação do Magistério Oficial do Estado de São Paulo – UDEMO; Sindicato dos Professores e Funcionários Municipais de São Paulo – APROFEM; e Distrito Federal.

No seu relatório o Ministro Carlos Britto informou que admitiu como *amicus curiae* as entidades supramencionadas.

No voto da Ministra Cármen Lúcia foi analisado elemento trazido pelo *amicus curiae*

Quanto a síndrome de Burnout – mencionada também pelo *amicus curiae* – deve lembrar que, na Constituinte, foi debatida a questão da aposentadoria especial do professor em 87/88. E chegou-se à conclusão – esses debates constam dos anais – que era para professor – tal como havia acolhido o supremo Tribunal Federal –, porque ele vai para casa e continua exercendo atividades de trabalho, de pesquisa, de correção etc. Portanto, ele tem uma jornada adicional que não pode ser computada. Daí por que se fixou a diminuição de um lustro, mesmo que haja outras tantas profissões igualmente estressantes, se não para esses efeitos, tal como foi discutido na Constituinte²³¹.

Já na ADI Nº 3773/SP, Relator Ministro Menezes Direito, com julgamento em 04/03/2009, atuou como *amicus curiae* a Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG-BR.

O Ministro Menezes Direito em seu relatório informou que

A Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG-BR, *amica curiae* que admiti às folhas 224, argumentou, em preliminar, que para a declaração de inconstitucionalidade formal da Lei Estadual nº 12.227/2006 seria antes necessário declarar a inconstitucionalidade do art. 24, § 2º, item 6, da Constituição do Estado de São Paulo, o qual, como acima anotado, confere ao Governador iniciativa privativa para as leis que disponham sobre a ‘criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos’. O dispositivo, contudo, não foi impugnado, o que imporia o não-conhecimento da ação. No mérito sustentou a constitucionalidade da atribuição de iniciativa do Governador para tal matéria. Com a mesma argumentação, veio aos autos, por petição de 30/04/2008, o Sindicato dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo – SINOREG requerendo, ademais, a sua inclusão no feito como *amicus curiae*²³².

Em seu voto, o Ministro Relator admitiu o ingresso como *amici curiae* da ATC-SP e do SINOREG-SP.

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI Nº 3772/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 29/10/2008. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI Nº 3773/SP, rel. Min. Menezes Direito, j. 04/03/2009. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

Após isso, enfrentou preliminares de não conhecimento da ação apresentadas pela ATC-SP (perda do objeto da ação porquanto há declaração de inconstitucionalidade da lei estadual pelo Tribunal de justiça de São Paulo, em sede de controle abstrato diante da Constituição do Estado) e pela ANOREG-BR e SINOREG-SP (a declaração de inconstitucionalidade formal da Lei Estadual nº 12.227/2006 seria antes necessário declarar a inconstitucionalidade do art. 24, § 2º, item 6, da Constituição do Estado de São Paulo, o qual, como acima anotado, confere ao Governador iniciativa privativa para as leis que disponham sobre a ‘criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos’. O dispositivo, contudo, não foi impugnado, o que importaria o não-conhecimento da ação), as quais não foram acolhidas.

O Ministro Menezes Direito tratou em seu voto das preliminares levantadas pelos *amici curiae*, acolhendo a levantada pela ANOREG-BR e SINOREG-SP.

Em seu voto, o Ministro Carlos Britto, também tratou dos *amicus curiae*

No caso, parece que a parte requerente – em rigor não há nem parte em ADI – ou um dos requeridos suscitou a questão. O *amicus curiae* suscitou a questão. E suscitou porque, de fato, estou enxergando aqui um imbricamento temático, uma coisa puxando a outra e não me repugna admitir o juízo do julgamento pelo critério do *incidenter tantum* no processo objetivo.

Durante a análise das ações diretas de inconstitucionalidade supramencionadas, chega-se a constatação que das 31 ações, em 21 delas, o Supremo Tribunal Federal ou não fez sequer menção aos *amici curiae* ou apenas mencionou a sua admissão no relatório da decisão.

Do universo das ações investigadas, apenas em 10, o Supremo Tribunal Federal analisou os argumentos, informações e requerimentos trazidos pelos *amici curiae*, tomado essas como elementos legitimantes para as suas decisões, devido a abertura pluralística do procedimento.

Nesses casos, constatou-se que os argumentos trazidos pelos *amicus curiae* foram efetivamente debatidos pelos Ministros que participaram dos julgamentos no Supremo Tribunal Federal, seja acolhendo, seja rejeitando, o argumento plural foi levado para o processo objetivo.

No entanto, o que ficou evidenciado da análise global dos processos, é que, na grande maioria deles (21 processos de 31), o que o *amicus curiae* levou para a Corte não foi adotado, ou melhor, sequer mencionado nas decisões.

Portanto, partindo da decisão paradigmática²³³ em que o Ministro Celso Mello afirmou que o *amicus curiae* atua no grave déficit de legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal quando atua como Corte Constitucional, pode-se concluir que, a legitimação para o Supremo ocorre apenas com a abertura procedimental para que os *amici curiae* venham ao processo e tragam informações, mas não, que essas informações serão tratadas ou devidamente debatidas, acolhidas ou não pela Corte.

Isso corrobora, o que acima foi exposto, que a adoção do *amicus curiae* serve como mais um instrumento agregado ao *habitus*, o qual ao integrar o procedimento, faz com que este ganhe maior aspecto de legitimidade.

Com isso, o poder simbólico, dentro de um sistema simbólico, é mais facilmente exercido, já que os indivíduos por verificarem que podem participar do procedimento mediante entidades representativas acabam por compreender que podem influir neste (o que ficou verificado que só ocorre na minoria dos casos), fazendo com que aceitem as decisões com maior facilidade.

²³³ Fala-se neste ponto da ADI Nº 2130-3 MC/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. 03.10.2001.

5 CONCLUSÃO

A formação do Estado Brasileiro permitiu o desenvolvimento da Jurisdição Constitucional em um primeiro momento de forma única e exclusivamente difusa, seguindo a idéia do *judicial review* Norte Americano e, em um segundo momento, absorvendo a forma Européia concentrada.

Com o neoconstitucionalismo, ocorreu o fortalecimento da Jurisdição Constitucional, decorrente da consolidação dos princípios constitucionais, estando entre eles, o da Supremacia da Constituição e o da Força Normativa da Constituição²³⁴.

A jurisdição Constitucional desenvolve as suas atividades como verdadeiro legislador negativo, reconhecendo a invalidade daquelas normas jurídicas que não encontrem na Constituição o seu parâmetro de validade.

Essa atividade de legislador negativo encontra resistência na alegada dificuldade contramajoritária, segunda a qual, a Jurisdição Constitucional não é realizada por um Poder Democrático, ao seja, eleito popularmente e, face a isto, não poderia retirar do mundo jurídico, uma norma legal que é oriunda de um Poder Democrático, que representa a vontade popular, por ser carecedora de legitimidade democrática.

Várias teorias tentam justificar a legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional, entre as quais, se coaduna com a presente dissertação, a que tem na argumentação das decisões, sua fonte de legitimidade.

Com isso, o exercício da Jurisdição Constitucional pelo Supremo, busca legitimar suas decisões através da argumentação, conseguindo tal desiderato, quando obtém aceitação popular.

Nesse sentido, a abertura procedimental no procedimento de controle objetivo de controle de constitucionalidade, permitindo que o *amicus curiae* participe trazendo elementos argumentativos e informativos que venham a influir na decisão, é mais uma forma de buscar a “perseguida legitimidade” para as decisões da Corte Constitucional.

E, justamente nesse sentido, que o Ministro Celso de Mello, na ADI Nº. 2321-7 MC/DF, com julgamento em 25/10/2000, informou que o *amicus curiae* é um instrumento de buscar a mitigação do déficit de legitimidade democrática das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal quando exerce a Jurisdição Constitucional.

²³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: <www.direitodoestado.com/.../RERE-9-MARÇO-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2013, p. 6.

Durante as investigações realizadas nesta dissertação, foram verificadas 31 (trinta e uma) ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal e ainda, a decisão tomada como paradigma proferida na ADI Nº. 2321-7 MC/DF.

Verificando que os votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal constituem verdadeiros discursos políticos de acordo com Patrick Charaudeau, utilizou-se as categorias teóricas de Pierre Bourdieu para aferição se as afirmações proferidas pelos Ministros condizem com a realidade, ou estão inseridas dentro de um sistema simbólico que tem como finalidade, buscar aceitação de um auditório.

A constatação obtida durante a análise das decisões foi no sentido de que, as palavras do Ministro Celso de Mello na ADI Nº. 2321-7 MC/DF, não condizem com a realidade, se formos analisar a atuação dos *amici curiae* como relevantes para o julgamento, influenciando efetivamente para o deslinde da causa.

A afirmação só pode ser tida como verdadeira, se a legitimação da Jurisdição Constitucional for obtida apenas com a abertura procedimental para os *amici curiae*, independentemente de se levar ou não em consideração aquilo que for por esses, trazido ao processo.

De outro lado, se for averiguada a questão no sentido de que os *amici curiae* só podem ser fonte de ampliação da legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional, quando efetivamente sejam recepcionados e ouvidos no processo, constatou-se que esta não é a prática majoritária.

Isso, porque, conforme analisado no capítulo 4, de um total de 31 (trinta e uma) ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal estudadas, em apenas 10 (dez), os argumentos e informações trazidos pelos *amici curiae* foram levados em consideração efetivamente para o desfecho do processo, o que pode ser visto pelos votos dos Ministros.

Nas 21 (vinte e uma) demais ações diretas de inconstitucionalidade verificadas, evidenciou-se que os *amici curiae* não influíram efetivamente no processo, recebendo, no máximo, uma menção no relatório do voto, quanto a sua admissibilidade.

Tais circunstâncias, dentro da análise do discurso, permite concluir que, os *amici curiae* são utilizados como um instrumento do *habitus*, dentro de um sistema simbólico, no qual, o Supremo Tribunal Federal exerce a violência simbólica e com isso, tem o seu discurso político aceito com facilidade pela população.

Fica evidenciado no discurso que a violência simbólica se exterioriza para o auditório na circunstância de que se o procedimento objetivo de controle de constitucionalidade é pluralizado, a sociedade organizada pode nele se manifestar e com isso, influir na decisão.

No entanto, não foi esta circunstância verificada nesta dissertação, pois o constatado, foi que, em poucos casos, os *amici curiae* influem efetivamente para a decisão do processo (tendo seus argumentos aceitos e debatidos pela Corte).

Na maioria dos casos investigados, os *amici curiae* não influíram com seus argumentos e informações para a decisão do processo e, a sua presença, apesar de pluralizar o procedimento, não gerou efeitos concretos, diminuindo o déficit de legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, mas permitiu a Corte a utilização desse instrumento como um meio de exercer a violência simbólica e com isso, obter da sociedade maior aceitação.

Concluindo, apesar do que foi dito pelo Ministro Celso de Mello em seu voto, ficou constatado a partir da investigação procedida, que o *amicus curiae*, na maioria das vezes que atua no procedimento objetivo de controle de constitucionalidade, não é instrumento de mitigação do déficit de legitimidade democrática, mas sim, instrumento de um *habitus*, pelo qual, a sociedade, identifica na “pseudo-atuação” do *amicus curiae*, uma fonte democrática de influenciar na decisão da Corte Constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: <www.direitodoestado.com/.../RERE-9-MARÇO-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito do estado**. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 10 de jan. de 2012.

_____. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade. Um Estudo Comparado á Luz das Experiências Americana, Européia e Brasileira**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOURDIEU, Pierre. **A Economia das Trocas Simbólicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.

_____. **O Poder Simbólico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. Constituição (1824). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013.

_____. Constituição (1891). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013.

_____. Constituição (1934). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013.

_____. Constituição (1946). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013.

_____. Constituição (1967). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013.

_____. Constituição (1988). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013.

BRASIL. Lei Federal nº. 9868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em:<www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI Nº. 2321-7 MC/DF, rel. Min. Celso Mello, j. 25/10/2000. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 2130-3 SC (AGReg), rel. Min. Celso Mello, j. 03.10.2001. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 de jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3273/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 16/03/2005. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3045/DF, rel. Min. Celso Mello, j. 10/08/2005. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADIN Nº 3345/DF, rel. Min. Celso Mello, j. 25/08/2005. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 1470/ES, rel. Min. Carlos Veloso, j.14/12/2005. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3685/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 22/03/2006. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3026/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 08/06/2006. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3615/PB, rel. Min. Ellen Gracie, j. 30/08/2006. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº. 2359/ES, rel. Min. Eros Grau, j. 27/09/2006. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3521/PR, rel. Min. Eros Grau, j. 28/09/2006. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3205/MS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19/06/2006. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3404/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 16/11/2006. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3277/PB, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 02/04/2007. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 2990/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 18/04/2007. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3599/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21/05/2007. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3688/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 11/06/2007. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3768/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19/09/2007. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3614/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/09/2007. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3819/MG, rel. Min. Eros Grau, j. 24/10/2007. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3720/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 31/10/2007. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 2862/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26/03/2008. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3378/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 09/04/2008. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3510/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 2501/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 04/09/2008. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3772/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 29/10/2008. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3857/CE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18/12/2008. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3773/SP, rel. Min. Menezes Direito, j. 04/03/2009. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº 3934/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27/05/2009. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI Nº. 3106/MG, rel. Min. Eros Grau, j. 14/10/2010. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____._____. ADI 3248/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23/02/2011. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____. ADI Nº 2650/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 24/08/2011. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____. ADI Nº 3343/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 01/09/2011. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2013.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro. Um Terceiro Enigmático**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso Político**. Trad. Dílson Ferreira da Cruz e Fabiana Komesu. São Paulo: Editora Contexto, 2011.

CHEVALLIER, Jean-Jaques. **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a nossos dias**. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder. Formação do patronato político brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Editora Globo, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FRIEDMAN, Barry. **Constitucionalismo Popular Mediado**. Revista Jurídica de La Universidad de Palermo. 2005. Disponível em:<http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2012.

GARGARELLA, Roberto. **Acerca de Barry Friedman y el “Constitucionalismo Popular Mediado”**. Revista Jurídica de La Universidad de Palermo. 2005. Disponível em:<http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica07.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. v. I. 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HAMILTON, Alexander. **The Federalist Papers n. 78**. Disponível em:<<http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

IORIO FILHO, Rafael Mario. **Uma questão de cidadania: o papel do Supremo Tribunal Federal na Intervenção Federal (1988-2008)**. Fls.391. Tese. Doutorado em Direito. Universidade Gama Filho – UGF. Rio de Janeiro, 2009.

_____. **Os Discursos de Benito Mussolini. Uma proposta de construção da identidade cultural italiana**. Curitiba: Editora CRV, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMONGI, Maria Isabel de Magalhães Papaterra. Os Contratualistas. In: **Manual de Filosofia Política**. RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rúrion; FRATESCHI, Yara. (Org.). São Paulo: Saraiva, 2012.

MADISON, James. **The Federalist Papers n. 49**. Disponível em: <<http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

MEDINA, Damares. **Amicus Curiae. Amigo da Corte ou Amigo da Parte?** São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Comentários à Lei n. 9882, de 03.12.1999**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Jurisdição Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIMENTEL DA SILVA, Berky. **Amicus Curiae: Da Jurisdição Constitucional ao Projeto do Novo Código de Processo Civil**. REDP, Rio de Janeiro, v. 8, jul./dez. 2011. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 01 mai. 2013.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

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

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.